

PRINCIPI DI DIRITTO PRIVATO E AMMINISTRATIVO EUROPEO

Sommario Generale: 1. Il principio di effettività (p. 1). 2. Cronache europee (p.15). 3. Giudicato amministrativo e sentenze sovranazionali (p.40). 4. I diritti umani (p.67). 5. Il Diritto privato europeo (p. 94). 6. Diritto societario tedesco e italiano.

Da Europa e Diritto privato

LE NUOVE DECLINAZIONI DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ

Di Mario Libertini

Sommario: Premessa. - 1. Le declinazioni tradizionali del principio di effettività. - 2. Le nuove declinazioni del principio di effettività: la prospettiva della tutela dei diritti. - 3. Il riconoscimento del principio di effettività sul piano del diritto positivo. - 4. Il principio di effettività non si riduce al diritto ad un rimedio effettivo. - 5. La dimensione positiva del diritto a un rimedio effettivo: l'ampliamento della gamma di rimedi esperibili. - 6. Segue: l'ampliamento dei poteri di pronuncia d'ufficio da parte del giudice. - 7. Lacune e distorsioni nell'applicazione del principio di effettività della tutela giudiziaria nell'esperienza italiana. I rischi di overprotection e di espansione indiscriminata della funzione sanzionatoria. - 8. Principio di effettività e discrezionalità giudiziale. L'effettività fra principi e regole. - 9. I limiti della concezione rimediale del principio di effettività.

Il termine “effettività” si riferisce alla corrispondenza fra norme e fatti: nel discorso giuridico può essere inteso ed usato tanto come espressione descrittiva (per comunicare che certe condotte si conformano, più o meno, a certe norme), quanto come indicazione di un valore da perseguire e difendere.

In questa seconda accezione, il termine può essere declinato in due significati molto diversi: come attribuzione di valore al rispetto effettivo delle norme formalmente vigenti (dove le diverse declinazioni del principio di legalità) o, viceversa, come attribuzione di valore a condotte, prassi, idee socialmente diffuse ed affermate (“effettive”), anche a scapito della “legalità formale”. In questo secondo caso si afferma l'idea che le norme formalmente vigenti debbano essere tendenzialmente intese e modellate in modo tale da assecondare l'effettività sociale. È intuitivamente chiaro che i due significati sopra accennati si riconducono idealmente ad una summa divisio del diritto occidentale (1), cioè quella tra concezioni del diritto fondate sul primato della legge e concezioni fondate sul primato della consuetudine.

Un equivoco ricorrente è quello che porta spesso a identificare “diritto positivo” con “diritto vigente” e con “diritto effettivo” (2). In realtà, fra queste nozioni non c'è necessaria coincidenza: l'esperienza ci insegna che è molto frequente la discrepanza fra norme e fatti, anche se poi il fenomeno può caratterizzarsi per diverse intensità e qualità. In tal senso, si ammette poi correntemente che una certa discrepanza tra norme e fatti possa verificarsi (ed anzi inevitabilmente si verifichi) anche all'interno di un ordinamento giuridico di cui può continuare a predicarsi l'effettiva vigenza (3).

1. Poste queste semplici premesse, può dirsi che la declinazione più tradizionale (e descrittiva) del principio di effettività, nel discorso giuridico, vede l'effettività, intesa appunto come rispetto fattuale di certi poteri normativi e decisionali all'interno di un certo corpo sociale, come presupposto dell'esistenza (o fondamento del riconoscimento) di un ordinamento giuridico (4). Ciò può dirsi già sul piano della teoria generale (da Kelsen a S. Romano, da Hart a Piovanì (5)), ma l'applicazione fondamentale del principio si è poi avuta nel campo del diritto internazionale (mentre per il diritto statale, nel lungo periodo di supremazia del giuspositivismo, l'effettività — una volta acquisito il principio della sovranità statale — era data per scontata). Il principio di effettività diveniva così la base della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Più in generale, è stato « elemento costante delle concezioni giuspositiviste assumere un certo grado di effettività sociale come requisito della validità del diritto » (6), con la conseguenza che l'effettività del diritto applicato è divenuta logicamente il presupposto del riconoscimento della validità di un ordinamento e delle sue norme.

Le declinazioni tradizionali del principio di effettività non si limitano però al profilo descrittivo sopra ricordato. È propria dell'illuminismo giuridico e delle dottrine giuspositivistiche che ne sono state eredi l'affermazione del valore etico e politico dell'osservanza delle norme, cioè dell'affermazione della legalità e della certezza del diritto, anche sotto il profilo applicativo, come valore etico-politico (con il relativo superamento dell'esperienza del pluralismo giuridico medievale e del moltiplicarsi di fonti del tipo delle gride manzoniane nell'ancien régime). Conseguenza di questo atteggiamento è la condanna verso l'illegalismo diffuso che aveva caratterizzato il pluralismo giuridico dei secoli passati (e che spesso ha pervaso ampi settori di pratica sociale anche nell'esperienza di ordinamenti statali contemporanei) (7). Altra acquisizione culturale importante è quella — maturatasi nelle riflessioni di politica criminale — secondo cui una politica efficace di repressione e prevenzione del crimine richiede pene proporzionate e di certa (o almeno probabile) applicazione, piuttosto che pene durissime destinate ad essere applicate solo occasionalmente.

Fin qui, comunque, il principio è declinato in una prospettiva giuspositivistica. Ma non è questa l'unica prospettiva nella quale il principio è stato e può essere declinato (8). In realtà, il principio è stato invocato anche come opzione metodologica di contrasto al formalismo giuridico (9), volta — in primo luogo — ad affermare il carattere della giurisprudenza come fonte di diritto. In questa prospettiva il principio è stato declinato in una chiave sostanzialmente giusrealistica.

Può essere notato, in ogni caso, che in queste declinazioni tradizionali del principio di effettività il dibattito si muove pur sempre in una prospettiva che guarda all'ordinamento nel suo complesso e non ai diritti dell'individuo. La novità delle discussioni sull'effettività giuridica, negli anni recenti, è che queste hanno invece visto spostarsi l'attenzione sempre più sui diritti individuali e sull'effettività della loro tutela.

2. Le “nuove” declinazioni muovono dunque dalla prospettiva del soggetto e danno per presupposta l'esistenza dell'ordinamento (e, implicitamente, l'effettività dello stesso). L'effettività diventa così, essenzialmente, una misura della tutela dei diritti. Questo fatto può rappresentare, di per sé, un arricchimento culturale. Tuttavia, questa dimensione soggettiva ha subito uno scostamento decisivo, negli ultimi tempi. Mentre, nella tradizione liberaldemocratica, “lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza degli individui, perché non il potere pubblico (o non solo quello), ma il potere privato rappresentava la vera minaccia” (10), nell'ultimo quarto di secolo l'affermazione, rapida e totalizzante, dell'ideologia del libero mercato (a cui si è collegata l'affermazione dell'ideologia del diritto spontaneo, che pur ha radici storiche non coincidenti con la prima) « ha prodotto una distorsione della prospettiva storica, come se fossero lo Stato e i suoi apparati la minaccia più incombente per i diritti degli individui » (11) e come se l'effettività del mercato non potesse comportare anche gravi asimmetrie di potere e compressione delle libertà individuali.

Questo contesto ideologico ha portato con sé un'altra, grave distorsione: con l'attenzione centrata sui diritti degli individui, si è dato per scontato che l'altro versante del discorso, cioè lo Stato (o meglio, si dovrebbe ormai dire, l'ordinamento multilivello incentrato sul principio di sussidiarietà) fosse qualcosa di automaticamente funzionante, una sorta di macchina semovente, semplicemente da indirizzare a fini diversi da quelli del passato. La legge è stata ingenuamente concepita come un atto di impulso autosufficiente a dirigere in una od altra direzione la macchina statale, e il continuo parlare di “riforme” ha dato sempre per scontato che strumento necessario e sufficiente delle osannate “riforme” fossero nuove leggi. Si è così trascurato il fatto che la costruzione di pubblici apparati efficienti e imparziali ha sempre richiesto, nella storia, sforzi culturali e materiali enormi (12) e che il piano

inclinato su cui si reggono le istituzioni rende agevole e rapido il declino delle stesse (come è drammaticamente avvenuto in Italia); si è poi trascurato, in particolare, che la legge formale è solo un progetto, affidato per la sua esecuzione agli apparati amministrativi e giudiziari, ed è destinata a rimanere lettera morta se questi apparati difettano di lealtà o di competenza o di efficienza o di imparzialità, o di più di una di queste qualità.

È così accaduto che, mentre quaranta anni fa, nel trattare dei diritti fondamentali, si ponesse l'accento, più che sulla moltiplicazione declamatoria dei diritti, sulla necessità di costruire e mantenere un'organizzazione statale adeguata a rendere effettivi i diritti formalmente attribuiti agli individui (13), negli ultimi tempi i diritti sono stati sempre più “declamati” in un quadro di ingenua convinzione di autosufficienza dell'affermazione socioculturale degli stessi e della successiva ratifica mediante leggi formali.

3. È in questo contesto culturale che è maturata la novità più vistosa: il principio di effettività, trasferitosi dalla teoria degli ordinamenti alla dimensione dei diritti individuali, è stato per la prima volta codificato in testi normativi. Il punto centrale diviene il “diritto ad un rimedio effettivo” o a “una tutela giurisdizionale effettiva” (art. 19.1 TUE), che diventa “diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale” nell'art. 47 CDFUE. Nell'art. 13 CEDU si parla invece di “diritto a un ricorso effettivo” anche nei confronti delle pubbliche autorità. Negli artt. 24 e 113 della Costituzione italiana non si usa il termine “effettività”, ma il principio è stato introdotto in via interpretativa dalla Corte (14), e in ogni caso non è estraneo all'intenzione originaria del costituente, perché considerato acquisito nella cultura giuspositivistica. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale è così diventato luogo comune ed è ripetuto, come tale, in migliaia di sentenze italiane, di merito e di legittimità (15).

Così si afferma — e l'affermazione non può che essere condivisa — che « il diritto al giudice e ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo » (16). Può dirsi piuttosto che questa affermazione pecca per difetto. Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non riguarda solo i diritti inviolabili della persona umana, ma deve riguardare l'intera gamma degli interessi giuridicamente protetti. Il principio viene così oggi interpretato estensivamente, fino a comprendere la tutela amministrativa degli interessi legittimi (rispetto ai quali, anzi, il principio è testualmente sancito nell'art. 1 c.p.a.). Inoltre, sono riconosciuti come parte integrante del principio di effettività nel processo civile, l'atipicità del diritto di azione, la cognizione piena del giudice, la giusta durata del processo, la possibilità di accedere

alla tutela cautelare, ove necessaria ad evitare la frustrazione definitiva di un diritto (17).

Questo assunto costituisce ormai un punto fermo, alla cui costruzione hanno molto contribuito gli studi sull'attuazione degli obblighi di fare, avviati quarant'anni fa dall'autore che oggi onoriamo. Ciò che merita di essere sottolineato è che così si realizza una sorta di moto circolare: la tutela giurisdizionale “piena ed effettiva” degli interessi protetti dalle norme non è altro che la proiezione soggettiva della piena ed effettiva attuazione delle norme stesse. Si ritorna così all'effettività dell'ordinamento nella sua interezza. Può ritrovarsi dunque una coerenza nella lunga storia delle riflessioni sul principio di effettività nel diritto, anche se la scelta della prospettiva “soggettiva” non è stata — come si è già accennato e si tornerà a dire — priva di conseguenze anche negative. Su queste basi vorrei dedicare le riflessioni che seguono a due temi. Anzitutto, un tentativo di precisazione della portata del principio sul piano del diritto positivo (ciò sarà fatto per pochi cenni, dal momento che i diversi aspetti di diritto positivo sono oggetto di specifiche relazioni, in questo convegno). In secondo luogo, una riflessione conclusiva sull'ideologia del primato della giurisprudenza nella formazione del diritto, oggi spesso idealmente collegata al principio di effettività della tutela dei diritti.

4. Sul piano del diritto positivo sembra opportuno sottolineare, in primo luogo, che il principio di effettività — nel suo significato generale di esigenza di far corrispondere norma e fatto — continua ad avere una dimensione applicativa di tutto rilievo, anche al di fuori della tutela dei diritti in senso stretto. In altri termini, il fatto che il principio sia stato finora declinato, sul piano dei testi normativi, solo nella prospettiva della tutela dei diritti soggettivi non significa che, al di fuori della tutela dei diritti, il principio sia irrilevante. Così, per esempio, in materia di titolarità e di legittimazione all'esercizio di funzioni amministrative (con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di regolare composizione di organi a cui un determinato soggetto partecipa *ratione officii*) il principio di effettività viene ragionevolmente invocato per sostenere la soluzione tradizionale secondo cui l'investitura si ha non con il provvedimento di nomina, ma solo con l'atto di presa di servizio effettiva (e lo stesso vale per la cessazione dalla carica) (18). Alla stessa matrice si riconduce anche la complessa costruzione giurisprudenziale della figura del “funzionario di fatto”.

In secondo luogo, il principio di effettività, se correttamente inquadrato sul piano sistematico, non può limitarsi all'esercizio dei diritti, ma deve allargarsi all'adempimento dei doveri. Questo punto può dirsi acquisito nel diritto europeo, ove il principio di effettività non ha solo una declinazione pretensiva, cioè non riguarda solo i diritti, ma anche i doveri. Un'applicazione ben nota — affermata nella

giurisprudenza europea — riguarda l'obbligo di effettivo recupero degli aiuti di Stato illegittimi alle imprese (19). Questo versante del principio di effettività dovrebbe poi spingersi, soprattutto, sul tema — oggi notoriamente in grave crisi — della effettività della pena (e, prima ancora, alla capacità dell'ordinamento di accertare abitualmente gli autori dei reati).

5. Tornando alla dimensione centrale del tema, cioè quella del “diritto a un rimedio effettivo”, l'immediato rilievo è nel senso che il principio di effettività spinge verso un'estensione dei poteri del giudice. Il fenomeno ha una duplice veste: da un lato si nota l'ampliamento della gamma di rimedi esperibili, con relativo ampliamento dei poteri discrezionali del giudice di dettare un rimedio adeguato alle necessità del caso concreto. Dall'altro, si nota una tendenza ad ampliare i poteri di pronuncia d'ufficio del giudice, con un effetto lato sensu paternalistico, pur sempre rivolto ad incrementare le possibilità di tutela effettiva. Il primo profilo (ampliamento della gamma di rimedi esperibili) ha carattere generale, nell'ordinamento. L'applicazione più significativa si è avuta nel campo del processo amministrativo: dall'ampliamento delle tutele (soprattutto quella risarcitoria) fino all'ampliamento del sindacato sugli atti tecnico-discrezionali (con il superamento tendenziale, benché ancora non definitivo, della tesi del “sindacato debole” (20)). Il processo amministrativo si avvantaggia inoltre, sul piano dell'effettività, per l'operare di quella incisiva forma di esecuzione forzata che è il giudizio di ottemperanza (oggi evolutosi fino a comprendere la c.d. ottemperanza interpretativa).

Anche sul piano del diritto privato si è assistito a diversi interventi del legislatore europeo (puntualmente recepiti dal legislatore nazionale) volti a rafforzare gli strumenti di private enforcement; così in materia di proprietà intellettuale (dir. 2004/48/CE), in materia di violazione di norme antitrust (dir. 2014/104/UE) (21) e, da ultimo, in materia di segreti commerciali (dir. 2016/943/UE).

In questo quadro si colloca anche il rafforzamento delle misure coercitive per il caso di inottemperanza ai provvedimenti del giudice; così la generalizzazione della previsione delle astreintes, introdotta nel 2009 con l'art. 614-bis, c.p.c., che corona la lunga battaglia di idee condotta da una minoranza di studiosi (fra cui, in posizione di evidenza, proprio Savino Mazzamuto) per il superamento, o almeno ridimensionamento, dell'antico dogma dell'incoercibilità degli obblighi di fare.

Un ulteriore passo in avanti, sul piano della coercizione indiretta delle condanne a un fare o a un non fare, si è poi avuta, di recente, con l'art. 9 del d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63 (attuativo della dir. 2016/943/UE, sopra citata), che ha esteso a tutti i casi

di inottemperanza dolosa di « misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale », la sanzione di cui all'art. 388 c.p. (22).

Se dunque sono innegabili i passi avanti compiuti sul piano dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare, una situazione incerta sembra invece presentarsi sul piano dell'individuazione dei rimedi sul piano sostanziale. Da un lato si assiste, da anni, alla inarrestabile dilatazione del rimedio risarcitorio civile, sempre più piegato a svolgere funzioni di generale deterrenza (pur estranei alla funzione tradizionale del risarcimento): il processo è maturato sul piano della risarcibilità del danno non patrimoniale, nel quale la funzione deterrente (o anche solo "satisfattiva") è apparsa ai più necessaria e sufficiente per giustificare la condanna; da ultimo vi è stato il riconoscimento che i danni punitivi non sono contrari all'ordine pubblico, anche se la giurisprudenza non è ancora arrivata a superare, nel diritto interno, il limite della riserva di legge (23). Dall'altro vi sono ancora molte incertezze sulla generale applicabilità di rimedi specifici (ordini giudiziali di fare o di non fare) per la tutela dei diritti individuali. L'espansione della funzione deterrente del risarcimento è spesso giustificata proprio con l'esigenza di rendere "effettivo" il rimedio giudiziale (qualche volta si dice che mira a garantire "l'effettività dell'ordinamento giuridico" (24)). Così si stabilisce un'equazione tra gravità della sanzione ed effettività della tutela che, pur essendo stata accreditata da alcune proposte di analisi economica del diritto, contrasta con il buon senso e con l'esperienza consolidata, per cui è la certezza o comunque la probabilità di una sanzione proporzionata, e non l'entità della sanzione in quanto tale, che costituisce deterrente effettivo.

Peraltro, si riconosce, in linea di principio, che il principio di effettività richiede che i titolari di interessi giuridicamente protetti possano "beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato" e, così, che possano disporre di rimedi in forma specifica, accompagnati da adeguate misure coercitive (25). In dottrina si è anche persuasivamente teorizzata l'idea secondo cui il principio di effettività porta con sé l'esigenza di riconoscere un "giusto rimedio", appropriato a realizzare la piena soddisfazione dell'interesse tutelato (26). Così, nell'alternanza del dato testuale, ove si trovano — come si è visto sopra — le espressioni "ricorso effettivo" e "rimedio effettivo", quest'ultima espressione è giustamente considerata come sistematicamente prevalente (27).

Tuttavia, nell'ormai lungo dibattito dottrinale sull'esperibilità di rimedi inibitori "atipici", continua ad essere rifiutata l'idea di inserire i rimedi inibitori o comunque specifici nel sistema generale di reazione dell'ordinamento ai fatti produttivi di danni ingiusti, fondata sull'idea per cui la clausola generale di ingiustizia del danno implica una valutazione comparativa di posizioni contrapposte, alla luce dei principi generali

dell'ordinamento (28) e che l'applicazione di questa clausola debba estendersi anche a situazioni in cui emergono conflitti fra attività destinate a protrarsi nel tempo. Da qui la possibilità di un'interpretazione sistematicamente estensiva dell'art. 2058 c.c. sulla riparazione del danno in forma specifica, sì da comprendere anche condanne ad un *facere* o ad un *non facere*, se e in quanto costituiscano rimedi efficaci al fine di rimuovere una causa di danno in corso. Questa tesi, sostenuta tanti anni fa da chi scrive, è stata respinta dalla dottrina pressoché unanime in base alla considerazione secondo cui essa sarebbe incompatibile con il concetto di risarcimento (presente nel testo normativo dell'art. 2058 c.c.), che guarda necessariamente ad un intervento *ex post* di riparazione di un pregiudizio già maturato (29). Osservazione ovvia e dirimente, se si guarda al significato storico originario dell'art. 2058 c.c., ma non pertinente al fine di confutare una proposta di interpretazione sistematico-evolutiva, volta realizzare effettività e proporzionalità di tutela di interessi giuridicamente protetti. Il punto debole della discussione in materia di inibitoria è costituito dal fatto che si continua a vedere questo rimedio nel quadro ristretto dell'*actio negatoria* di ascendenza romanistica, e quindi come rimedio appropriato di tutela dei soli diritti assoluti. Si moltiplicano peraltro interventi dottrinali volti ad affermare che il problema della generalità del rimedio inibitorio è risolto nel diritto vivente e trova soluzione nell'applicazione diretta dell'art. 24 Cost. (30), ma così si finisce per confermare la necessità del *medium logico* (più o meno consapevolmente affermato) dal riconoscimento di un diritto assoluto. Nella concreta pratica applicativa, l'inibitoria continua ad incontrare significativi limiti (31).

6. Un secondo filone di ampliamento tendenziale dei poteri del giudice, nel processo civile, riguarda innegabilmente la possibilità di pronunce d'ufficio. Questo filone, più del precedente (in cui interventi legislativi si intrecciano a statuizioni giurisprudenziali), può dirsi di origine quasi esclusivamente giurisprudenziale. Gli interventi legislativi diretti ci sono stati pure (si pensi all'art. 96, comma 3°, c.p.c.), ma le statuizioni giurisprudenziali autonome hanno avuto maggior peso, e ciò è particolarmente significativo, se si considera il ruolo sistematico centrale tradizionalmente attribuito al principio dispositivo nel processo civile e alla conseguente tassatività dei casi di pronuncia d'ufficio (art. 2907 c.c.).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sviluppato questo filone nella materia della tutela dei diritti del consumatore (32). Qui si è realizzata un'espansione della pronuncia d'ufficio, fino ad ammettere che questa possa supplire alle lacune dell'attività difensiva del consumatore, anche a costo di superare preclusioni processuali (p.e. ammettendo la rilevabilità d'ufficio delle nullità in sede esecutiva, anche a fronte di un titolo esecutivo divenuto definitivo, cioè ammettendo la

revisione di un giudicato causato dall'inerzia del consumatore) (33). Si è così determinato « un dovere pressoché illimitato del giudice nazionale di intervenire in soccorso della parte debole per supplire alla sua scarsa reattività processuale » (34).

Tuttavia, nel diritto europeo, se si va al di fuori del campo della tutela del consumatore, torna ad emergere l'indicazione per cui il principio di effettività non comporta un'estensione indiscriminata dei poteri di pronuncia d'ufficio da parte del giudice, ma dev'essere piuttosto coordinato con il principio dispositivo e con il principio del contraddittorio, come punti basilari della disciplina del processo civile (così in una recente pronuncia della Corte eur. giust. in materia tributaria) (35).

Nel diritto italiano, la spinta verso l'ampliamento dei poteri di pronuncia d'ufficio del giudice è probabilmente andata oltre le stesse indicazioni del diritto europeo. Si possono qui ricordare la ben nota pronuncia delle sezioni unite sulla rilevazione d'ufficio delle nullità negoziali (36) (peraltro non del tutto chiara nella sua portata dispositiva), e altri filoni giurisprudenziali da tempo affermati: si pensi al potere del giudice di condannare il convenuto ad un risarcimento per equivalente a fronte di una domanda di risarcimento in forma specifica (37) (che però ha una base testuale nel disposto dell'art. 2058 c.c.) e alla ormai affermata (e discutibile, e comunque stavolta non fondata su alcun dato testuale) giurisprudenza sulla correzione equitativa d'ufficio della clausola penale (se pur ridimensionata dall'ormai costante precisazione secondo cui la riduzione d'ufficio è possibile solo se, dagli atti del processo, risulti che la parte interessata ha almeno allegato e provato gli elementi di fatto che danno causa all'iniquità). Un esempio ancor più significativo è però costituito dal caso Cargest, in materia di danno antitrust, ove la Cassazione ha rinviato l'esame del caso al giudice di merito rilevando, come vizio di legittimità, la mancata attivazione di una consulenza tecnica d'ufficio (38). Accanto a queste pronunce, volte ad aumentare i poteri di pronuncia d'ufficio del giudice, non manca, in effetti, qualche pronuncia in controtendenza, come quella recente che — in dissenso con alcune pronunce di giudici di merito — ha negato la possibilità che il giudice dichiari d'ufficio la nullità di un marchio d'impresa (39). Ciò induce a riconoscere che il tema è, in effetti, tra quelli che abbisognano di maggiore approfondimento, a livello sistematico.

La mia impressione è che gli attuali orientamenti giurisprudenziali, pur incentrati sull'argomento secondo cui la pronuncia d'ufficio riguarda norme poste a tutela “degli interessi generali dell'ordinamento” (e quindi norme non eccezionali e suscettibili di applicazione analogica (40), in contrasto con la tradizione codificata nell'art. 2907 c.c.), intendano l'allargamento della pronuncia d'ufficio in senso paternalistico (dalla

correzione della penale agli interventi a tutela dei consumatori) e quindi poste a tutela di interessi privati “deboli”. Se così è, l'orientamento è discutibile (41).

Viceversa, l'allargamento della pronuncia d'ufficio si giustifica pienamente quando è in gioco un problema di ordine pubblico e quindi si debba evitare che la pronuncia del giudice si trasformi in uno strumento di affermazione di risultati non solo sostanzialmente ingiusti, ma addirittura contrastanti con principi di ordine pubblico (42). Ciò potrebbe indurre a ridimensionare qualche soluzione sugli interventi d'ufficio a protezione di interessi deboli e, viceversa, ad allargare l'ambito di rilevazione d'ufficio di vizi delle situazioni giuridiche fatte valere dall'attore.

7. Malgrado il riconoscimento, ovunque conclamato, del principio di effettività della tutela giudiziaria, sono rimaste però aperte diverse lacune. La sensibilità degli interpreti si è diretta verso alcuni profili di diritto sostanziale dei rimedi (soprattutto per ciò che riguarda l'effetto di deterrenza) e, in parte, verso la disciplina dell'esercizio dei diritti e delle difese (tempi, costi ecc.); minore sensibilità si è avuta verso l'effettività della tutela del credito e i profili esecutivi delle decisioni giudiziarie: mentre nel processo amministrativo si rinforza l'ambito dei poteri dei commissari ad acta, proprio per garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie (43), l'esecuzione delle sentenze civili continua ad essere, malgrado qualche piccolo miglioramento negli ultimi anni, un punto debole del sistema giudiziario italiano.

Accanto alle lacune, un'altra serie di criticità attiene ai rischi di overprotection dei diritti. Vorrei segnalare alcuni profili. Il primo riguarda i tempi concessi per l'esercizio di un'azione: in materia di prescrizione, ove i lunghi termini della tradizione divengono sempre meno giustificabili alla luce dei tempi della vita contemporanea, ma le direttive europee ondeggiavano (p.e. in materia di danno antitrust, ove non c'è un limite massimo e si prevede la sospensione per tutto il tempo del procedimento amministrativo; mentre, in materia di segreti industriali, si prevede un termine massimo di 6 anni); per contro, si ammette che gli ordinamenti nazionali possano prevedere ragionevoli termini di decadenza per l'esercizio di rimedi a tutela dei diritti (44), anche se si impone la regola per cui la decorrenza del termine non può iniziare da prima che vi sia stata conoscenza o conoscibilità del fatto contestabile da parte dell'interessato (45).

Un altro punto attiene all'idea che il principio di effettività imporrebbe il riconoscimento di responsabilità senza colpa, così come è stato sancito dalle direttive europee in materia di contratti pubblici (v. ora l'art. 124 c.p.a.) (46).

Il punto più critico rimane comunque quello, già segnalato, che attiene all'idea che un risarcimento debba seguire a qualsiasi evento lesivo di interessi legalmente protetti; in altri termini: l'idea che solo una forte funzione satisfattiva o deterrente del risarcimento possa servire a tutelare i beni della vita protetti dal diritto. Si tratta di un'idea semplicistica, che sarebbe bisognosa di una profonda revisione critica.

8. La concezione, oggi prevalente, del principio di effettività come “diritto a un rimedio effettivo”, porta con sé l'idea che l'effettività di un ordinamento si traduca sostanzialmente nella pervasività e incisività delle decisioni giudiziarie. In altri termini, l'effettività dell'ordinamento tende ad identificarsi con l'espansione del potere dei giudici: da ciò la diffusa impressione secondo cui solo l'ampliamento della discrezionalità giudiziale, e in genere dei poteri del giudice, possa realizzare le finalità dell'ordinamento. La discussione sul principio di effettività incontra, così, il tema della creatività giurisprudenziale. Per vero, nessuno propone teorie puramente decisionistiche, volte a risolvere il diritto nella decisione giudiziale, attribuendo a ciascun giudice i poteri di un re Salomone e abbandonando del tutto una prospettiva normativistica. Ciò che piuttosto si va affermando è una concezione del diritto volta ad esaltare la creatività giurisprudenziale come fonte primaria del diritto, in un sistema fondato sul rispetto di principi e diritti fondamentali e sulla loro applicazione in presa diretta da parte dei giudici, con corrispondente svalutazione delle norme di legge e riaffermazione di uno *ius* di valore preminente rispetto alle leggi. Questa tendenza ad espandere l'applicazione dei principi a scapito delle regole trova espressione in note e autorevoli posizioni dottrinali, come quelle di Paolo Grossi e di Nicola Lipari (e di diversi altri autori), ed è stata affermata anche in note decisioni delle Corti Supreme. Così nei casi decisi da Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77 sul tema della riduzione della caparra eccessiva, che ha invitato i giudici a risolvere il problema applicando direttamente il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. (47), trascurando la possibilità di giungere alla medesima conclusione mediante una sentenza additiva dell'art. 1384 c.c., o — meglio ancora — una sentenza interpretativa di rigetto fondata sulla possibilità di applicazione analogica dell'art. 1384 alla caparra. Così ancora nella nota sentenza di Cassazione 18 settembre 2009, n. 20106 sul recesso ingiustificato da un contratto fra imprese, che dichiara, come rimedio, la correzione del recesso mediante il principio del divieto di abuso del diritto, anziché proclamare l'applicazione diretta, o estensiva, della legge speciale sul divieto di abuso di dipendenza economica.

Si deve peraltro riconoscere che questa linea di pensiero non è affatto incontrastata. L'attuale dibattito sulla creatività giurisprudenziale vede molte voci, anch'esse autorevoli (da Irti a Ferrajoli a Luciani, ed altri), schierate a difesa di un normativismo

più tradizionale e del valore del primato della legalità. Nella stessa giurisprudenza della S.C. non mancano affatto sentenze recenti che, forse in controtendenza, manifestano molta deferenza per il legislatore: così in tema di mancato riconoscimento del diritto all'oblio per i dati pubblicati sul registro delle imprese (48) o nella recente pronuncia delle sezioni unite sull'usura sopravvenuta (49). Si tratta di pronunce (soprattutto la seconda) che approdano a soluzioni criticabili nel merito. Ma ciò che dev'essere segnalato è la presenza di un contrasto di visione complessiva dell'ordinamento che si manifesta all'interno delle pronunce della stessa S.C., e che richiede un approfondito intervento partecipativo della dottrina giuridica.

In questa discussione (50) ciò che dovrebbe costituire un punto fermo è che il ragionamento per principi è auspicabile, ed anzi necessario, anche se si segue la linea del rispetto del primato della legge: il ragionamento per principi costituisce infatti una componente essenziale del processo giuridico negli ordinamenti contemporanei, che sono (praticamente) tutti ordinamenti a base costituzionale, e pongono pertanto i principi generali (dettati testualmente dalla Costituzione o impliciti nel sistema normativo) come componente strutturale dell'ordinamento (51). Un punto cruciale da tenere presente è però che il ragionamento per principi può essere impiegato — come in effetti normalmente avviene — come strumento interpretativo atto a guidare la scelta di attribuzione di significato a norme di legge o di regolamento, ivi comprese le clausole generali regolanti rapporti fra privati. Su questo versante del ragionamento per principi non ci sono oggi — mi sembra — obiezioni di carattere metodologico e non si vede dunque perché, in presenza di una disciplina di legge orientabile costituzionalmente in coerenza con un principio, si debba rinunciare all'applicazione della norma di legge costituzionalmente orientata, con i suoi profili regolativi di dettaglio, e preferire l'applicazione diretta del principio.

La diversa opzione, che emerge negli orientamenti che proclamano la centralità del potere giudiziario rispetto al potere legislativo, esprime una scelta ideologica, che fa del giudice il soggetto privilegiato a « leggere e decifrare valori diffusamente condivisi » (52) e, contemporaneamente, nega questa funzione al potere legislativo. Si diffonde anzi l'idea secondo cui gli ostacoli all'effettività del diritto derivano oggi soprattutto da una legislazione “schizofrenica e farraginoso” (53).

Questa linea di pensiero si inserisce così nel quadro delle critiche, oggi di nuovo dilaganti, verso la democrazia liberale e il suo funzionamento. Queste critiche, a loro volta, hanno dato vita a due filoni diversi: quello (che prende a modello esperienze come quelle di Singapore o della Repubblica Popolare Cinese) volto a proporre correzioni “meritocratiche” (54) o “epistocratiche” (55) dell'attuale democrazia, e quello propriamente “populistico” (oggi momentaneamente vincente negli U.S.A. e in

diversi paesi europei), volto ad affermare l'accesso ad una democrazia diretta mediata da una sorta di referendum continuo in rete, atto a legittimare governanti proclamatisi come espressione diretta del popolo, in quanto non selezionati per cooptazione da élites preesistenti (56). Nel contesto sommariamente delineato, la linea di pensiero volta ad affermare il primato della giurisprudenza sulla legislazione dovrebbe ascrivere al filone epistocratico, anche se i suoi esponenti italiani non sembrano di ciò consapevoli e appaiono piuttosto inclini a sposare argomentazioni di carattere "populistico". In ogni caso, a me sembra che si tratti di una linea di pensiero intrinsecamente debole: l'ideologia epistocratica presuppone l'esistenza di una classe dirigente coesa, in grado di riprodursi per cooptazione, mantenendo la sua egemonia sulla società nel suo complesso; quella populistica legittima invece "dittature elettorali" di gruppi dirigenti proclamatisi espressione diretta dello spirito del popolo. In ambedue i casi, il superamento della democrazia liberale porta al rafforzamento del potere politico centrale e non certo ad attribuire un ruolo primario ad una magistratura indipendente, in grado di interpretare lo spirito del popolo meglio dei governanti. In altri termini, il ruolo della giurisprudenza, come custode dei principi, si legittima soltanto nel quadro di una democrazia liberale, che riconosce l'essenziale importanza di una funzione legislativa politicamente qualificata e coerente, oltre che distinta dalla funzione esecutiva e da quella giudiziaria. Oggi non sappiamo se questo modello — che molti, compreso chi scrive, ritengono superiore a qualsiasi altro, oltre che fondato sui testi normativi costituzionali — abbia vitalità sufficiente per superare la tempesta in corso e correggere i suoi difetti contingenti. La crisi della formazione della classe dirigente, nelle democrazie occidentali e in Italia in particolare, è oggi un fatto reale, ma è illusorio pensare che la magistratura possa assumere una funzione di supplenza complessiva di una classe dirigente politica inadeguata.

Se ci si muove, come riteniamo tuttora doveroso, nell'attuale quadro costituzionale, il primato della legislazione (anche costituzionale, s'intende) sulla giurisprudenza dovrebbe essere fuori discussione. In questo orizzonte, lato sensu giuspositivistico, il ricorso ai principi non implica affatto necessariamente — di contro a quanto spesso si afferma — una scelta di metodo antipositivistica: l'attribuzione di significato ai principi stessi non richiede l'interrogazione di una mitica coscienza sociale diffusa, ma richiede complesse riflessioni interpretative, in un continuo dialogo con l'evoluzione del pensiero filosofico-politico, da un lato, e con le intenzioni del legislatore storico e di quello attuale, dall'altro. Ciò che si può rimproverare all'attuale dottrina giuridica è, piuttosto, il livello ancora insoddisfacente (e, spesso, addirittura primitivo) della discussione razionale sul contenuto dei principi. Oggi il compito principale della dottrina giuridica dovrebbe essere quello di approfondire la discussione razionale sul contenuto dei principi: molti fra questi sono infatti continuamente affermati, ma con

contenuti gravemente approssimativi o grossolani, con il risultato di rendere arbitrarie molte decisioni giudiziarie che a quei principi dichiarano di ispirarsi. È quanto personalmente ho potuto constatare riflettendo sulla giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente o di tutela della concorrenza.

Se si accetta l'assunto che anche i principi giuridici sono espressione del potere legislativo, nella sua versione costituente, e non di uno ius indipendente dalla realtà istituzionale dell'ordinamento, ne consegue de plano che i principi siano concepiti come guida all'interpretazione delle leggi e delle altre fonti di rango inferiore, e non a queste contrapposti, come espressione di una più profonda sapienza giuridica.

Quindi anche una declinazione dell'effettività come coerenza del diritto applicato con i principi non richiede affatto l'abbandono di una prospettiva normativistica di tipo, per così dire, tradizionale, né la svalutazione programmatica dei testi normativi legislativi o regolamentari. Un altro tema, connesso con quello ora trattato, riguarda la scelta fra prospettiva relazionale e prospettiva regolatoria, nella decisione del giudice: questa deve guardare al singolo rapporto (tendenzialmente secondo equità) o deve collocarsi in una prospettiva sostanzialmente normativa, favorendo anche — in certi casi — pretese opportunistiche, se e in quanto queste corrispondano al dettato normativo e servano come deterrente per comportamenti censurabili a livello generale? Nel giudizio amministrativo è posizione tradizionale — anche se, da qualche tempo, recessiva — quella che afferma che la soluzione dei casi deve tendenzialmente affermare la tutela del diritto oggettivo (57). Un fatto interessante è che, da qualche tempo, questa idea inizia a circolare anche con riguardo all'attività del giudice civile, soprattutto nel campo dell'economia. Tende infatti ad allargarsi l'idea che anche il giudice civile possa svolgere, soprattutto in materia economica, una funzione “regolatoria”. È quanto il codice delle comunicazioni elettroniche prescrive espressamente nella disciplina (art. 23) della risoluzione (mediante una forma di giudizio arbitrale in sede amministrativa) di controversie fra imprese di fronte all'AGCom (« Nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13 » [cioè gli obiettivi della regolazione amministrativa del settore delle telecomunicazioni]). Nulla impedisce di pensare che un simile orientamento debba essere seguito anche dal giudice civile (58). Da qui una profonda divergenza sull'atteggiamento che il giudice deve assumere di fronte alle situazioni di sfruttamento “opportunistico” di principi ispirati a ragioni di equità e di efficienza.

9. Quanto finora si è detto tende a segnalare le diverse declinazioni che possono darsi del ruolo della giurisprudenza, nel perseguimento dell'obiettivo generale

dell'effettività dell'ordinamento (sempre come corrispondenza tra norme e fatti). Conclusivamente mi sembra utile porre di nuovo l'accento — riprendendo quanto sopra esposto nel § 2 — su un limite fondamentale della concezione strettamente rimediale del principio di effettività, oggi divenuta prevalente. Questo limite sta nel fatto che la concentrazione del principio di effettività sul profilo rimediale comporta il rischio che si guardi soltanto alla soluzione di situazioni conflittuali particolari, dimenticandosi dell'effettività complessiva dell'ordinamento.

Fonte: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1209

Autori: Matteo Gnes, Edoardo Chiti

CRONACHE EUROPEE 2017

Sommario: 1. Gli sviluppi del processo di integrazione europea nel 2017. — 2. L'assetto istituzionale. — 3. I rapporti fra i cittadini e le istituzioni europee. — 4. La politica economica e monetaria. — 5. Le funzioni di regolazione (mercato interno, comunicazioni elettroniche, concorrenza, aiuti di Stato, politica sociale, tutela della salute e del consumatore, tutela ambientale). — 6. Le funzioni di erogazione (politica agricola comune, ricerca e tecnologia, istruzione, cultura). — 7. La finanza (bilancio e fondi). — 8. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. — 9. La dimensione esterna. — 10. La politica estera e di sicurezza comune.

1. Il processo di integrazione europea è stato segnato, nel corso del 2017, da diversi eventi di rilievo politico ed istituzionale. L'evento politico ed istituzionale più rilevante è rappresentato dalla formalizzazione della richiesta del Regno Unito di uscire dall'Unione europea (nonché dalla Comunità europea dell'energia atomica) e dall'avvio dei relativi negoziati, sulla base delle decisioni assunte dal Consiglio europeo nella composizione c.d. «UE-27» (ossia con la partecipazione degli altri ventisette Stati membri) (infra, par. 2). Di rilievo più simbolico, che politico ed istituzionale, è stata la celebrazione, il 25 marzo, del sessantesimo anniversario della firma dei Trattati di Roma, cui hanno partecipato i capi di Stato e di governo dell'UE-27, al cui termine è stata adottata una dichiarazione al fine di «rendere l'Unione europea più forte e più resiliente, attraverso un'unità ancora maggiore». Sono poi da segnalare gli sviluppi in materia di integrazione europea ed unione economica e monetaria, con le proposte avanzate dalla Commissione, in particolare con il libro bianco sul futuro dell'Europa ed altri documenti di riflessione, volte a promuovere lo sviluppo dell'integrazione europea (infra, par. 4).

L'Unione europea, inoltre, ha continuato la sua attività di regolazione in molti settori, a partire dal mercato interno, al fine di approfondirne l'integrazione (infra, par. 5).

Sono stati numerosi anche gli sviluppi relativi alle funzioni di erogazione, tra i quali si può ricordare l'avanzamento del processo di riforma dell'attuale disciplina della politica agricola comune (infra, par. 6). Quanto alle relazioni esterne, sono da segnalare i progressi di vari paesi dei Balcani occidentali candidati all'adesione, l'applicazione del Comprehensive Economic and Trade Agreement con il Canada e la positiva conclusione delle negoziazioni con il Giappone per la stipula di un accordo di partenariato economico (infra, par. 9). Infine, si registra l'impegno degli Stati membri e delle istituzioni europee a rilanciare il processo di costruzione di una politica estera e di sicurezza comune, anche nello specifico settore della difesa (infra, par. 10).

Come per gli anni passati, si può individuare lo sviluppo delle linee di indirizzo politico dell'Unione anche attraverso l'esame delle decisioni adottate dai Consigli europei (1). Nel corso del 2017, le riunioni del Consiglio europeo hanno avuto ad oggetto, come per gli anni passati, le questioni più rilevanti, ossia, oltre agli aspetti relativi all'uscita del Regno Unito, la necessità di stimolare la crescita, l'occupazione e la competitività, il completamento del mercato unico, la politica commerciale, gli aspetti interni ed esterni della politica migratoria, la sicurezza, l'energia e il cambiamento climatico.

In particolare, la riunione informale tenutasi a Malta il 3 febbraio ha avuto ad oggetto due temi principali. Il primo è quello relativo al contenimento del flusso dei migranti dalla Libia all'Italia, per cui, al fine di ridurre in maniera significativa i flussi migratori, contrastare l'attività dei trafficanti e salvare vite umane, è stato deciso di intensificare la cooperazione con le autorità libiche, attraverso diverse azioni, che vanno dalla formazione, equipaggiamento e supporto per la guardia costiera nazionale libica all'impegno volto a garantire, in Libia, capacità e condizioni di accoglienza adeguate per i migranti, unitamente all'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (United Nations High Commissioner for Refugees – Unhcr) ed all'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni – Oim. Il secondo tema è ha riguardato i preparativi per il sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma. Nel Consiglio europeo del 9-10 marzo è stato confermato Donald Tusk quale presidente del Consiglio europeo, senza però l'appoggio della Polonia (che però non ha posto il veto), ossia del Paese di cui è cittadino e del quale era stato premier dal 2007 al 2015. In segno di protesta la Polonia non ha approvato il documento finale del Consiglio, che è stato redatto come «conclusioni del presidente» con il sostegno di 27 membri ma senza il consenso, per cui non può essere inteso come formalmente approvato. I temi trattati hanno riguardato l'economia (in particolare chiedendo riforme strutturali, il rafforzamento delle finanze pubbliche e la promozione degli investimenti, anche tramite la rapida proroga del Fondo europeo per gli investimenti strategici), la sicurezza (invitando Consiglio e parlamento a trovare un accordo sulla proposta relativa a un sistema di

ingressi/uscite entro giugno 2017 e ad accelerare i lavori sulla proposta relativa a un sistema dell'Ue di informazione e autorizzazione ai viaggi), la migrazione (da un lato ribadendo la necessità di trovare accordi con Paesi terzi e dall'altro, per quanto riguarda la dimensione interna, di applicare i principi di responsabilità e solidarietà) e la situazione nei Balcani occidentali.

Come ricordato in apertura, in occasione del sessantesimo anniversario dei Trattati istitutivi di Roma del 1957, il Consiglio europeo si è riunito a Roma, nel Campidoglio, il 25 marzo ed ha approvato la «Dichiarazione di Roma», in cui, tra l'altro, sono stati indicati i quattro obiettivi della «agenda di Roma», ossia l'impegno ad adoperarsi per un'Europa sicura, per un'Europa prospera e sostenibile, per un'Europa sociale e per un'Europa più forte sulla scena mondiale.

Il 29 aprile vi è stata una riunione straordinaria in cui sono stati adottati gli orientamenti per i negoziati sulla Brexit (su cui v. infra, par. 2). La riunione del 22-23 giugno ha avuto ad oggetto, oltre all'esame degli sviluppi dei negoziati con il Regno Unito relativamente alla Brexit ed all'approvazione della procedura per il trasferimento delle agenzie dell'Ue ubicate attualmente nel Regno Unito, i temi della sicurezza e difesa (in particolare concordando sulla necessità di avviare una cooperazione strutturata permanente - Pesco), affari esteri, cambiamenti climatici, economia, commercio e migrazione. In occasione del vertice sul digitale tenutosi a Tallin sul digitale il 29 settembre, organizzato dalla presidenza estone del Consiglio in cooperazione con il presidente del Consiglio europeo e con la Commissione europea, si è tenuto un pranzo informale, il 28 settembre, tra i leader europei, nel corso del quale si è proceduto a uno scambio di opinioni sulle maggiori sfide dell'Unione europea.

La riunione del 19 e 20 ottobre ha avuto ad oggetto, durante la prima giornata, le questioni relative alla migrazione (specie per quanto riguarda il controllo delle frontiere esterne, le azioni per le rotte migratorie e specificamente per quelle del Mediterraneo centrale, la riforma del sistema europeo comune di asilo), all'Europa digitale, alla sicurezza e difesa (specie relativamente ai progressi sulla Pesco), alle relazioni esterne; e, durante la seconda giornata, i progressi dei negoziati sulla Brexit con il Regno Unito. Inoltre, in via informale i leader dell'Ue si sono riuniti per approvare la c.d. «agenda dei leader» ossia un programma di lavoro per guidare l'azione futura dell'Unione europea. Il 17 novembre si è tenuta una riunione informale a Göteborg, in Svezia, avente ad oggetto l'istruzione e la cultura, ove sono state discusse proposte in materia di aumento graduale della mobilità e degli scambi per i

giovani europei; di creazione di una rete di università europee; di riconoscimento reciproco dei diplomi di istruzione secondaria; e relativamente ad un progetto Erasmus per giovani artisti.

Infine, la riunione del 14 e 15 dicembre 2017 ha avuto ad oggetto, nella prima giornata i temi della sicurezza e difesa, della dimensione sociale, istruzione e cultura (tra l'altro formalizzando i risultati della discussione di Göteborg), dei cambiamenti climatici e di Gerusalemme. Nella seconda giornata si è discusso sui progressi in materia di Brexit (adottando il progetto di orientamenti per passare alla seconda fase dei negoziati) e inoltre si è tenuto il vertice euro (ove si è discusso del futuro dell'Unione economica e monetaria e dell'unione bancaria).

2. Per quanto riguarda l'assetto istituzionale dell'Unione, l'evento di maggior rilievo, sotto il profilo politico ed istituzionale, è la formalizzazione della c.d. Brexit: il 29 marzo 2017, a nove mesi dal referendum del 23 giugno 2016 (su cui si v. Cronache 2016, par. 2) il Regno Unito ha formalmente notificato, con una lettera del Primo ministro Theresa May al presidente del Consiglio europeo Donald Tusk, l'intenzione di uscire dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), avviando la procedura di recesso dall'Unione prevista all'articolo 50 del Trattato sull'Unione europea. Nella riunione straordinaria del Consiglio europeo del 29 aprile sono stati adottati gli orientamenti sul recesso ordinato del Regno Unito dall'Unione europea. I principi fondamentali sono: l'unità dell'Unione a 27 nell'ambito dei negoziati; l'auspicio che il Regno Unito resti un partner stretto; l'equilibrio di diritti e obblighi e la parità su cui dovrà essere basato il futuro accordo; l'integrità del mercato unico (per cui le quattro libertà sono indivisibili e le scelte di comodo sono escluse); la distinzione dello Stato che non è membro, che non può godere degli stessi diritti e vantaggi di uno Stato membro. I negoziati si dovranno svolgere per fasi: la prima fase ha l'obiettivo di offrire il massimo grado possibile di chiarezza e certezza giuridica e regolare lo svincolamento del Regno Unito dall'Unione. La seconda avrà ad oggetto trattative preliminari e preparatorie sul quadro delle future relazioni tra l'Unione ed il Regno Unito, pur se il relativo accordo potrà essere concluso solo a seguito della effettiva uscita del Regno Unito dall'Unione (entro il termine massimo di due anni previsto all'articolo 50 del TUE, che scade il 29 marzo 2019). Al fine di garantire un recesso ordinato si stabilisce che la prima priorità dei negoziati è di concordare garanzie reciproche intese a salvaguardare, alla data del recesso, lo status e i diritti derivanti dal diritto dell'Unione dei cittadini dell'Ue e del Regno Unito, e delle relative famiglie, interessati dal recesso del Regno Unito dall'Unione. Inoltre, in considerazione delle specificità dell'isola dell'Irlanda viene ribadita la necessità di sostenere l'accordo del Venerdì santo e il processo di pace in Irlanda del Nord,

trovando soluzioni flessibili e creative, anche allo scopo di evitare una frontiera fisica (tra Irlanda e Irlanda del Nord), rispettando al contempo l'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Sulla base di una raccomandazione della Commissione (2), il Consiglio (nella composizione Affari generali) nella riunione del 22 maggio ha approvato una decisione che autorizza l'avvio di negoziati con il Regno Unito per concludere un accordo volto a definire le modalità del suo recesso dall'Unione europea. In tale documento è stata delegata la Commissione europea (che in seguito ha nominato capo negoziatore Michel Barnier) quale negoziatore per conto dell'Unione europea e sono state definite una prima serie di direttive per negoziare il recesso. Nel corso del 2017 si sono svolti sei cicli negoziali, che hanno avuto avvio il 19 giugno, dopo le elezioni nel Regno Unito. La prima fase dei negoziati si è concentrata su tre temi prioritari: la tutela dei diritti dei cittadini, il quadro per affrontare le circostanze specifiche in Irlanda e Irlanda del Nord e la liquidazione finanziaria, al fine di garantire il rispetto degli obblighi finanziari assunti prima del recesso. Il Consiglio europeo del 20 ottobre ha ritenuto che si potessero avviare i preparativi interni per la seconda fase dei negoziati, pur chiedendo maggiori sforzi per trovare soluzioni condivise, specie con riferimento alla delicata questione del confine tra Irlanda ed Irlanda del Nord. Il Consiglio europeo del 15 dicembre ha quindi ritenuto sufficienti i progressi realizzati ed ha adottato gli orientamenti per passare alla seconda fase dei negoziati. Sulla base di tali orientamenti la Commissione ha presentato, il 20 dicembre, una raccomandazione volta ad integrare la precedente decisione del Consiglio, definendo ulteriori direttive di negoziato (3).

Tra gli altri eventi di rilievo istituzionale si può segnalare l'elezione di Antonio Tajani a presidente del Parlamento europeo; nonché l'avvio delle procedure normative — a seguito delle decisioni adottate nel Consiglio «Affari generali» nel formato Ue-27 del 20 novembre e conformemente alla procedura approvata nel Consiglio europeo del 22 giugno — per lo spostamento, a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (e, quindi, entro la primavera del 2019), della sede di due importanti agenzie che hanno sede a Londra, ossia l'Agenzia europea per i medicinali (European Medicines Agency – Ema), per la quale è stato deciso lo spostamento ad Amsterdam (sede preferita a Milano, a seguito di un sorteggio per superare la parità di voti) (4) e dell'Autorità bancaria europea (European Banking Authority – Eba), per la quale è stato deciso lo spostamento a Parigi (5).

Infine si può ricordare la proposta di «tabella di marcia» con le azioni necessarie per attuare le dieci priorità politiche della Commissione entro la fine del suo mandato, proposta dal Presidente della Commissione Jean-Claude Juncker nel suo discorso sullo stato dell'Unione 2017, il 13 settembre innanzi al Parlamento europeo. In tale

occasione è stato anche proposto un vertice speciale in Romania, nella città di Sibiu, il 30 marzo 2019 (data poi spostata al 9 maggio 2019), per prendere le decisioni conseguenti all'uscita del Regno Unito.

3. In materia di rapporti fra i cittadini e le istituzioni europee, si dà conto, da un lato, dell'attuazione dei principi di pubblicità ed accessibilità (dei documenti) da parte delle istituzioni e dell'applicazione, da parte di queste ultime, dei principi di sussidiarietà e proporzionalità e, dall'altro lato, delle relazioni del Mediatore europeo in materia.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'accesso ai documenti e la trasparenza dell'azione delle istituzioni, è da segnalare che a seguito della proposta della Commissione del 28 settembre 2016 per l'istituzione di un registro per la trasparenza obbligatorio per il Parlamento europeo, la Commissione e, per la prima volta, il Consiglio (6), il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato i loro mandati negoziali nel 2017 e i negoziati dovrebbero iniziare nei primi mesi del 2018 (7). Da segnalare, poi, la proposta della Commissione di nuove norme in materia di finanziamento dei partiti politici e delle fondazioni politiche, così aumentandone la trasparenza (8), poi approvata all'inizio del 2018 (9). In materia di semplificazione e di miglioramento della regolamentazione, si può segnalare che, in attuazione dell'accordo interistituzionale del 13 aprile 2016 su «Legiferare meglio» (su cui v. Cronache 2016, par. 3), la Commissione ha elaborato, in consultazione con il Parlamento europeo ed il Consiglio, il proprio programma di lavoro per il 2018, presentato il 24 ottobre 2017 (10). Inoltre, il presidente della Commissione, il 14 novembre 2017, ha istituito una task force per la sussidiarietà e la proporzionalità, presieduta dal primo vicepresidente della Commissione Frans Timmermans, per «fare meno in modo più efficiente» (11).

Infine, i dati relativi all'attività del Mediatore nel 2017 sono illustrati nella relazione annuale presentata il 16 maggio 2018 dal Mediatore Emily O'Reilly al Parlamento europeo (12). In particolare, è da notare un aumento, rispetto all'anno passato, del numero delle denunce, ed un sostanziale consolidamento del numero dei casi rientranti nella competenza del Mediatore (che sono circa 700-750 all'anno). Come in passato, il maggior numero delle denunce ha riguardato la Commissione, per motivi di assenza di trasparenza o di rifiuto di accesso ai documenti (13).

4. Per quanto riguarda lo sviluppo e l'attuazione delle politiche relative all'unione economica e monetaria, si segnalano le diverse importanti iniziative della Commissione atte a far progredire l'integrazione europea ed in particolare dell'unione economica e monetaria. Il primo documento rilevante è rappresentato dal Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025 del 1°

marzo 2017 (14). In tale documento sono stati delineati cinque possibili scenari futuri. Il primo: «Avanti così», con l'obiettivo di concentrarsi sull'attuazione del programma di riforme. Il secondo: «Solo il mercato unico», per cui l'Unione focalizzerà progressivamente solo sul mercato unico. Il terzo: «Chi vuole di più fa di più», per cui gli Stati membri che lo desiderano potranno fare di più insieme in ambiti specifici. Il quarto: «Fare meno in modo più efficiente», per cui l'Unione si concentrerà solo su alcuni settori, per produrre risultati maggiori in tempi più rapidi. Infine, il quinto: «Fare molto di più insieme», per cui gli Stati membri dovranno fare molto di più insieme ed in tutti gli ambiti politici. A seconda dei diversi scenari sono diverse le prospettive di approfondimento dell'unione economica e monetaria. Dando seguito al Libro bianco, la Commissione ha quindi presentato due documenti di riflessione: il primo, del 31 maggio, sull'approfondimento dell'Uem (15); il secondo, del 28 giugno, sul futuro delle finanze dell'Ue (16)

Il 6 dicembre la Commissione ha presentato un pacchetto di misure per l'unione economica e monetaria, che consiste di tre comunicazioni e tre proposte normative. Con la comunicazione Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia (17), si prevede, entro la metà del 2018, l'adozione degli atti necessari per completare l'Unione bancaria, compreso il pacchetto sulla riduzione dei rischi del novembre 2016; l'accordo su un sostegno comune per il Fondo di risoluzione unico; il raddoppio delle attività del programma di sostegno alle riforme strutturali. Entro la fine del 2018 si prevede l'adozione della proposta sul sistema europeo di assicurazione dei depositi. Ed entro la metà del 2019 la creazione del Fondo monetario europeo, l'integrazione del Fiscal Compact nel diritto dell'Unione e l'istituzione di una rappresentanza unificata della zona euro nel Fondo monetario internazionale. La comunicazione sui Nuovi strumenti di bilancio per una zona euro stabile nel quadro dell'Unione (18) prevede che le finanze pubbliche europee dovrebbero rispondere meglio a tre finalità, ossia promuovere e sostenere le riforme strutturali negli Stati membri, aiutare gli Stati membri della zona euro a rispondere meglio alle circostanze economiche in rapida evoluzione e a stabilizzare la propria economia in caso di gravi shock asimmetrici; e spezzare il legame tra debito sovrano e bilancio delle banche, ridurre i rischi sistemici e rafforzare la capacità di risposta a eventuali, gravi dissesti bancari). La comunicazione Su un Ministro europeo dell'economia e delle finanze (19) propone l'accentramento di determinate funzioni nelle mani di un soggetto che sia al contempo vicepresidente della Commissione e presidente dell'Eurogruppo. Tale figura potrebbe così rafforzare la dimensione europea della definizione delle politiche economiche. La proposta di direttiva che

stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri (20) ha l'obiettivo di integrare il contenuto del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria nel diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'opportuna flessibilità insita nel patto di stabilità e crescita e individuata dalla Commissione sin dalla sua comunicazione del gennaio 2015.

Le due proposte di regolamento, volte a modificare il regolamento n. 85/2017 (per aumentare la dotazione finanziaria del programma di sostegno alle riforme strutturali e adattarne l'obiettivo generale) (21) e il regolamento n. 1303/2013 (sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi) (22) sono finalizzati a finanziare la fase pilota di un nuovo strumento di sostegno di bilancio per il periodo 2018-2020.

La proposta di regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo (23), già prefigurata nella relazione dei cinque presidenti del giugno 2015, dovrebbe integrare e sostituire il Meccanismo europeo di stabilità (Mes), istituito nell'ottobre 2013 con uno strumento normativo intergovernativo. Tale trasformazione dovrebbe rafforzare l'ancoraggio istituzionale del fondo, che, succedendo al Mes, continuerebbe ad assistere gli Stati membri della zona euro in difficoltà e svolgerebbe il ruolo di dispositivo di sostegno comune per il Fondo di risoluzione unico, agendo in qualità di prestatore di ultima istanza. Venendo alle procedure ordinarie, si segnalano quelle relative al cd. semestre europeo. In particolare, a seguito della pubblicazione (nel novembre 2016) dell'analisi annuale della crescita e della proposta di raccomandazione sulla politica economica della zona euro da parte della Commissione, nel mese di febbraio 2017 la Commissione ha pubblicato le relazioni per ciascun Paese. Sia dagli esami approfonditi su tredici Paesi, sia dalla relazione generale (24), emerge che sei Paesi presentano ancora squilibri (Germania, Irlanda, Spagna, Paesi Bassi, Slovenia e Svezia) e che sei Paesi evidenziano squilibri eccessivi (Bulgaria, Francia, Croazia, Italia, Cipro e Portogallo). Sulla base dei programmi nazionali di riforma e dei piani di bilancio a medio termine presentati dagli Stati membri ad aprile, la Commissione ha formulato, nel mese di maggio, le raccomandazioni specifiche per Paese relative ai successivi 12-18 mesi (25). In particolare, il rispetto del patto di stabilità e di crescita è stato valutato in modo flessibile, tenendo conto delle spese specifiche relative a riforme strutturali e ad eventi straordinari, come i programmi a favore dei rifugiati e la lotta al terrorismo. Sulla base delle raccomandazioni della Commissione, il Consiglio ha chiuso le

procedure per i disavanzi eccessivi di Croazia e Portogallo nel mese di giugno, Grecia in settembre e Regno Unito in dicembre. Infine, l'11 luglio, in seguito all'approvazione da parte del Consiglio europeo di giugno, il Consiglio Ecofin ha adottato le raccomandazioni specifiche per Paese, così chiudendo la procedura del semestre europeo (26).

Quanto all'assistenza finanziaria agli Stati membri, l'Unione ha continuato a fornire assistenza post-programma a Cipro, Irlanda, Portogallo, Romania e Spagna. La seconda verifica relativa all'attuazione del programma greco, conclusasi positivamente nel mese di luglio, ha consentito l'autorizzazione della terza rata del finanziamento da parte del meccanismo europeo di stabilità, per un importo di 8,5 miliardi di euro. Inoltre, la Grecia ha continuato a ricevere il sostegno economico del piano di investimenti per l'Europa.

Nel corso del mese di novembre la Commissione ha avviato la procedura per il semestre europeo 2018, nell'ambito del quale devono essere tenuti in considerazione i principi stabiliti nel pilastro europeo dei diritti sociali.

Quanto all'Unione bancaria (su cui si rimanda alle Cronache 2014 e alle Cronache 2015, par. 4), nel 2017 si è verificato il primo caso disciplinato dal sistema di risoluzione delle banche, che ha interessato il Banco Popular in Spagna. Nel caso del Monte dei Paschi di Siena, la Commissione ha autorizzato, ai sensi della normativa sugli aiuti di Stato, la ricapitalizzazione precauzionale da parte dello Stato italiano, sulla base di un piano di profonda ristrutturazione. Come pure ha autorizzato gli aiuti concessi dall'Italia alla Banca popolare di Vicenza ed a Veneto Banca, per agevolare l'uscita ordinata dal mercato e scongiurare la distorsione della concorrenza nel settore bancario. Tuttavia tutte le autorizzazioni sono state subordinate al concorso ai costi da parte degli azionisti e dei detentori di obbligazioni subordinate.

5. Le funzioni di regolazione possono essere esaminate a partire dal settore del mercato interno.

Le iniziative assunte nel 2017 muovono, come nell'ultimo triennio, dal presupposto che il mercato interno non rappresenti un obiettivo pienamente realizzato, ma che restino anzi numerosi ostacoli ingiustificati alle quattro libertà di circolazione. In questa prospettiva, la Commissione ha presentato due proposte importanti relative alla libertà di circolazione delle merci. La prima ha ad oggetto il mutuo riconoscimento. Se questo principio rappresenta una imprescindibile tecnica di integrazione economica, la valutazione delle istituzioni politiche dell'Unione è che

esso non funzioni come dovrebbe. Occorre, allora, precisare il suo ambito di applicazione, a vantaggio della certezza del diritto per le imprese e le autorità nazionali; introdurre un'autodichiarazione, per rendere più semplice dimostrare che un prodotto è già legalmente commercializzato; approfondire la cooperazione tra amministrazioni di paesi diversi, per facilitare il concreto funzionamento del reciproco riconoscimento (27). La seconda proposta, complementare alla prima, mira a rafforzare la capacità delle autorità nazionali di svolgere controlli di conformità dei prodotti alla normativa europea, il coordinamento tra i loro programmi di vigilanza, la complementarità tra autorità doganali e autorità di vigilanza sul mercato (28). Altre proposte importanti sono state presentate nel settore della libertà di prestazione dei servizi. Nel mese di gennaio, infatti, la Commissione ha proposto tre iniziative, relative, rispettivamente, a una nuova e-card europea dei servizi (29), a un meccanismo di valutazione della proporzionalità delle norme nazionali sui servizi professionali (30), alle modalità attraverso le quali gli Stati membri sono tenuti a notificare alla Commissione i progetti di norme nazionali sui servizi (31). La Commissione ha anche adottato alcune raccomandazioni indirizzate agli Stati membri sulla possibilità di riforma della disciplina dei servizi professionali (32). Un ulteriore gruppo di iniziative ha riguardato la costruzione di un mercato unico digitale, che rappresenta una dimensione sempre più significativa del mercato interno. Nel corso del 2017, sono state 24 le proposte legislative presentate dalla Commissione in attuazione della strategia per il mercato unico del digitale elaborata nel 2015. Tra le normative adottate, spicca il pacchetto di direttive che razionalizzano e migliorano le norme di sicurezza per le navi passeggeri nelle acque dell'Unione, sul quale Parlamento europeo e Consiglio hanno raggiunto un accordo nel mese di ottobre.

Il principale sviluppo in materia di comunicazioni elettroniche è rappresentato dall'avanzamento della procedura legislativa relativa alla proposta di un «codice europeo delle comunicazioni elettroniche», presentata nell'autunno del 2016 dalla Commissione. Il nuovo codice, che riforma il quadro normativo stabilito nel 2009, mira sia a favorire gli investimenti privati in infrastrutture di alta qualità in tutti gli Stati membri, sia a garantire la concorrenza. A questo impegno principale si accompagnano altre iniziative, come quelle che riguardano la cosiddetta cyber security, che spaziano dalla proposta di riforma del mandato dell'attuale Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione in modo tale da includere la cyber security alla messa a punto di un nuovo sistema europeo di certificazione per garantire la sicurezza dei prodotti e dei servizi nel mondo digitale (33). La Commissione, ancora, ha lanciato l'iniziativa WiFi4EU, che prevede uno stanziamento di 120 milioni di euro per fornire l'accesso wi-fi in numerosi spazi pubblici.

Le misure adottate in materia di concorrenza sono sia di regolazione, sia amministrative. Quanto alle prime, la novità più importante è senz'altro la proposta presentata dalla Commissione nel mese di marzo per rendere più efficace l'applicazione della disciplina europea della concorrenza (34). La Commissione muove dal presupposto che le autorità nazionali, governate dal regolamento n. 1/2003, non dispongano di tutti i mezzi e strumenti necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In questo contesto, i procedimenti avviati contro le imprese che adottano pratiche anticoncorrenziali possono avere esiti diversi a seconda dello Stato membro in cui tali imprese operano: un'applicazione disomogenea delle norme europee che provoca una distorsione della concorrenza nel mercato interno e rende inefficace il sistema di applicazione decentrata che è stato istituito dal regolamento n. 1/2003. Di qui l'esigenza di una nuova disciplina, che attribuisca alle autorità nazionali più incisivi poteri di applicazione delle norme, a partire da quelli di indagine e di imposizione delle ammende. Sul piano amministrativo, invece, la Commissione ha adottato, nel corso del 2017, 338 decisioni di concentrazione, quattro decisioni antitrust e sette decisioni relative a cartelli (35). Le sanzioni comminate alle imprese ammontano a oltre 4000 miliardi di euro e includono la multa di 2,42 miliardi di euro inflitta a Google per abuso di posizione dominante.

Nel settore degli aiuti di Stato, una novità di rilievo è l'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento generale di esenzione per categoria ai porti e agli aeroporti, accompagnata da un sistema di compensazione per le imprese che operano nelle regioni ultraperiferiche dell'Unione (36). L'obiettivo è quello di incentivare gli investimenti pubblici a sostegno degli obiettivi comuni della Commissione in materia di occupazione e crescita, clima, innovazione e coesione sociale. Alla modifica del regolamento generale di esenzione per categoria si aggiunge l'adozione delle cosiddette «griglie di analisi» sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato al finanziamento pubblico di progetti infrastrutturali, che la Commissione ha rivisto sulla base della propria comunicazione del 2016 sulla nozione di aiuto di Stato (37). L'attuazione amministrativa della disciplina europea, invece, mostra che la graduale realizzazione dell'unione bancaria può ridurre il ricorso agli aiuti di Stato nel settore bancario, anche se non mancano esempi di segno opposto, come quello che riguarda il Monte dei Paschi di Siena, che ha beneficiato di aiuti approvati in conformità delle norme europee sugli aiuti di Stato. Nel corso dell'anno, sono state 263 le decisioni assunte dalla Commissione in materia di aiuti di Stato, mentre sono oltre 600 i milioni di euro di aiuti illegali recuperati. Nell'ambito della politica sociale, la Commissione ha avviato l'attuazione del cosiddetto «pilastro europeo dei diritti sociali», proclamato al vertice sociale per l'occupazione e la crescita equa di Göteborg il 17 novembre 2017

e destinato a divenire, nelle intenzioni dell'istituzione sovranazionale, il centro del rinnovato impegno per la dimensione sociale dell'Unione (38). Il pilastro, essenzialmente interno alla Eurozona, si fonda su una ventina di principi relativi all'occupazione, alla equità delle condizioni di lavoro e alla protezione e all'inclusione sociale. Tra le misure volte a rendere operativo il progetto si può ricordare la proposta di direttiva per condizioni di lavoro più trasparenti e prevedibili in tutta l'Unione, che mira a tutelare i lavoratori in un mercato nel quali proliferano rapporti e contratti diversi da quelli abituali (39). Ancora, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva relativa all'equilibrio tra vita professionale e vita privata, che stabilisce una serie di standard minimi per il congedo di paternità, il congedo parentale e il congedo per i prestatori di assistenza, in funzione della parità di opportunità tra uomini e donne nel mercato del lavoro (40). La Commissione, poi, ha messo a punto un «quadro di valutazione sociale» (Social Scoreboard) che permette di registrare le prestazioni degli Stati membri e di valutare i progressi compiuti. Questa valutazione sociale serve a sua volta per preparare il semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche.

In materia di tutela del consumatore, è divenuto operativo, nel mese di luglio, il regolamento del 2015 che ha semplificato il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, che si applica ora alle controversie transfrontaliere civili e commerciali fino a 5000 euro (41). È stato approvato, inoltre, un nuovo regolamento sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della disciplina a tutela dei consumatori: tale regolamento rafforza i poteri delle autorità nazionali contro le pratiche illegali online e potenzia i meccanismi per il loro coordinamento (42). Per rispondere alle trasformazioni che la digitalizzazione e lo sviluppo tecnologico producono sul settore finanziario, poi, la Commissione ha pubblicato, nel mese di marzo, un piano d'azione volto, allo stesso tempo, a rafforzare la tutela dei consumatori nel mercato unico dei servizi finanziari al dettaglio e a migliorare il loro accesso ai servizi finanziari in tutta l'Unione (43).

Gli sviluppi nel settore della tutela della salute non sono stati particolarmente significativi. Tra questi, va ricordata la proposta della Commissione di revisione della direttiva del 2004 sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro, orientata a ridurre l'esposizione a sette nuove sostanze, tra cui gli oli motore usati (44). Sul piano amministrativo, ha continuato a operare il sistema di informazione rapida sui prodotti non alimentari pericolosi: secondo i dati forniti dalla Commissione europea, sono state oltre 2000 le notifiche scambiate tra le 31 autorità nazionali partecipanti e quasi 4000 le reazioni su prodotti pericolosi. Nel mese di giugno, poi, la Commissione ha

adottato un nuovo piano d'azione contro la resistenza antimicrobica nell'uomo e negli animali, che causa la morte di circa 25.000 persone ogni anno (45).

L'Unione è stata molto attiva, invece, nella tutela ambientale. La sua azione si iscrive nel progetto complessivo di costruzione di una Energy Union, funzionale a ridurre le emissioni di carbonio, garantire la sicurezza e l'efficienza energetica, sviluppare le infrastrutture e completare il mercato interno dell'energia (46). Le misure adottate sono numerose e comprendono sia atti di regolazione, sia misure finanziarie. Le prime riguardano l'efficienza energetica, la sicurezza energetica, la libera circolazione dell'energia, la decarbonizzazione dell'economia e la sostenibilità della mobilità. Particolare importanza riveste l'accordo raggiunto tra Parlamento europeo e Consiglio, nel mese di dicembre, sulle principali proposte della Commissione utili a ridurre le emissioni di gas a effetto serra dell'Ue di almeno il quaranta per cento entro il 2030: è il caso, ad esempio, della modifica della direttiva sul sistema di scambio di quote di emissione dell'Unione (il cosiddetto Emission Trading System - ETS) (47), dei nuovi obiettivi di emissione nazionali per gli Stati membri (48) e dell'integrazione del settore dell'uso del suolo nella normativa europea in materia di clima (la cosiddetta proposta Lulucf) (49). Parlamento europeo e Consiglio hanno raggiunto un accordo anche sul regolamento sulla «condivisione degli sforzi», che mira alla riduzione delle emissioni prodotte nel settore dei trasporti, dagli edifici, dai rifiuti e dall'agricoltura (50). Sono stati compiuti vari progressi, ancora, nel graduale processo di transizione al modello di «economia circolare», prospettato dalla Commissione nel 2015 e incentrato su un uso più efficiente delle risorse, inclusa l'energia, e sulla riduzione dei rifiuti, a vantaggio tanto dei cittadini quanto delle imprese. Lo sviluppo principale è l'accordo provvisorio raggiunto da Parlamento europeo e Consiglio sulle proposte legislative presentate dalla Commissione e orientate alla riduzione e al riciclaggio dei rifiuti in un arco temporale che si estende sino al 2035. Le misure che implicano stanziamenti di spesa, invece, vogliono sostenere sul piano finanziario la transizione dell'Unione verso un futuro più sostenibile. Così, ad esempio, la Commissione ha approvato una serie di investimenti per oltre 220 milioni di euro nel quadro del programma Life per l'ambiente e l'azione per il clima. Sono stati 139 i progetti approvati, tra cui quelli relativi al miglioramento delle condizioni dell'estuario del fiume Schelda in Belgio e al contrasto del fenomeno della cosiddetta «isola di calore» nelle città. L'Unione ha svolto un ruolo molto propositivo anche nella comunità internazionale. Ad esempio, ha ospitato a Malta, nel mese di ottobre, la quarta conferenza internazionale «Our Ocean», alla quale hanno partecipato non solo governi ma anche imprese e gruppi rappresentativi della società civile e che è stata volta, come in passato, all'approfondimento della cooperazione per la salute degli oceani. L'azione più importante, però, ha riguardato l'attuazione del trattato di Parigi

sui cambiamenti climatici, entrato in vigore nell'inverno del 2016. A seguito della decisione degli Stati Uniti di uscire dall'accordo, che serve a guidare la transizione verso un'economia globale a basse emissioni di carbonio, l'Unione ha ribadito la propria volontà politica di dare piena attuazione alle sue disposizioni e il proprio impegno per la riduzione delle emissioni nazionali almeno del quaranta per cento entro il 2030 (51).

6. Anche le funzioni di erogazione sono state soggette a numerosi sviluppi, che in parte confermano le tendenze già emerse negli anni precedenti, in parte introducono delle novità non trascurabili. Le misure relative alla politica agricola comune hanno avuto ad oggetto, anzitutto, il sostegno finanziario ai produttori agricoli: come in passato, il bilancio annuo è stato di circa 59 miliardi di euro, ripartiti in diversi strumenti, tra loro complementari. Quanto alla sicurezza alimentare, che rappresenta una componente importante della politica agricola comune, gli Stati membri hanno concordato tra loro e con la Commissione varie misure per rafforzare l'azione dell'Unione contro le frodi alimentari e le attività illegali che mettono a rischio la sicurezza della filiera alimentare (52). Questa iniziativa ha fatto seguito al caso di contaminazione da Fipronil delle uova e dei prodotti collegati verificatosi durante l'estate. La novità principale, però, riguarda la riforma del quadro regolatorio della politica agricola comune. Sulla base dei lavori svolti nel 2016 dalla Agricultural Markets Task Force, la Commissione ha svolto un'ampia consultazione pubblica sulle proposte volte a riformare l'attuale disciplina della politica agricola comune, approvata nel 2013 e attuata due anni più tardi. Il presupposto dell'iniziativa della Commissione è che tale disciplina richieda di essere aggiornata e adeguata a un contesto complessivo mutato in modo significativo, per la crescente apertura dell'Unione ai mercati globali, per la necessità di tenere conto in maniera più stringente degli obiettivi della tutela ambientale e del contrasto al cambiamento climatico, per l'esigenza di sfruttare le opportunità legate alla bioeconomia, alle energie rinnovabili, alla economia circolare. La consultazione ha prodotto circa 1400 documenti programmatici ed ha fornito la base per la preparazione delle proposte normative presentate nel maggio 2018.

È stato pienamente confermato, invece, l'orientamento tradizionale dell'Unione nel settore della ricerca e della tecnologia. Le iniziative adottate rientrano in due gruppi principali. Il primo comprende le varie misure necessarie per la piena attuazione del programma Orizzonte 2020, che copre, come noto, il periodo 2014-2020. Nel corso del 2017, sono stati ammessi al finanziamento circa 5000 progetti transnazionali, per un totale di 8,5 miliardi di euro. La Commissione ha poi avviato una valutazione sull'efficacia del programma Orizzonte 2020, destinata a concludersi nel gennaio

2018. Il secondo gruppo di iniziative riguarda il sostegno alle piccole e medie imprese innovative. Queste ultime hanno potuto sfruttare il supporto finanziario del Fondo europeo per gli investimenti strategici: ad esempio, il Fondo ha erogato un finanziamento di circa 10 milioni di euro per un sistema di pagamento sulla base dei risultati in Finlandia, orientato a promuovere l'inclusione dei rifugiati e dei migranti nel mercato del lavoro.

In materia di istruzione, è proseguita, anzitutto, l'attuazione del programma Erasmus+, il programma europeo per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport di cui è stato celebrato il trentesimo anniversario e che il Consiglio europeo ha chiesto, nel mese di dicembre, di prorogare. Nel 2017, la mobilità ha coinvolto circa 560.000 giovani e 160.000 dipendenti di istituti d'istruzione e organizzazioni giovanili. A partire da giugno, poi, è divenuta operativa l'iniziativa ErasmusPro, volta ad aumentare la mobilità a lungo termine di tirocinanti o neodiplomati e a rafforzare, in questo modo, la loro qualità e capacità attrattiva nel mondo del lavoro (53). La Commissione, ancora, ha finanziato il programma Erasmus per giovani imprenditori: questo programma è rivolto agli aspiranti imprenditori europei e serve a permettere loro di acquisire le competenze necessarie per avviare una piccola impresa in Europa attraverso la collaborazione con imprenditori già affermati, dai quali vengono ospitati (54). In secondo luogo — ed è, questa, la linea di sviluppo di maggiore importanza — si è registrata la tendenza delle istituzioni politiche dell'Unione a dare all'istruzione una crescente rilevanza all'interno della strategia dell'Unione per il rilancio dell'occupazione, della crescita e degli investimenti. Così, ad esempio, le riforme dei sistemi di istruzione e formazione degli Stati membri sono state poste al centro di un pacchetto di iniziative presentate dalla Commissione nel mese di maggio in materia di scuole, di istruzione superiore e di monitoraggio dei percorsi di carriera dei diplomati e laureati dell'istruzione terziaria: tra queste rientrano, ad esempio, le iniziative sullo sviluppo della scuola (55) e su una nuova agenda per l'istruzione superiore (56). A quattordici paesi, inoltre, è stata indirizzata una raccomandazione specifica per la riforma dei propri sistemi di istruzione e formazione nel contesto del cosiddetto semestre europeo. Si tratta, nel complesso, di iniziative che confermano l'orientamento già emerso nel corso del 2016. Ma è chiaro che esse potranno portare, nel breve periodo, a modificare l'attuale assetto regolatorio, mettendo in discussione le competenze degli Stati in materia di istruzione e ampliando la capacità di azione dell'Unione.

Gli sviluppi nel settore della cultura, da ultimo, sono strettamente collegati a quelli relativi all'istruzione. Per un verso, è proseguita l'attuazione del programma Europa creativa, avviato nel 2014 con una dotazione di 1,5 miliardi di euro e diviso in due

sotto-programmi, denominati Cultura e Media, e da una sezione trasversale. In particolare, si è diffuso il ricorso al Fondo di garanzia per il settore culturale e creativo, che è stato istituito nel 2016 allo scopo di migliorare l'accesso ai finanziamenti delle piccole e medie imprese attive nel settore culturale e creativo e di rafforzare la capacità finanziaria e la competitività dei settori culturali e creativi (57): sono stati firmati accordi di garanzia in Spagna, Francia e Romania, Belgio, Italia e Repubblica ceca. Per altro verso, la Commissione ha tentato di intrecciare la politica culturale europea con quella dell'istruzione. Si tratta di un orientamento innovativo rispetto all'approccio tradizionale delle istituzioni europee. La Commissione ha osservato che l'Unione è «una comunità culturale» (58), fondata su valori condivisi e una buona integrazione economica. Istruzione e cultura rappresentano due strumenti importanti e complementari per permettere l'effettiva partecipazione a tale comunità culturale. Esse sono, nelle parole della Commissione, «forze propulsive per occupazione, giustizia sociale e cittadinanza attiva e mezzi per sperimentare l'identità europea in tutta la sua diversità» (59). Questo punto di vista, presentato alla riunione informale dei capi di Stato e di governo che si è svolta a Göteborg il 17 novembre 2017, non si è ancora tradotto in iniziative operative significative. Ma è probabilmente destinato ad acquisire maggiore importanza nei prossimi anni.

7. In materia di finanza (bilancio e fondi) si può distinguere tra le innovazioni relative alla disciplina e l'espletamento delle procedure decisionali di approvazione e di controllo del bilancio.

Per quanto riguarda le innovazioni, si può ricordare l'adozione del regolamento di revisione intermedia del quadro finanziario pluriennale (2014-2020) (60), con lo scopo di fornire mezzi finanziari supplementari per affrontare i flussi migratori e i rischi per la sicurezza, per promuovere la crescita economica, la competitività, l'occupazione e per fare fronte e circostanze impreviste. Inoltre la Commissione ha presentato una proposta per ridurre gli oneri amministrativi che gravano sui beneficiari dei fondi europei ed ha presentato un Libro bianco di riflessione sul futuro delle finanze dell'Unione europea (61).

Quanto alle procedure ordinarie, si può ricordare che il bilancio preventivo per il 2018 è stato approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 30 novembre 2017, ed ammonta globalmente a 160,113 miliardi di euro in stanziamenti per impegni ed a 144,68 miliardi di euro in stanziamenti per pagamenti (con una variazione rispettivamente del +0,18% e del +14,13% rispetto al bilancio 2017).

Per quanto riguarda il finanziamento del bilancio, le risorse proprie tradizionali (risorse agricole e dazi doganali) forniscono il 15,79% del finanziamento, la risorsa iva

l'11,92%, la risorsa basata sul Pnl il 71,01% e le altre entrate ammontano ad una piccola percentuale. Le risorse del bilancio sono utilizzate per finanziare le politiche relative alla crescita intelligente e inclusiva (66,624 miliardi di euro, con un aumento del 34,88% rispetto al 2017), alla crescita sostenibile: risorse naturali (56,083 miliardi, ossia +3,63%), sicurezza e cittadinanza (2,98 miliardi, ossia -7,56%), Europa globale (8,906 miliardi, ossia -1,65%), amministrazione (9,66 miliardi, ossia +2,89%), strumenti speciali (0,419 miliardi, ossia +73,46%) (62). Per quanto riguarda la procedura di discarico sull'esecuzione del bilancio, è da segnalare l'approvazione da parte del Parlamento, nell'aprile 2017, del discarico al bilancio della Commissione per il 2015.

Per quanto riguarda, infine, la protezione degli interessi finanziari dell'Unione, si rinvia alle relazioni sull'attività svolta, predisposte dalla Commissione e dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (Olaf) e consultabili sul sito internet della Commissione (63), nonché di quelle della Corte dei conti europea (64). Si segnalano inoltre l'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea (65) e la proposta della Commissione del 30 novembre di modifica del regolamento n. 904/2010 per rafforzare la cooperazione amministrativa in materia di imposta sul valore aggiunto (66). Inoltre, nel mese di novembre è stato raggiunto l'accordo di 20 Stati membri sull'istituzione di una Procura europea incaricata con lo scopo di indagare, perseguire e assicurare alla giustizia gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea (67).

8. Quanto alle questioni relative alla cittadinanza ed allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come per le precedenti Cronache, ci si può limitare ad alcune brevi indicazioni, data la sempre maggiore e più complessa attività normativa in materia, rinviando, per maggiori dettagli, al sito internet della Commissione. Innanzitutto, è da segnalare il prosieguo della procedura relativa allo Stato di diritto in Polonia (ai sensi degli artt. 2 e 7 del TUE e del quadro per lo Stato di diritto dell'11 marzo 2014). Nel mese di luglio la Commissione ha presentato una terza raccomandazione ove riteneva che la riforma del sistema giudiziario in Polonia amplificasse la minaccia sistemica allo Stato di diritto già evidenziata nella procedura avviata nel gennaio 2016 e invitava in particolare le autorità polacche a non adottare alcuna misura volta a destituire o a costringere alle dimissioni i giudici della Corte suprema (68). A dicembre la Commissione ha presentato al Consiglio una proposta volta ad adottare una decisione a norma dell'articolo 7, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, accompagnata da una quarta raccomandazione (69) ove erano indicate le iniziative da adottarsi da parte delle autorità polacche per porre rimedio alla situazione attuale (70). La Commissione, inoltre, per la prima volta, ha deciso di avviare una procedura di

infrazione innanzi alla Corte di giustizia nei confronti della Polonia, per il pensionamento d'ufficio di 27 dei 72 giudici della Corte suprema, in quanto lesivo del principio di indipendenza della magistratura (ed in particolare dell'inamovibilità dei giudici), in violazione degli obblighi stabiliti dall'articolo 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) (71). Da segnalare, inoltre, la risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla situazione in Ungheria, in cui, sulla base di diversi fattori (tra cui l'elevato tasso di respingimento delle domande di asilo, il linguaggio usato in una consultazione nazionale contro le istituzioni europee, la violazione della vita privata e familiare accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), che si aggiungono a quelli già evidenziati nelle risoluzioni del 10 giugno e del 16 dicembre 2015, si è ritenuto che vi fosse un evidente rischio di violazione grave dei valori stabiliti dall'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea, tale da giustificare l'avvio della procedura per la violazione dello Stato di diritto stabilita dall'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea (72).

Quanto ai diritti dei cittadini, si può segnalare la relazione della Commissione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel 2016, ove viene sottolineata il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali (73); nonché la prosecuzione dei preparativi per l'entrata in vigore della direttiva sulla protezione dei dati personali (che avverrà il 6 maggio 2018) (74).

In materia di immigrazione ed asilo, si possono menzionare le diverse azioni previste nel piano d'azione per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi (75). Sono migliorati, nel corso del 2017, i risultati del meccanismo temporaneo di ricollocazione di emergenza istituito nel 2015. La relazione presentata dalla Commissione in novembre ha dato atto che il numero di persone ricollocate nel 2017 è aumentato significativamente rispetto all'anno precedente: nel 2017 sono state ricollocate 22.215 persone, per un totale, dal settembre 2015, di 33.140 persone di cui 21.704 dalla Grecia e 11.436 dall'Italia (pari al 93% delle persone ammissibili) (76). Inoltre, la Commissione ha avviato procedimenti d'infrazione contro i tre Stati membri (Polonia, Repubblica ceca e Ungheria) che non avevano dato attuazione alle decisioni del Consiglio dell'Unione europea del 2015 sulla ricollocazione.

In materia di controllo delle frontiere esterne, si può segnalare l'entrata in vigore, in aprile, delle norme per garantire che tutti i viaggiatori che attraversano le frontiere esterne dell'Unione siano sottoposti a controlli utilizzando le relative banche dati,

come il sistema d'informazione Schengen. La lotta al terrorismo ha continuato a costituire, anche nel 2017, una priorità politica. Con una nuova direttiva (che modifica alcune vecchie decisioni adottate nell'ambito del vecchio pilastro Giustizia ed affari interni), tra l'altro è stato qualificato come reato l'addestramento e i viaggi per scopi terroristici e sono stati rafforzati i diritti delle vittime del terrorismo, garantendo che ricevano un'assistenza specializzata subito dopo un attacco terroristico e per tutto il tempo necessario (77). In materia di giustizia penale e di cooperazione in materia di giustizia penale, si possono menzionare, oltre alle nuove norme in materia di lotta contro la frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione (su cui si v. sopra, par. 7) le novità in materia di lotta alle droghe illecite, con l'approvazione di un regolamento relativo a un sistema di allerta precoce e ad una procedura di valutazione del rischio in relazione alle nuove sostanze psicoattive (78) e di una direttiva volta ad includere nuove sostanze psicoattive nella definizione di «stupefacenti» (79).

Quanto alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, si può menzionare l'entrata in vigore nel 2017 della disciplina sulle procedure transfrontaliere di insolvenza (80).

9. Gli sviluppi delle relazioni esterne dell'Unione hanno interessato tre diversi ambiti: il processo di allargamento, le relazioni con gli Stati terzi e quelle con gli altri sistemi ultrastatali. Quanto all'allargamento, vi sono stati dei progressi rispetto alle posizioni di vari paesi dei Balcani occidentali. Ma se «la prospettiva europea dei Balcani occidentali è chiara e univoca», come affermato dalla Commissione (81), è altrettanto evidente che l'adesione di questi paesi non potrà avvenire in tempi brevi e richiede ancora molto lavoro da parte degli Stati candidati. Il punto di vista della Commissione è che le istituzioni politiche e amministrative di questi Stati siano dominate dalla criminalità organizzata, dalla corruzione e da un intreccio patologico di interessi pubblici e privati. Le loro economie, poi, non sono competitive e scontano l'eccessiva interferenza politica e lo sviluppo troppo limitato del settore privato. Le relazioni tra gli stessi paesi della regione, ancora, restano per molti versi lontane da una vera riconciliazione, che rappresenta invece un obiettivo irrinunciabile della politica dell'Unione. In questo contesto generale, sono proseguiti in modo positivo i negoziati di adesione con il Montenegro e la Serbia, che potrebbero essere pronti per il 2025. Tanto l'Albania quanto la ex Repubblica jugoslava di Macedonia, poi, hanno adottato riforme che pongono le condizioni per l'avvio dei negoziati di adesione. Il Kosovo, da parte sua, ha avviato l'attuazione dell'accordo di stabilizzazione e di associazione divenuto operativo nel 2016 e ha fatto qualche progresso nella direzione di un accordo di normalizzazione delle relazioni con la Serbia. La Commissione, invece,

non si è ancora espressa sulla domanda di adesione presentata dalla Bosnia-Erzegovina. Un discorso a parte, infine, va fatto per la Turchia, che ha avviato nel 2005 i negoziati di adesione. Se nel biennio 2015-2016 la cooperazione con questo paese era stata rilanciata tanto sul piano politico quanto su quello operativo, le relazioni sono peggiorate a causa del declino della rule of law e dello Stato di diritto seguito alla repressione del tentativo di colpo di Stato del 2016. Il principale canale di cooperazione tra Unione europea e Turchia è stato quello relativo alla gestione della crisi migratoria, che ha portato a una diminuzione degli attraversamenti irregolari nel Mar Egeo.

Sono numerosi gli sviluppi che hanno riguardato i rapporti con gli Stati terzi.

La cooperazione con il Canada, anzitutto, si è approfondita grazie alla applicazione in via provvisoria, a partire dal mese di settembre, dell'accordo economico e commerciale globale firmato nel 2016. Tale accordo, il Comprehensive Economic and Trade Agreement – Ceta, dovrebbe permettere alle imprese europee, secondo le stime della Commissione, di risparmiare circa 500 milioni di euro l'anno sinora pagati in dazi doganali e di avere accesso agli appalti pubblici canadesi. La commercializzazione dei prodotti e dei servizi canadesi sul mercato europeo, d'altro canto, sarà possibile solo a condizione che essi rispettino la normativa dell'Unione, inclusa quella relativa alla sicurezza alimentare. Hanno avuto un esito positivo, poi, le negoziazioni con il Giappone per la stipula di un accordo di partenariato economico, che dovrebbe essere approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo nel 2018. Se il Ceta è stato considerato una pietra di paragone per ogni accordo successivo, quello con il Giappone è stato salutato dalla Commissione come l'accordo bilaterale sarà il più importante che l'Ue abbia mai concluso. Non si limiterà a rimuovere gli ostacoli agli scambi commerciali tra i due paesi, che riguardano, in uscita, beni per circa 58 miliardi di euro e servizi per 28 miliardi di euro. Conterrà anche, per la prima volta nella storia degli accordi commerciali dell'Unione, un impegno specifico a rispettare gli accordi internazionali in materia di ambiente, incluso quello di Parigi sul clima. È particolarmente sviluppata, ancora, la cornice istituzionale responsabile della sua attuazione, così come il meccanismo di risoluzione delle controversie tra le due parti.

Non sono ripresi, invece, i negoziati relativi a un accordo transatlantico per il commercio e gli investimenti con gli Stati Uniti, interrotti nel 2016. La cooperazione con questo paese, dunque, ha riguardato specifici settori. Ad esempio, è entrato in vigore l'accordo quadro sulla protezione dei dati fra l'Unione europea e gli Stati Uniti, che garantisce la tutela dei dati personali scambiati tra le due parti nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale; è stato svolto il primo riesame annuale del cosiddetto «scudo per la privacy» (EU-US Privacy Shield); e le due parti

hanno firmato un accordo bilaterale in materia di assicurazione e riassicurazione, che consentirà di accrescere la tutela dei consumatori e di ridurre i costi e gli oneri amministrativi per gli assicuratori e i riassicuratori dell'Ue operanti negli Stati Uniti.

I rapporti con la Cina sono stati caratterizzati da una tensione di fondo. Per un verso, l'Unione ha intensificato la cooperazione in alcuni ambiti specifici, quali gli aiuti di Stato, la cooperazione doganale e le indicazioni geografiche, oltre che promuovere il dialogo su varie questioni politiche generali, tra cui la lotta al terrorismo e la sicurezza globale. Per altro verso, ha ribadito l'importanza di restare fedele ai propri valori fondamentali, in particolare al rispetto della rule of law e della tutela dei diritti umani, il cui grado di sviluppo in Cina è ritenuto ancora insufficiente. Non vi sono stati sviluppi positivi, invece, nelle relazioni con la Russia. Nel mese di dicembre, l'Unione ha prorogato ancora le severe misure restrittive adottate nel 2014 per l'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli e per il ruolo svolto nella destabilizzazione dell'Ucraina, che potranno essere superate solo con la piena attuazione degli accordi di Minsk. Inoltre, l'Unione ha sottolineato in più occasioni le violazioni dei diritti umani compiute dalle autorità russe. In questo contesto generale, la cooperazione è stata selettiva e ha riguardato specifiche questioni. A questo stallo nelle relazioni con la Russia si è accompagnato l'approfondimento dei rapporti con i paesi dell'Europa orientale nell'ambito del cosiddetto partenariato orientale, che riguarda i rapporti con Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Georgia, Moldova e Ucraina. In particolare, è stato firmato il nuovo accordo di partenariato globale e rafforzato con l'Armenia, è entrato in vigore l'accordi di associazione con l'Ucraina e sono state avviate le negoziazioni per un nuovo accordo quadro con l'Azerbaigian (82).

Rispetto ai paesi dell'Africa e dei Caraibi e del Pacifico (paesi Acp), l'Unione ha continuato a lavorare lungo le due linee direttrici emerse negli anni precedenti. Da un lato, ha proseguito la preparazione del partenariato che dovrà succedere a quello stabilito dall'accordo di Cotonou, stipulato nel 2000 e destinato ad esaurirsi nel 2020. Dall'altro, ha negoziato vari partenariati regionali, basati sul quadro regolatorio generale posto dall'accordo di Cotonou ma allo stesso tempo calibrati sulle specifiche esigenze regionali di Africa, Caraibi e Pacifico (83). I rapporti con i paesi africani, però, hanno avuto anche altri sviluppi importanti. Anzitutto, è stato istituito, nel mese di settembre, un Fondo europeo per lo sviluppo sostenibile, volto a promuovere gli investimenti nei paesi africani in funzione della crescita inclusiva, della creazione di posti di lavoro e dello sviluppo sostenibile (84). Poi, è stata avviata l'attuazione del quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, varato nel 2016 e orientato al coordinamento delle politiche e delle normative di gestione dei fenomeni migratori (85). Nel corso del 2017, ancora,

L'Unione ha confermato il proprio interesse ad approfondire le relazioni con i paesi dell'America latina e con l'organizzazione che rappresenta la regione nel suo complesso, la Comunità degli Stati latinoamericani e caraibici. Il dialogo ha riguardato soprattutto i problema della sicurezza e le potenzialità degli scambi commerciali. Non si sono conclusi, invece, i negoziati avviati nel 2016 e volti a modernizzare l'accordo globale con il Messico, adeguandolo alle nuove esigenze di regolazione sociale ed economica. Nelle relazioni con gli organismi ultrastatali, da ultimo, sono stati confermati gli orientamenti consolidati a partire dalla fine del secolo scorso, incentrati sulla promozione del multilateralismo, sul perseguimento di pace e sicurezza come obiettivi essenziali della comunità mondiale, sul rispetto dei diritti umani, sulla diffusione della democrazia e della rule of law.

In primo luogo, l'Unione ha proseguito la sua cooperazione con l'Organizzazione delle Nazioni Unite (Onu). In termini generali, ha accolto con favore le priorità del nuovo Segretario generale, António Guterres, che è anche intervenuto al Parlamento europeo. Tali priorità consistono nella prevenzione dei conflitti, nello sviluppo sostenibile e nella riforma delle Nazioni Unite. Tra le questioni concrete, l'Unione ha promosso l'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, ad esempio attraverso la costituzione di un Fondo europeo per lo sviluppo sostenibile, di cui si è detto sopra. Ha sostenuto gli sforzi di mediazione compiuti dall'Onu rispetto ai vari attori politici che si oppongono in Libia, con l'intento di facilitare la transizione di questo paese alla democrazia. Ancora, ha avviato, insieme all'Onu, un'iniziativa volta a eliminare ogni forma di violenza contro le donne in tutto il mondo (iniziativa Spotlight). Dopo un lungo periodo di vero e proprio stallo istituzionale, in secondo luogo, sono ripresi i lavori della Commissione per portare a compimento il processo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu). Come noto, l'ostacolo principale è rappresentato dal parere con il quale la Corte di giustizia, nel dicembre 2014, ha stabilito che il progetto di accordo presentato non è compatibile con i trattati dell'Unione. Nel corso del 2017, Commissione, Consiglio e Parlamento europeo hanno riaffermato, con documenti paralleli, l'importanza politica dell'adesione alla Cedu e la necessità di riprendere e completare il processo interrotto. La Commissione, poi, ha lavorato insieme al competente comitato del Consiglio per individuare soluzioni praticabili alle numerose questioni giuridiche individuate dalla Corte di giustizia (86).

Nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), in terzo luogo, l'Unione ha promosso, come in passato, una politica commerciale favorevole alla eliminazione delle barriere tariffarie e non tariffarie agli scambi di beni e servizi, da perseguire nel quadro di una regolazione internazionale equilibrata e condivisa. Tale

orientamento complessivo è stato presentato nei diversi consessi politici ai quali l'Unione ha partecipato, tra cui, ad esempio, la undicesima conferenza ministeriale svoltasi a Buenos Aires nel mese di dicembre. Soprattutto, però, è stato alla base dell'attività amministrativa dell'Unione, che ha adottato, nel 2017, 34 misure di difesa commerciale nei confronti di pratiche commerciali sleali di paesi terzi e 11 misure di difesa dell'industria siderurgica europea. Resta intenso anche il ricorso alle procedure di risoluzione delle controversie: alla fine del 2017, l'Unione europea era coinvolta in 43 procedure, 21 volte come ricorrente e 22 quale convenuto.

10. Le attività relative alla politica estera e di sicurezza comune, infine, mostrano un rinnovato interesse degli Stati membri e delle istituzioni europee a far progredire anche in questo ambito il processo di integrazione, superando le difficoltà degli ultimi anni.

L'Unione, anzitutto, ha continuato a far fronte alle numerose crisi umanitarie e alle situazioni di emergenza. Come nel 2016, lo strumento più utilizzato per la gestione delle crisi umanitaria è stato quello dell'aiuto finanziario, che ha implicato uno stanziamento di spesa di circa 1,5 miliardi di euro. All'interno dei propri confini, l'Unione ha fornito assistenza finanziaria a rifugiati e migranti in Grecia, attraverso il programma di sostegno di emergenza per l'alloggio e l'integrazione. Ha attuato, poi, una «rete di sicurezza sociale di emergenza», un programma umanitario a sostegno di circa un milione di rifugiati in Turchia. Ha fornito, ancora, aiuti umanitari in tutti i principali territori nei quali si sono svolti conflitti armati, quali Iraq, Siria, Afghanistan, Repubblica centrafricana, Sud Sudan e Yemen. Quanto alle situazioni di emergenza, è stato attivato 32 volte il meccanismo europeo di protezione civile, attraverso il quale l'Unione fornisce e coordina gli aiuti di emergenza nelle aree colpite da calamità naturali in Europa e nel mondo: si pensi, ad esempi, agli interventi compiuti a seguito degli incendi boschivi in Europa e degli uragani nei Caraibi. Se la risposta alle crisi umanitarie e alle situazioni di emergenza conferma le tendenze degli ultimi anni, è stata approfondita, invece, la cooperazione con gli organismi internazionali e globali. Al di là del consueto impegno rispetto alle Nazioni Unite, che ha riguardato il rafforzamento del multilateralismo nella comunità mondiale, la prevenzione dei conflitti, la pace e l'attuazione degli accordi in materia di cambiamenti climatici e di sviluppo sostenibile, l'Unione ha rafforzato soprattutto la cooperazione con la Nato. Questa si è fondata sulla dichiarazione congiunta firmata a Varsavia nel luglio 2016 e volta a individuare numerose specifiche aree di cooperazione. Nel corso del 2017, circa settanta iniziative congiunte sono state avviate in materia di sicurezza marittima, minacce ibride e sicurezza informatica, mentre in autunno, poi, sono state svolte

esercitazioni coordinate (87). Nel complesso, queste attività rappresentano un salto di qualità nell'integrazione «orizzontale» tra Unione europea e Nato, prefigurata sin dal Trattato di Maastricht ma rimasta per lungo tempo inattuata.

Le novità più importanti, però, riguardano lo specifico settore della difesa. L'Unione ha dato seguito alle ambiziose iniziative lanciate nel 2016, vale a dire la «strategia globale» elaborata dall'Alto rappresentante, su invito del Consiglio europeo, nel giugno 2016, il pacchetto di misure individuate dai governi nel Consiglio europeo di dicembre, che riprendono e sviluppano la «strategia globale», e il piano d'azione europeo in materia di difesa proposto dalla Commissione (88).

Gli sviluppi principali sono stati tre. Anzitutto, in attuazione della «strategia globale» — in base alla quale il terrorismo, i cambiamenti climatici e l'incremento demografico rappresentano delle minacce agli obiettivi di fondo del progetto europeo — sono stati istituiti due nuovi organismi: il Centro di comando unico per le missioni militari consultive e di formazione dell'Unione europea (Military Planning and Conduct Capability); e il Centro europeo di eccellenza incaricato di migliorare l'analisi e la capacità di gestione delle minacce ibride (European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats) (89). In secondo luogo, gli Stati membri hanno compiuto qualche progresso nell'approfondimento della cooperazione in materia di difesa, prospettato dal Consiglio europeo nel 2016. Così, 25 Stati membri hanno messo a punto una «cooperazione strutturata permanente» in materia di difesa, aperta alla successiva partecipazione dei paesi che hanno scelto di non aderire. Nel contesto di questa cooperazione, che si svolge su base volontaria, gli Stati membri disposti a sviluppare congiuntamente capacità di difesa potranno investire in progetti condivisi e accrescere il contributo operativo fornito dalle proprie forze militari. Tra i progetti collaborativi approvati vi sono, ad esempio, il soccorso militare in caso di catastrofe, il miglioramento della sicurezza marittima e l'istituzione di un centro di competenza per le missioni di formazione dell'Unione. La cooperazione tra gli Stati si realizza anche attraverso il coordinamento dei piani di spesa per la difesa, funzionale alla elaborazione di politiche coerenti. Si tratta della cosiddetta Coordinated Annual Review on Defence (Card), il cui obiettivo è «to develop, on a voluntary basis, a more structured way to deliver identified capabilities based on greater transparency, political visibility and commitment from Member States». Il terzo e ultimo sviluppo consiste nella proposta della Commissione di istituire di un Fondo europeo di difesa per sostenere lo sviluppo comune di tecnologie, sulla quale vi è un orientamento positivo del Consiglio e che dovrebbe (90). La novità è importante perché per la prima volta l'Unione impegna il proprio bilancio per finanziare progetti nel settore della

difesa, in funzione tanto della cooperazione nella ricerca, nella quale saranno investiti, entro il 2020, circa 90 milioni di euro nella ricerca, quanto dello sviluppo di prodotti e tecnologie per l'industria della difesa, cui saranno destinati 500 milioni.

Una prospettiva che vede tutto il diritto nella dialettica tra diritto soggettivo e giudice è limitata e distorta. Il giudice affronta il diritto nelle situazioni critiche di confine e può certamente orientare l'evoluzione complessiva del diritto, ma solo sotto la spinta di sollecitazioni conflittuali. Non è in grado di intervenire su situazioni stabilizzate e ingiuste, introducendo nell'ordinamento riforme di carattere strutturale. Le decisioni giudiziarie si muovono nei punti di frizione e di conflitto della vita sociale e possono avere un forte impatto nello sviluppo della vita sociale stessa, ma solo l'azione politica, normativa ed esecutiva, consente di affrontare i problemi sociali nella loro complessità e nella continuità temporale degli stessi. Il punto critico dell'attuale cultura giuridica è — a mio avviso — la perdita della dimensione istituzionale. Siamo agli antipodi rispetto a Carl Schmitt, ma in questo modo “abbiamo buttato via il bambino insieme con l'acqua sporca”. Paradossalmente, in società globalizzate e complesse, assistiamo all'esaltazione del diritto “spontaneo”, privo di dimensione istituzionale e legittimato dal pluralismo sociale. Questa concezione — che perennemente richiama la grande esperienza di costruzione del diritto comune europeo romano/canonico — ha avuto, a suo tempo, un grande significato progressivo, quando è servita per affermare la rule of law a fronte del pluralismo altomedievale dei poteri di fatto (59). Ma oggi, di fronte alla complessità dei problemi da risolvere, e alla pervasività degli effetti prodotti da un mercato globalizzato, il diritto non può fare a meno di una forte dimensione istituzionale, e di una dimensione istituzionale che dovrebbe essere robustamente articolata in una dimensione multilivello, in base al principio di sussidiarietà.

L'impatto della globalizzazione è stato certamente forte, nel senso di indebolire l'effettività del diritto statale (e istituzionale in genere). Ma questo è un dato di fatto, che può (almeno sul piano logico) essere criticato e contrastato, ma non con il sovranismo statale (prospettiva ingenua e pericolosa) ma con l'affermazione “effettiva” del principio di sussidiarietà e con il rafforzamento istituzionale degli ordinamenti sovranazionali (UE, ONU) e il recupero di una forte cultura istituzionale fra i giuristi. In sostanza, credo che la riduzione del principio di effettività alla sola dimensione soggettiva del “diritto a un rimedio effettivo” costituisca un impoverimento assiologico del principio. Ciò non significa che la dimensione soggettiva debba essere tralasciata o trascurata, ma solo che dovrebbe essere recuperato il primato della concezione oggettiva (ordinamentale) del principio di effettività.

Abstract

New developments of the effectiveness principle The principle of effectiveness is subject to several possible interpretations. Traditionally, effectiveness was an attribution of the legal order as a whole. Recently, the most common perspective is that of individual rights requesting an effective remedy. This approach, albeit not being wrong, entails several sets of risks. First, it is too narrow as it forgets other positions and values protected by the legal system, such as legitimate interests. Second, the emphasis given to remedies led to a multiplication thereof, especially in the form of actions for damages, that do not necessarily ensure neither effective redress nor deterrence. Finally, this approach is frequently inspired by the idea of a contrast between effectiveness and positivism that would allegedly justify the recognition of increasing discretion to judges when they apply the law, encouraging them to disregard specific rules and apply directly underlying principles capable of granting substantial justice. The latter, besides its paternalistic consequences, neglects the institutional dimension of effectiveness that, especially in the complex society where we live, can only be granted if each branch of the State, the Legislator in particular, will honor its role and functions

Fonte: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1169

Autori: Aldo Sandulli

GIUDICATO AMMINISTRATIVO NAZIONALE E SENTENZA SOVRANAZIONALE

Sommario: 1. Una questione complessa. — 2. Tornare alla Costituzione. — 3. Il cammino di avvicinamento alla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018. — 4. I rapporti del giudice nazionale con il giudice europeo-convenzionale e con il giudice dell'Unione: principali differenze. — 5. Il «radicale stravolgimento delle norme di riferimento». — 6. Agli opposti poli. — 7. Un problema irrisolto e un dubbio interpretativo. — 8. Il contrasto con sentenza sopravvenuta della Corte Edu. — 9. Il contrasto con sentenza preesistente della Corte di giustizia europea. — 10. Una riflessione sul concetto di giurisdizione. — 11. Il limite stretto dei «soli motivi inerenti alla giurisdizione». — 12. Una soluzione suscettibile di ulteriori sviluppi.

1. Tra le questioni più complesse affrontate, negli ultimi anni, dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica vi è quella dei meccanismi processuali idonei a risolvere il contrasto tra sentenze delle Corti nazionali e pronunce di Corti sovranazionali (in particolare, della Corte di giustizia europea e della Corte Edu). Tale species si inquadra nel genus più vasto del c.d. «dialogo tra le Corti», ossia dei rapporti tra Corti nazionali

e sovranazionali (1). Tema che ha conosciuto un graduale e costante sviluppo nel corso dell'ultimo quarto di secolo, nelle direzioni, da un lato, dell'accesso alla tutela giurisdizionale e, dall'altro, della resilienza costituzionale nazionale rispetto al tessuto ordinamentale sovranazionale, a seguito dell'eventuale contrasto tra gli obiettivi perseguiti oltre lo Stato e i principi costituzionali nazionali.

In particolare, nel contesto europeo, si dibatte sulla possibilità, da parte delle Corti nazionali, di opporre resistenza, in taluni specifici casi, alla trasformazione del sistema di giustizia a seguito dell'influenza europea (nei due versanti, di diverso spessore, come si vedrà più avanti, dell'Unione europea e della Cedu). La Corte costituzionale italiana, nel corso dell'ultimo decennio, attraverso l'utilizzo di diversi parametri di relazione tra Corti (su tutti, lo standard dei controllimiti), ha esercitato un ruolo rilevante nel fissare una serie di coordinate non soltanto al fine di salvaguardare la Carta costituzionale e le prerogative e gli spazi di azione del giudice delle leggi, ma anche allo scopo, in ottica propriamente duale, di non creare disarmonia tra le esigenze dell'ordinamento interno (nel caso di specie, del sistema di giustizia) e quelle dell'assetto complessivo in seno all'ordinamento europeo. Sebbene non vada dimenticato che il percorso di contaminazione è sempre biunivoco, sicché talvolta sono le istituzioni sovranazionali che si ergono a baluardo della comune piattaforma della Rule of Law europea (artt. 2 e 7 TUE) (2). Numerose sono state le occasioni di conflitto tra le Corti (dalla protezione dei diritti inviolabili della persona al giudicato penale), ma la questione più complessa sul piano giuridico è quella dell'ipotesi di contrasto tra una sentenza del Consiglio di Stato e una pronuncia di Corte europea (Corte di giustizia o Corte Edu). Si tratta di una problematica che è stata alimentata da una giurisprudenza decennale della Corte di cassazione e che ha interessato, di recente, una fondamentale sentenza della Corte costituzionale (la n. 6/2018). La complessità della vicenda deriva, oltre che dalla oggettiva difficoltà della questione, dalla circostanza che essa ha come terreno di confronto l'eterna *actio finium regundorum* tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato. Si tratta forse dell'ultimo, plurisecolare *Grabenkrieg*, tra le poche costanti della storia dell'Italia unita: Corte di cassazione e Consiglio di Stato difendono la posizione per il controllo di territori di giurisdizione e per la titolarità (esclusiva o ripartita) della funzione nomofilattica. La questione dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo e quella dei motivi inerenti alla giurisdizione (3) e dell'eccesso di potere giurisdizionale (4) hanno prodotto un amplissimo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. I termini della stessa, peraltro, *mutatis mutandis*, non paiono oggi essere così distanti rispetto a quello di fine Ottocento e della prima metà del Novecento, né tantomeno a quello repubblicano, incentrato sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali: nuove sono, di volta in volta, le cause scatenanti del conflitto, ma le ragioni di fondo del

contendere divergono di poco. Vicenda plurisecolare nella quale, alla lettura strettamente giuridica dei rapporti tra giurisdizioni, si giustappone una lettura sociologica: per cui l'interpretazione di una norma giuridica diviene talvolta strumentale alla declinazione di un diverso assetto tra i poteri giurisdizionali (5).

I moti di rinvenimento transattivo di un equilibrio ovvero, all'opposto, di rottura dello stesso per via di interventi legislativi o di riforma costituzionale sono stati ricorrenti. Plurimi, ad esempio, sono stati i tentativi di accordo nella direzione dell'unità funzionale della giurisdizione, volti al coordinamento e alla collaborazione istituzionale tra titolari della giurisdizione ordinaria e amministrativa (dal celebre «concordato» stipulato da Mariano D'Amelio e Santi Romano, nel 1929, al recente Memorandum sottoscritto dai vertici di Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti) (6): puntualmente vanificati da successivi interventi giurisprudenziali e dottrinali, che hanno ridestato il conflitto (evento che si è ripetuto anche in relazione all'appena sottoscritto Memorandum). La sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, unitamente alla giurisprudenza della Corte di cassazione stratificatasi sul tema a partire dal 2008, consente di guardare ai due temi generali delle relazioni tra Corti qui accennati (rapporti tra Corti nazionali e sovranazionali, da un lato, e rapporti tra supreme Corti nazionali ordinaria e amministrativa, dall'altro) da una puntuale angolazione, quella del contrasto tra il giudicato amministrativo e la sentenza di una Corte sovranazionale (precipuamente, Corte di giustizia europea e Corte Edu) e, più diffusamente, del modo di interpretare l'art. 111, commi settimo e ottavo, Cost., ossia di intendere i «soli motivi inerenti alla giurisdizione» di cui al citato ottavo comma.

In particolare, la sentenza della Corte costituzionale si occupa del seguente problema: cosa accade se una sentenza del Consiglio di Stato contrasta con una successiva pronuncia della Corte Edu? Può la Corte Suprema, nella pronuncia sul corretto riparto giurisdizionale, cassare la sentenza del giudice amministrativo non conforme a quella della Corte di Strasburgo? A questo interrogativo affrontato dalla Consulta, se ne sovrappone un altro, oggetto, dal 2008 ad oggi, di frequenti pronunce della Corte di cassazione: può quest'ultima sindacare, per eccesso di potere giurisdizionale, una sentenza del Consiglio di Stato non conforme a una precedente della Corte di giustizia europea? Sul piano dell'assetto del sistema processuale, si tratta di vagliare quali possano essere gli strumenti idonei ad affrontare e risolvere il dissidio. Più nel dettaglio, occorre comprendere se, anche in relazione al giudicato non penale, vi siano (ovvero, de iure condendo, quali possano essere) adeguati rimedi processuali (revocazione, ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione) in grado di garantire in modo pieno le situazioni giuridiche soggettive protette nel contesto pluri-ordinamentale, senza alterare i principi alla base del sistema processuale nazionale.

Per tentare di ricostruire i termini della complessa vicenda, pare opportuno partire dalla tappa più recente, ossia dal ragionamento seguito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018 (7).

2. Quest'ultima pronuncia rappresenta una esortazione, in tema di giurisdizione amministrativa, a «tornare alla Costituzione». Come aveva già fatto con la sentenza n. 204/2004 (8), la Consulta ha fissato paletti allo sconfinamento dell'interpretazione che le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono solite definire evolutiva o «dinamica». Per il giudice delle leggi occorre guardare, innanzitutto, alla Carta costituzionale, valorizzando l'interpretazione letterale e le intenzioni dell'Assemblea costituente, secondo un'ottica, per così dire, «originalista». Certo, la Corte ha tenuto a chiarire che l'interpretazione costituzionale, evolutiva quanto si voglia, non può tradursi in un intervento manipolativo rispetto ai reali contenuti della Carta e che la soluzione ai rapporti sempre più complessi tra ordinamenti non può essere rinvenuta nei limiti esterni della giurisdizione, ma va cercata all'interno di ciascun plesso giurisdizionale. Ma l'approccio è quello al ritorno all'ispirazione originaria dei Padri costituenti, con richiamo esplicito alla posizione di Costantino Mortati. Sotto questo profilo, quella utilizzata dalla Corte è una tecnica interpretativa discutibile, perché anziché quello di Mortati si sarebbero potuti richiamare altri passaggi del dibattito in Assemblea, che avrebbero potuto condurre a risultati differenti (9). A prescindere da questo elemento ermeneutico, vi è da chiedersi se la pronuncia della Corte, invero inappagante sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, sia in grado di mettere la parola fine, almeno sul versante del contrasto con le sentenze della Corte Edu e della Corte di giustizia europea, alla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale (*rectius*, più latamente sui motivi inerenti alla giurisdizione), in particolare per ciò che attiene al «radicale stravolgimento» della disciplina europea.

L'indirizzo seguito dalla Corte costituzionale è ispirato a una sorta di *ligne claire*, sulla falsariga della n. 204/2004. Come è noto, quest'ultima, risalendo ai contenuti della Carta, dopo aver rilevato che l'unità funzionale della giurisdizione è cosa diversa rispetto a quella organica, ha posto nuovamente il potere autoritativo al centro del riparto di giurisdizione, potendo rinvenirsi la giurisdizione esclusiva soltanto in presenza di un esercizio di potere a carattere autoritativo, quantomeno potenziale.

Sono state così silenziate le interpretazioni «dinamiche», volte a far rilevare, sotto il profilo del riparto per situazione giuridica soggettiva, l'inadeguatezza dell'impianto costituzionale del 1948 all'evoluzione della giustizia amministrativa di impronta europea. Per certi versi la sentenza n. 204/2004 ha mostrato la rinnovata centralità delle situazioni giuridiche soggettive di adattarsi al mutato quadro pluri-

ordinamentale e di fungere da flessibile cardine nel sistema di tutela giurisdizionale aperto, «a molteplicità di Corti» (10). La tecnica di argomentazione della sentenza n. 6/2018 è sostanzialmente la medesima (lineare e assertiva) di quella del 2004. Per comprendere quali siano i «soli motivi inerenti alla giurisdizione» (di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost., oltre che dell'art. 110 c.p.a., nonché, ma senza la specificazione «i soli», anche degli artt. 360, comma 1, n. 1, e 362, comma 1, c.p.c.) e, dunque, per individuare i limiti esterni occorre innanzitutto leggere e interpretare il dettato costituzionale anziché cercare una soluzione fuori di esso sul rilievo implicito della consunzione, a seguito dell'influenza europea, della struttura sistematica da esso disegnata. Ad avviso della Corte costituzionale, la Suprema Corte non può cassare una sentenza del Consiglio di Stato (ma ragionamento analogo vale anche per una sentenza della Corte dei conti (11)) contrastante con altra della Corte Edu per le seguenti ragioni:

1) errores in procedendo e in iudicando appartengono al sindacato sulla violazione di legge;

2) avverso le sentenze del Consiglio di Stato non è possibile proporre ricorso per cassazione per violazione di legge (come invece avviene per le sentenze degli altri giudici ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost.), essendo esso ammesso, dall'art. 111, ottavo comma, Cost., «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»;

3) l'unità funzionale della giurisdizione non implica anche l'unità organica della stessa;

4) ciò comporta, sulla scorta di quanto sostenuto da Costantino Mortati in Assemblea costituente (12), che sia rimesso alla Corte di cassazione esclusivamente l'«eccesso di potere giudiziario» (13);

5) quest'ultimo va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (14), e cioè «quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»;

6) ne deriva che «Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento”».

La Corte costituzionale, in definitiva, esclude che possa rientrare tra «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» il radicale stravolgimento delle norme applicabili alla singola controversia, poiché esso attiene agli errori relativi alla selezione o interpretazione della disciplina di riferimento e, pertanto, non afferenti alla esistenza o meno del potere giurisdizionale.

3. La vicenda sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale, che riguarda il contrasto tra una sentenza del Consiglio di Stato e una pronuncia sopravvenuta della Corte Edu, ha avuto un iter processuale complesso e si innesta su una questione generale assai intricata, su cui val la pena di soffermarsi in via preliminare.

La norma oggetto della disamina di legittimità costituzionale è quella (art. 69, comma 7, d.lg. n. 165/2001) che ha fissato al 15 settembre 2000 il termine di decadenza per avviare in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a rapporti di pubblico impiego anteriori al 30 giugno 1998. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2007 (15) aveva dichiarato tardive le azioni proposte dopo il 15 settembre 2000 innanzi al giudice amministrativo. Ma la Corte Edu, con le sentenze Staibano e Mottola (16), ha ritenuto in concreto violato il diritto di accesso a una corte di cui all'art. 6 Cedu, dal momento che la successione di pronunce contrastanti sulla giurisdizione avrebbe finito per pregiudicare la possibilità di una tempestiva tutela (17); sicché la citata pronuncia del Consiglio di Stato è stata impugnata per revocazione, in assenza, però, di una specifica causa, prevista dalla legge, volta a consentire la revocazione del giudicato non penale (18) in contrasto con la Cedu. L'Adunanza plenaria n. 2/2015 (19), peraltro, ha rilevato di non poter procedere ad autonoma disapplicazione delle norme interne in contrasto con la Cedu, poiché, sulle norme contrastanti con le norme pattizie internazionali, tra cui le norme Cedu, spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale esercitare il sindacato di costituzionalità accentrato, fatta salva l'interpretazione conforme alla convenzione. I giudici di Palazzo Spada hanno quindi sollevato, in riferimento agli artt. 117, primo comma, 111 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a. e degli artt. 395 e 396 c.p.c., «nella parte in cui non prevedono un diverso caso di

revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Con la sentenza n. 123/2017 (20), la Corte costituzionale ha dichiarato la questione infondata in relazione agli artt. 46 Cedu e 117, primo comma, Cost. e inammissibile, per mancata motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost. In particolare, i giudici delle leggi hanno rilevato che dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalla Raccomandazione R(2000)2, del 19 gennaio 2000, si ricava, in relazione al giudicato non penale, «che l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte ha un contenuto variabile, che le misure ripristinatorie individuali diverse dall'indennizzo sono solo eventuali e vanno adottate esclusivamente laddove siano “necessarie” per dare esecuzione alle sentenze stesse, e che il riesame del caso o la riapertura del processo sono da ritenersi, tuttavia, le misure più appropriate nel caso di violazione delle norme convenzionali sul giusto processo». La Corte costituzionale peraltro ha rilevato che la Corte Edu rimette agli Stati la scelta di come meglio conformarsi alle sentenze della Corte Edu, obbligando alla riapertura del processo e a garantire la restitutio in integrum soltanto gli Stati che già contemplino strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato, «senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare» (21). E sebbene in Germania, Francia e Spagna siano stati ormai introdotti strumenti processuali che consentono la riapertura del processo non penale al fine di garantire la restitutio in integrum, la Corte costituzionale ha fatto notare, tuttavia, come il tragitto potrebbe risultare più agevole (anche da noi) laddove fosse garantito un più adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo europeo-convenzionale. Si tratta di una posizione mirante a contemperare le innovazioni processuali introdotte sulla spinta del diritto europeo con le esigenze di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici in ambito nazionale.

La sentenza della Corte costituzionale n. 123/2017 ha dato luogo a un ampio dibattito tra coloro che hanno aderito alla posizione prudente della Corte (22), preoccupata di non determinare pericolose alterazioni degli istituti processuali, e coloro che hanno criticato la stessa (23), evidenziando in particolare problemi applicativi, alcuni tra i quali hanno prodotto effetti anche nei riguardi delle vicende esaminate dalla sentenza n. 6/2018. Si è rimarcato, ad esempio, che la distinzione tra giudicato penale e non penale ha fatto compiere un passo indietro rispetto alla precedente sentenza n. 49/2015, la quale (pur considerando non vincolante la giurisprudenza Cedu non

consolidata) aveva affermato l'obbligo di esecuzione delle sentenze Cedu nei riguardi delle parti vittoriose presso la Corte di Strasburgo (24).

È stato rilevato che il giudice delle leggi non ha tenuto adeguatamente in conto che, se è vero che, nel rispetto del margine di apprezzamento, è lasciata agli Stati aderenti la scelta dei mezzi e dei modi di esecuzione del dictum europeo, è anche vero che permane sempre e comunque l'obbligo degli Stati di porre fine alla violazione della disciplina Cedu. Al contrario, la Corte ha sostenuto che «un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo nel caso in cui venga accertata una violazione dell'articolo 6 della Convenzione deve ritenersi sussistente se e nella misura in cui essa costituisca l'unica forma possibile di restituito in integrum e non ricorrano quelle condizioni che legittimano lo Stato a sostituire la misura riparatoria con quella risarcitoria» (25). Hanno sollevato perplessità pure, da un lato, la restrizione all'obbligo conformativo in ordine alla misura ripristinatoria ai soli paesi che abbiano già introdotto strumenti processuali idonei ad operare in tale direzione (essendoci invece pronunce della Corte Edu rivolte a paesi che non avevano ancora introdotto lo strumento della riapertura dei processi) e, dall'altro, l'affermazione della natura sussidiaria ed eventuale della misura ripristinatoria rispetto all'equo indennizzo (26). Non ha convinto, ancora, il riferimento, in limine, all'esigenza di maggiore coinvolgimento dei terzi nel giudizio innanzi alla Corte Edu: non tanto per il contenuto del monito, che coglie nel segno e opera in funzione di democratizzazione dell'ordinamento «superiore», quanto per la circostanza che l'asserzione, non suscettibile di risolvere la questione, scarica semplicemente su altri il peso della lacuna nel sistema di tutela multilivello (27). È stata criticata anche la declaratoria di inammissibilità in relazione agli artt. 24 e 111 (e non in riferimento all'art. 117, primo comma), poiché «la scomposizione della decisione tra inammissibilità e infondatezza è servita “tecnicamente” ad agevolare la conclusione in punto d'infondatezza della questione» (28). È altamente probabile, peraltro, che la Corte abbia optato prudentemente per non introdurre direttamente, con sentenza additiva di principio e in ritenuta assenza di «rime obbligate», una nuova ipotesi di revocazione per il contrasto con sentenze della Corte EDU, perché questa soluzione, da un lato, avrebbe dato luogo, comunque, a complessi problemi applicativi in rito (29) e, dall'altro, avrebbe forse potuto favorire la estensione della misura anche al contrasto con le pronunce della Corte di giustizia, con ciò incidendo sugli equilibri tra principi del sistema nazionale e del sistema europeo di giustizia (30). In tal modo, peraltro, lo Stato italiano è venuto meno all'obbligo di esecuzione delle sentenze europee nella forma della restituito in integrum, facendo scivolare «sulla fase indennitaria (innanzi alla Corte Edu) e su quella di controllo innanzi al Comitato dei Ministri il peso dell'impossibilità di dare corso alle pronunzie della Corte Edu in favore dei soggetti

vittoriosi, tagliando fuori lo Stato italiano ed il giudice interno dai compiti che invece l'art. 46 allo stesso attribuisce» (31). A seguito della citata sentenza della Corte costituzionale, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2017 (32), la quale, dopo aver escluso di poter nuovamente sollevare questione di legittimità costituzionale e dopo aver chiarito che la controversia di cui si discorreva non poteva comunque considerarsi ancora pendente, ha ritenuto che i casi di revocazione delle sentenze, ai sensi degli artt. 395 e 396 c.p.c., sono di stretta interpretazione (art. 14 delle preleggi), per cui soltanto l'intervento novatore del legislatore avrebbe potuto consentire di estendere l'area delle ipotesi di revocazione.

Nel frattempo, già prima della sentenza n. 123/2017 e della sentenza del Consiglio di Stato n. 12/2017, le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano nuovamente adito il giudice delle leggi (33), chiedendole di vagliare se l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 contrastasse con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto costituito dall'art. 6, par. I, Cedu. La Corte costituzionale si è pronunciata sulla nuova rimessione con la sentenza oggetto delle presenti considerazioni.

4. L'esigenza di rinvenire un equilibrio tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quelli di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici in ambito nazionale si è posta anche in relazione al diritto dell'Unione europea e alle pronunce rese dalla Corte di giustizia europea. In un recente studio (34) è stata ben evidenziata la consistente differenziazione circa i rapporti tra le Corti nazionali e la Corte di giustizia europea, da un lato, e la Corte Edu, dall'altro (35). Per un verso, il diritto dell'Unione europea gode di un rapporto di primazia ed è direttamente applicabile presso gli ordinamenti degli Stati membri, mentre ciò non accade al diritto Cedu, allo stato attuale, essendo in fase di stallo la procedura di adesione dell'Unione alla Cedu (a seguito del parere negativo della Corte di giustizia europea (36)).

Ciò comporta una significativa ricaduta sui rapporti tra ordinamenti, dal momento che il sistema processuale nazionale è fortemente integrato con quello dell'Unione, sicché il frequente richiamo al principio di autonomia processuale costituisce un meccanismo difensivo del sistema interno rispetto alla avanzata integrazione dei sistemi nell'Unione europea: scopo difensivo che serve a evitare che il giudice nazionale possa essere inteso come mero organo periferico del sistema di giustizia europeo (37). Tutto ciò ancora non vi è in relazione alla Corte Edu, per cui è chiaro che, già nella sostanza, i rapporti dei giudici nazionali con le due Corti sono molto differenti. Differenze consistenti sono date anche dalla diversa morfologia del tipo di raccordo con le Corti nazionali. Difatti, alla Corte Edu si giunge soltanto dopo aver

esaurito tutti i rimedi interni (il Protocollo 16 della Cedu consente soltanto al giudice nazionale apicale, in corso di giudizio, di chiedere un parere non vincolante alla Corte (38)) e il ricorso alla Corte Edu non costituisce tecnicamente un rimedio di tipo impugnatorio, dal momento che la sentenza di tale Corte è di mero accertamento, impegnando lo Stato aderente parte del giudizio a conformarsi alla decisione; inoltre, il giudice ordinario o speciale, in sede di sindacato diffuso, non può direttamente disapplicare la norma contrastante con la Cedu, dovendo rimettere la questione al sindacato accentrato della Corte costituzionale, che si serve del diritto europeo-convenzionale quale norma interposta. Ne deriva che tra giudice nazionale e convenzionale non vi è un sistema integrato e «incrociato», ma, al massimo sequenziale e, quindi, separato. Al contrario, il principale collegamento tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale è rappresentato dal rinvio pregiudiziale, per cui l'interpretazione del diritto comunitario è rimessa in corso di causa, dal giudice nazionale, direttamente alla Corte di giustizia. Ciò significa che spetta a quest'ultima la garanzia dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, stabilendosi un rapporto diretto tra la pronuncia della Corte di giustizia e quella del giudice nazionale, il quale è obbligato a conformarsi alla prima. Le relazioni, inoltre, sono integrate e i giudizi incidentalmente correlati.

Tra le questioni su cui maggiormente si è avvertito questo diverso carattere, consistente nella diretta connessione tra ordinamento nazionale e dell'Unione e le rispettive Corti, vi è quella relativa alla resistenza del giudicato nazionale contrastante con la normativa europea (39), sviluppatasi a seguito del caso Lucchini del 2007 (40) e delle successive pronunce della Corte di giustizia, con particolare riferimento alle sentenze Olimpiclub del 2008 (41) e Pizzarotti del 2013 (42).

Da un lato, si è tentato di ricondurre il caso Lucchini al carattere di assoluta eccezionalità; dall'altro, in relazione agli altri due sono state avanzate letture compatibili con il rispetto del giudicato (43): mentre la pronuncia Olimpiclub ha consentito di elaborare, nei riguardi dell'effettività della normativa dell'Unione europea, un limite esterno (la normativa europea non può imporre il superamento dell'efficacia del giudicato sostanziale e, quindi, l'affievolimento del principio di incontrovertibilità dell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale) e uno interno (la materia processuale è rimessa all'autonomia degli Stati membri, pur con i limiti dei principi di equivalenza (44) e di effettività), il caso Pizzarotti ha aperto la strada al c.d. giudicato a formazione progressiva, di cui alla nota Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2016 (45), che ha valorizzato in particolare il ruolo della fase di esecuzione e del giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo nazionale (46).

Tuttavia, è stato posto in rilievo come l'esigenza di perseguire l'effettività del diritto comunitario e, quindi, di produrre un effetto utile connesso all'obbligo di interpretazione conforme ha condotto il giudice nazionale a funzionalizzare gli autonomi strumenti procedurali agli obiettivi sostanziali del diritto sovranazionale (47). Così facendo «l'effettività del diritto comunitario porta necessariamente a svuotare di contenuto il principio dell'autonomia procedurale, giacché qualsiasi strumento processuale, in quanto tale, risulta idoneo ad interferire con l'applicazione di norme sostanziali. Cioché il problema, posto in questi termini, contiene in sé già implicitamente la risposta in favore dell'effettività del diritto comunitario» (48). Non sempre, peraltro, il rinvio pregiudiziale consente di risolvere i problemi di «asimmetria» tra i due ordinamenti (che possono avere anche implicazioni di ordine sostanziale), spesso perché si sarebbe dovuto pregiudizialmente rinviare, ma nel giudizio originario non vi si è provveduto. Occorre, pertanto, rinvenire i meccanismi processuali per poter, attraverso un nuovo giudizio, provocare il rinvio pregiudiziale mancato nel giudizio originario. Tra questi meccanismi è stato prospettato quello della revocazione innanzi al giudice amministrativo. In assenza di uno specifico rimedio revocatorio previsto dal legislatore, peraltro, il giudice amministrativo ha tentato di seguire la strada del giudizio di ottemperanza (e del c.d. giudicato a formazione progressiva), mentre la Suprema Corte ha cercato di seguire altra direzione. Come è stato ricostruito, sono quattro i possibili casi di mancato rinvio pregiudiziale: «nel primo, la violazione del diritto comunitario è stata prospettata nel corso del giudizio di cui si chiede la revocazione (con o senza richiamo all'eventuale giurisprudenza comunitaria sul punto), ma questa è stata disattesa, senza che un rinvio pregiudiziale fosse stato effettuato; nel secondo, la violazione del diritto comunitario non è stata prospettata nel corso del giudizio originario, ma essa scaturisce dalla giurisprudenza costante della Corte di giustizia; nel terzo, a fronte di una violazione del diritto comunitario, prospettata o meno nel giudizio originario, ma in ogni caso in quella sede disattesa, sopraggiunge un'interpretazione della Corte di giustizia, resa in altro giudizio, contrastante con il giudicato; nel quarto, la violazione del diritto comunitario si pone in relazione ad un atto di un organo dell'UE, non considerato dalla sentenza revocanda, divenuto inoppugnabile» (49).

È stato osservato che nel primo caso si rischierebbe di stravolgere il meccanismo del rinvio pregiudiziale, dal momento che il giudizio revocatorio si atterrebbe quale «impugnazione diretta, in punto di diritto, e nei limiti della questione di anticomunitarietà, nei confronti della Corte di giustizia, alla quale sarebbe demandata la decisione sull'interpretazione relativa alla questione controversa» (50); mentre l'ultimo caso non concerne una pronuncia del giudice comunitario, per cui non si tratta di rapporti tra le Corti (ma di adeguamento della disciplina nazionale al diritto

dell'Unione). Ecco quindi che occorre concentrare l'attenzione sul secondo caso — relativo a una o più sentenze della Corte di giustizia europea adottate in epoca precedente a quella del giudice nazionale (pronunce del giudice europeo che sono state segnalate nel giudizio originario o avrebbero comunque potuto essere prese in considerazione in tale giudizio) — ovvero sul terzo caso — attinente a sentenza sopravvenuta della Corte di Lussemburgo. In entrambe le circostanze, la Suprema Corte ha argomentato circa la possibilità di presentare ricorso per cassazione per diniego di giustizia.

5. In particolare, la Corte di cassazione ha elaborato, in relazione al contrasto con le sentenze della Corte di giustizia europea, un ragionamento antitetico rispetto a quello sviluppato dalla Consulta (51) circa i rapporti con le pronunce della Corte Edu. Può prendersi a riferimento la sentenza delle Sezioni unite n. 31226/2017 (52), pubblicata pochi giorni prima della sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, la quale ha ad oggetto il contrasto con una pronuncia precedente della Corte di giustizia europea (53). Tale orientamento, peraltro, ha trovato conferma anche successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale, con la sentenza delle Sezioni unite n. 16957/2018 (54).

La sentenza della Cassazione n. 31226/2017 è intervenuta sulla vexata quaestio del ricorso incidentale escludente (55), la quale, dopo quella relativa alla pregiudizialità nella prima decade del nuovo millennio (56), è la questione su cui maggiormente si è esercitata la Suprema Corte negli ultimi anni. Con tale pronuncia la Cassazione ha sostenuto che il giudice amministrativo, non avendo tenuto conto, nel redigere la propria sentenza, del caso *Fastweb* deciso dalla Corte di giustizia del 2013 (57) (e del successivo caso *Puligienica* del 2016 (58)), sia entrato in collisione con il diritto europeo. Più in dettaglio, dopo aver esposto la «interpretazione “statica”» (per cui la violazione di norme del diritto dell'Unione europea non costituisce vizio attinente alla giurisdizione, ma questione di merito, attenendo al fondamento della domanda, per cui è da escludere che possa rientrare tra i «soli motivi inerenti alla giurisdizione»), la Cassazione ha abbracciato l'interpretazione “dinamica” o “funzionale”. Interpretazione che concepisce la giurisdizione come tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, comprendendo le diverse tutele attraverso cui si garantisce l'effettività dell'ordinamento; sicché è da intendere norma sulla giurisdizione anche quella che fornisce contenuto essenziale al potere giurisdizionale (in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca), non soltanto quella che costituisce i presupposti per il potere. Ne deriva che il «radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in denegata giustizia», può costituire eccezione alla

regola della non estensione agli errores in iudicando e in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle pronunce del giudice amministrativo. Tra queste eccezioni rientrano, per la Suprema Corte, anche le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione europea, sia per la particolare posizione istituzionale della Corte di giustizia sia per il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale: quest'ultimo, come è noto, impone ai giudici nazionali di non applicare il diritto interno laddove esso contrasti con quello dell'Unione. Tale violazione del diritto dell'Unione ridonderebbe in denegata giustizia per due ragioni: perché l'intervento della Corte di giustizia esaurisce ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale, per cui la mancata disapplicazione determina l'inevitabile contrasto con la disciplina europea; perché l'erronea applicazione della norma interna limita il diritto alla tutela giurisdizionale, impendendo l'accesso alla stessa (con ciò violando l'art. 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

6. L'angolazione dalla quale la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno guardato alla questione è opposta.

Mentre la Corte costituzionale si chiede (e risolve in senso negativo) se spetti al giudice della giurisdizione doversi far carico di sciogliere le antinomie nei rapporti tra Corti di diversi ordinamenti, pur in assenza di alternativo rimedio esperibile, la Suprema Corte presuppone che l'accesso al giudice debba comunque essere garantito, altrimenti, oltre a violare il diritto europeo, sarebbe resa non effettiva la richiesta di giustizia (con conseguente responsabilità dello Stato per violazione dei diritti riconosciuti dal diritto europeo). Insomma, il dilemma della Cassazione è di tipo sostanziale, tra giustizia data e giustizia negata; mentre quello della Corte costituzionale è di carattere «competenziale» e strutturale, tra limite esterno e limite interno della giurisdizione.

Le due posizioni sono talmente divaricate da non potersi rinvenire un punto di incontro. Tale divaricazione è stata probabilmente radicalizzata dalla circostanza, difficilmente negabile, per la quale la Corte di cassazione, nel corso dell'ultimo decennio, ha esteso oltremisura le ipotesi derogatorie (le quali semmai avrebbero dovuto essere limitate a casi di assoluta eccezionalità), ampliando eccessivamente le ipotesi di «radicale stravolgimento delle norme di riferimento». La scienza giuridica ha segnalato, al proposito, l'esigenza di individuare le fattispecie di eventuale eccesso di potere giurisdizionale «caso per caso, da un lato per evitare che rimangano senza

tutela posizioni ingiustificatamente pregiudicate dal giudice amministrativo, dall'altro per evitare che il rapporto tra giurisdizioni venga alterato da una scelta della Cassazione di trasformarsi in una sorta di terzo grado di giudizio» (59). Si è rimarcata altresì l'aspirazione, per lungo tempo latente e oggi neppure troppo sopita, non soltanto ad «estendere il sindacato della Cassazione per motivi di giurisdizione, ma anche [ad operare] un processo più ampio di revisione dei rapporti complessivi della Cassazione rispetto alla giurisdizione amministrativa» (60) (tale reazione è stata probabilmente causata dall'ampliamento della giurisdizione esclusiva sul finire del secolo scorso).

Ecco perché la sentenza n. 6/2018 (come già avvenuto con la n. 204/2004) può essere considerata un importante spartiacque nella ricerca di equilibrio tra la corretta interpretazione della Carta costituzionale, il rinvenimento del bilanciato confine tra i limiti esterni e interni della giurisdizione e la navigazione nel mare aperto della pluralità ordinamentale e delle relazioni con le Corti degli ordinamenti sovranazionali.

Su quest'ultimo argomento non ci si può qui soffermare, se non in via meramente strumentale (61), perché troppo vasto e perché porterebbe troppo lontano dall'oggetto della presente analisi. È necessario, invece, concentrare l'attenzione, da un lato, sul problema tradizionale dell'eccesso di potere giurisdizionale, che investe l'interpretazione dell'art. 111, commi 7 e 8, Cost. e il modo di intendere i «soli motivi inerenti alla giurisdizione». A margine del percorso seguito dalla Corte costituzionale, in particolare, occorre verificare se rivesta qualche rilievo il fatto che la stessa (peraltro, allo stesso modo del legislatore, della maggior parte della dottrina e della giurisprudenza) utilizza in modo coincidente e scambievolmente diversi concetti, tra cui l'«eccesso di potere giurisdizionale» (che dovrebbe concernere l'invasione delle prerogative riservate al legislatore e alla pubblica amministrazione) e il «difetto assoluto di giurisdizione» (che dovrebbe invece afferire alla radicale assenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte di qualsiasi giudice) (62).

Dall'altro, pare importante soffermarsi su una questione specifica, relativa al raffronto tra la sentenza della Corte costituzionale del gennaio 2018 e quella della Corte di cassazione del dicembre 2017. Più precisamente, si tratta di capire se rivesta rilievo il fatto che il caso risolto dalla Suprema Corte abbia riguardato la mancata disapplicazione di una sentenza preesistente della Corte di giustizia europea (e, quindi, si tratta di capire quale rapporto si instauri in relazione a un precedente giurisprudenziale che dovrebbe avere applicazione diretta nell'ordinamento nazionale), mentre la pronuncia della Corte costituzionale abbia investito il contrasto

con un sopravvenuto arresto della Corte Edu (e, quindi, c'è da comprendere quale rapporto intercorra con una sentenza successiva dell'ordinamento europeo-convenzionale, il cui diritto non è direttamente applicabile).

7. La sentenza della Consulta è persino troppo lineare per rappresentare in modo rispondente una realtà così complessa e dinamica. Nella sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 sembra di particolare rilievo un passaggio argomentativo che, da un lato, lascia un problema irrisolto e, dall'altro, solleva un dubbio interpretativo. Il passaggio — che pare quasi interpolato: contenuto nel punto 14.1, in assenza di 14.2, posizionato tra i punti 14 e 15 della parte in diritto — è il seguente: «Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte Edu (sentenza n. 123 del 2017)».

La Consulta si riferisce in particolare all'ipotesi della sopravvenienza, perché, in caso di pronuncia di Corte europea adottata in epoca precedente vi sarebbe preliminarmente da chiedersi (come si è già accennato innanzi) se l'ipotesi della revocazione sia astrattamente applicabile (investendo usualmente la stessa casi nei quali il vizio della sentenza sarebbe da ricondursi ad una causa esterna alla decisione, che non ha permesso una corretta formulazione della pronuncia: nell'ipotesi di sentenza precedente della Corte Edu, invece, il giudice nazionale avrebbe dovuto tenerne conto, ma non lo ha fatto o scientemente o per ignoranza). Stabilito che la Corte di cassazione non possa pronunciarsi sull'eventuale diniego di giustizia derivante dal contrasto di una pronuncia del Consiglio di Stato con altra della Corte Edu, si tratta di comprendere quale rimedio volto alla restitutio in integrum (diverso, quindi, dalla mera ipotesi risarcitoria) possa essere esperito all'interno della giurisdizione amministrativa. Nel passaggio richiamato la Corte individua un rimedio (quello della revocazione), ma in via meramente ipotetica, de iure condendo: con ciò riconoscendo l'impraticabilità, attualmente, del rimedio e la sussistenza di una lacuna nel nostro ordinamento in relazione alla tutela giurisdizionale amministrativa, potendosi al massimo aspirare al risarcimento per equivalente. Si tratta di una soluzione priva di rimedio esperibile: una conclusione non pacificante in rapporto all'effettività della tutela giurisdizionale. Il medesimo passaggio, inoltre, solleva un dubbio interpretativo: poiché la Corte si esprime in relazione a un caso in cui la sentenza del Consiglio di Stato disattende una pronuncia della Corte Edu emessa in epoca successiva, occorre valutare se il percorso argomentativo possa subire una

deviazione laddove la pronuncia della Corte di Strasburgo preceda la decisione del giudice amministrativo (come avvenuto in numerosi casi in cui si è espressa la Corte di cassazione) (63). E se accada qualcosa di diverso, invece, sull'altro versante, in relazione a pronunce adottate dalla Corte di giustizia europea.

È utile avvicinarsi al tema proprio dalla seguente angolazione: se cambi qualcosa la circostanza per la quale la sentenza del Consiglio di Stato venga in contrasto con una pronuncia di Corte europea successiva o precedente rispetto ad essa.

8. Nell'ipotesi di una pronuncia della Corte Edu che interviene in un momento successivo a quello della sentenza resa dal giudice amministrativo, gli accadimenti seguono questo ordine temporale: la pronuncia del Consiglio di Stato si esprime su un problema giuridico in assenza di qualsiasi pronuncia di Corte Edu, per cui il Consiglio ha campo libero nell'interpretare la disciplina normativa di riferimento; in un momento seguente (ma prima del passaggio in giudicato della sentenza, essendo stato presentato ricorso per cassazione), una sentenza della Corte di Strasburgo interpreta una disposizione decisiva per la soluzione della controversia in senso contrario alla sentenza del giudice amministrativo nazionale; è soltanto a questo punto, dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Edu, che la pronuncia del giudice amministrativo nazionale potrebbe entrare in collisione con la giurisprudenza europea (peraltro, soltanto gli Stati che siano parte del giudizio sarebbero tecnicamente vincolati all'obbligo di conformazione alla pronuncia). In ogni caso, qui l'obbligo di conformazione alla sentenza definitiva della Corte Edu costituisce, senz'altro, una sopravvenienza. La Corte costituzionale argomenta che lo strumento idoneo previsto dall'ordinamento sarebbe quello della revocazione. E tuttavia, essendo i casi di revocazione di stretta interpretazione, sarebbe necessario un intervento specifico del legislatore volto a prevedere la nuova ipotesi revocatoria (conclusione già indicata dalla sentenza n. 123/2017). Al di là della lacuna del sistema, sembra di poter rilevare che la revocazione, nel caso di specie, possa effettivamente costituire il rimedio maggiormente consono. Dovrebbe escludersi, infatti, in tale ipotesi, la configurabilità di un «radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in denegata giustizia», essendo la pronuncia del giudice amministrativo nazionale intervenuta in epoca precedente rispetto a quella della Corte Edu. Ne deriva che il Consiglio di Stato non avrebbe potuto, in ogni caso, essere edotto dell'esito di una pronuncia europea non ancora adottata. In tale ipotesi, si tratterebbe di erronea interpretazione operata dal Consiglio di Stato, non di abnorme diniego di giustizia. Ciò, d'altra parte, si ricava, *mutatis mutandis* (al netto delle differenze evidenziate in precedenza), dalla citata Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2016 (che si riferisce, *invero*, a sentenze della Corte di giustizia europea),

per la quale la sentenza successiva del giudice europeo è equiparabile a una sopravvenienza normativa, la quale, «incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato, ha determinato non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica». Sicché, in assenza di un intervento novatore del legislatore, il rimedio della revocazione non è attualmente praticabile, mentre il ricorso per cassazione sarebbe, sulla base di quanto detto, inammissibile per carenza di giurisdizione. Residuerrebbe la possibilità di operare per il tramite del giudizio di ottemperanza e di estendere il c.d. giudicato a formazione progressiva, elaborato dalla citata Adunanza plenaria n. 11/2016: secondo tale pronuncia, ferma l'intangibilità della res iudicata interna, è rimessa al giudice dell'ottemperanza, nell'ambito del sindacato flessibile e dinamico che lo caratterizza, la possibilità di «completare il giudicato con nuove statuizioni integrative e [...] doverne specificare la portata e gli effetti, così da permettere la creazione di un “giudicato a formazione progressiva” conforme alla sopravvenuta pronuncia della Cgue» (64). Anche qui, peraltro, occorre fare attenzione a non stravolgere le caratteristiche tipiche dell'istituto processuale. L'unico interrogativo che resta da porsi, riguardo a questa ipotesi (ma la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 non pare lasciare spazio a tale opzione), è se sia plausibile che un ordinamento possa non rinvenire una soluzione di carattere sostitutivo rispetto a quella prevista, in via ordinaria, dall'ordinamento, in grado di soddisfare l'esigenza effettuale sollecitata a livello sovranazionale. Sotto questo profilo, in assenza di un intervento novatorio del legislatore in tema di revocazione, dopo aver previamente escluso la possibilità di utilizzo, in forma più estesa, del giudizio di ottemperanza (sulla di quanto ricostruito nel capoverso precedente), si potrebbe forse ritenere ammissibile, in via transitoria e sussidiaria, il ricorso per cassazione innanzi alle Sezioni Unite, per la mancata ricorrenza degli essentialia iurisdictionis, al fine di salvaguardare l'ordinamento giuridico rispetto alla responsabilità dello Stato derivante da violazione del diritto europeo (65).

9. Cosa accade, invece, qualora la pronuncia della Corte sovranazionale sia precedente rispetto a quella del Consiglio di Stato e quest'ultima sia adottata, quindi, in aperto contrasto con il diritto dell'ordinamento europeo e con il derivato vincolo di conformazione (e, per le pronunce della Corte di giustizia, in violazione del principio dell'applicazione diretta, in ambito nazionale, della giurisprudenza europea, in virtù del primato del diritto dell'Unione)? Ad avviso della Corte di cassazione, il giudice amministrativo che adotti una sentenza in contrasto con precedente pronuncia della Corte di giustizia europea finirebbe per andare oltre la propria giurisdizione, poiché contravverrebbe all'assetto giuridico di riferimento (quello edificato dall'ordinamento

europeo), con ciò esondando in diniego di giustizia. Il giudice amministrativo oltrepasserebbe i propri limiti interni, determinando non soltanto una rottura rispetto all'uniforme interpretazione della disciplina europea (attributiva di diritti soggettivi) nell'ordinamento nazionale, ma addirittura una decisione anomala e abnorme, completamente divergente rispetto al consolidato assetto europeo, cui sarebbe chiamato a porre rimedio, anche in funzione nomofilattica, il giudice nazionale della giurisdizione.

Ne deriva che il giudice amministrativo, negando giustizia, finirebbe per negare la propria funzione giurisdizionale per come disegnata dalla Costituzione e dai suoi principi. In tal modo, il giudice si porrebbe all'esterno del perimetro di poteri giurisdizionali che gli sono stati conferiti, ledendo, ad avviso della Suprema Corte, i caratteri evolutivi del concetto di giurisdizione, per come sviluppatosi, sulla falsariga dell'influenza europea, negli ultimi decenni: primato del diritto europeo, effettività della tutela giurisdizionale, unità funzionale della giurisdizione nell'interpretazione del sistema, giusto processo.

Come è stato di recente rilevato, «i concetti richiamati dal giudice di “essenza della giurisdizione”, “giurisdizione in senso dinamico”, “concreta possibilità di tutela”, “necessità di evitare che il provvedimento giudiziario, una volta definitivo, espliciti effetti in contrasto con una norma sovranazionale alla quale occorre dare applicazione”, formano una trama, su cui si fonda il ragionamento giudiziario, che sembra prescindere da tutti i condizionamenti formali qualificatori che la, pur richiamata, giurisprudenza ha elaborato. Si tratta [...] della punta estrema nell'evoluzione di un concetto che si trasferisce nell'affermazione secondo la quale il giudizio sulla giurisdizione supera la verifica sulla qualificazione della situazione soggettiva e l'accertamento del potere di conoscere controversie, come distribuito ai diversi ordini di giudici, per divenire “uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi”» (66). L'elemento di fragilità dell'indirizzo della Suprema Corte consiste nella spinta a deflettere dal dato processuale formale in funzione di quello sostanziale e a spostare il raggio degli effetti del giudicato dal diritto soggettivo al diritto oggettivo. La Cassazione, attraverso un uso promiscuo dell'«aprioristico diniego di giurisdizione» e dell'«aprioristico diniego di giustizia», rischia di sconfinare in spazi di giurisdizione del giudice amministrativo, in contraddizione con l'assetto disegnato dall'art. 111, commi settimo e ottavo, Cost.

Lasciando sullo sfondo, per qualche frangente, il profilo organico, la vicenda può essere in questo caso ricostruita secondo il seguente ordine temporale: il giudice

europeo emette una pronuncia nella quale propone una determinata interpretazione della disciplina europea; in epoca successiva, il giudice amministrativo nazionale si pronuncia sulla medesima questione, abbracciando una interpretazione (scientemente o per errore) in aperto contrasto con quella della Corte sovranazionale; in tal caso, il giudice amministrativo nazionale viola l'obbligo conformativo al diritto europeo, con tutte le conseguenze (anche in termini di responsabilità dello Stato) che ne derivano.

Vi è da chiedersi se, nell'ipotesi in oggetto, si possa effettivamente produrre un «radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in denegata giustizia»; in particolare, se la mancata conformazione incrina «l'unità del diritto oggettivo nazionale» ovvero possa offendere «il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (art. 65, R.d. 30 gennaio 1941, n. 12). E, una volta stabilito questo, se tali violazioni possano essere ricondotte ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost.

10. Si è detto, in precedenza, che per la Corte costituzionale sono pienamente sovrapponibili le locuzioni «eccesso di potere giurisdizionale» e «difetto assoluto di giurisdizione». La Corte di cassazione, al contempo, fa riferimento in modo indifferente al «diniego di giurisdizione» e al «diniego di giustizia». Questa promiscuità concettuale e terminologica introduce certamente elementi di confusione nel definire cosa abbia inteso il costituente nel riferirsi ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Le nozioni di «giurisdizione» e di «giustizia» coincidono? Al concetto di «giurisdizione» va conferito un contenuto esclusivamente strutturale o anche funzionale? È vero che se si nega la giustizia (e si incorre, pertanto, in diniego di giustizia), si nega al contempo la propria funzione giurisdizionale, per cui si sconfinava rispetto al perimetro di poteri giurisdizionali conferiti? O anche in tale circostanza, trattandosi di violazione di legge, l'unico possibile rimedio potrebbe essere (de jure condendo) quello interno della revocazione, per cui non si sarebbe nell'alveo dei «soli motivi inerenti alla giurisdizione»?

È ovvio che la risposta a tali interrogativi richiederebbe spazi ben più ampi di quelli a disposizione, perché si è nel cuore dei principi dello Stato di diritto: qui ci si limita a brevi cenni, soltanto al fine di impostare il problema ed elaborare una ipotesi di risposta. Si tenga conto che quello relativo ai contenuti del concetto di giurisdizione è tra i temi più complessi dell'intero arco degli studi giuridici. Salvatore Satta ha ricordato che, «In uno studio ormai lontano nel tempo, Redenti scriveva che in quegli anni il concetto di giurisdizione veniva impiegato con rinnovata frequenza come

premessa o fattore di ragionamenti senza che vi fosse in proposito “la necessaria chiarezza e concordia di idee”. Non si può purtroppo dire che queste parole abbiano perduto la loro attualità» (67). E pare che tali rilievi non abbiano perduto attualità a distanza di oltre un secolo.

Il citato saggio di Satta è di particolare utilità, ai nostri fini, perché, in relazione al rapporto tra giurisdizione e giustizia, egli perviene, dall'esame delle disposizioni della Costituzione, del codice civile e del codice di procedura civile, alla conclusione della coincidenza tra i concetti di giurisdizione e di giustizia: «Questa risoluzione della giurisdizione nella giustizia che il legislatore fa, in aderenza all'intuizione e al linguaggio comuni, è a nostro avviso di grande e non trascurabile valore. Non si tratta di un termine filosofico, o di un termine vagamente generico, quale talvolta tutti adoperiamo prescindendo da ogni ordinamento giuridico o magari in opposizione ad esso: qui vi è una consapevole identificazione della giurisdizione con la giustizia (poiché tutto quello che nelle norme si dispone riguarda “la” giurisdizione), onde il termine ha un valore strettamente giuridico, assurge ad un autentico sinonimo dell'ordinamento» (68). Tale coincidenza, in ottica romaniana, è di particolare momento, perché attraverso essa Satta giunge a una nozione “istituzionale” di giurisdizione, per la quale in assenza di giurisdizione non vi è ordinamento, essendo lo *ius dicere* carattere essenziale della *societas*; ne deriva che la giurisdizione viene prima della legislazione e dell'amministrazione e che è equivoco e contingente legare la giurisdizione alla sovranità dello Stato. Si incrina, attraverso questa lettura, sia l'accezione funzionale chiovendiana di giurisdizione — quale funzione giurisdizionale della giusta composizione delle liti in attuazione della legge dello Stato sovrano — sia quella strutturale di Allorio — quale tipo di effetto giuridico che attraverso l'esercizio della giurisdizione si produce (vale a dire l'incontrovertibilità del *decisum*) —, perché tradizionalmente statiche e perimetrare nella perfezione chiusa dell'ordinamento statale. La trasformazione della nozione di giurisdizione si rivela di particolare momento a seguito delle caotiche trasformazioni dell'età contemporanea: da concetto tradizionalmente statico e appiattito sull'ordinamento interno, esso ha assunto carattere dinamico per il necessario confronto con ordinamenti sovranazionali dotati della loro giurisdizione, che non pone limiti esterni alla giurisdizione dello Stato.

È la tesi che — passando attraverso l'analisi storica della distinzione tra *iudicium* del diritto comune (isonomico, garantistico e dialettico) e *processus* dello Stato moderno (asimmetrico, autoritario e gerarchico) — è stata sviluppata soprattutto da Nicola Picardi e che si è concretizzata nella consapevolezza della extrastatalità della giurisdizione (69) ovvero della perdita del monopolio statale della stessa e di un

correlato processo di delocalizzazione, per cui le funzioni giurisdizionali sono sempre più affidate a organi non riconducibili allo Stato, con la possibilità che pronunce di Corti di altri ordinamenti possano produrre effetti diretti nel nostro in assenza di delibazione volta a valutarne la compatibilità (70). Peraltro, l'apertura della giurisdizione ad altri ordinamenti non implica, di per sé, proprio per le caratteristiche della pluralità ordinamentale, il venir meno dell'assetto strutturale del potere che ciascun ordinamento si dà in via autonoma e che il nostro ordinamento nazionale si è costituzionalmente dato, pur dovendosi rinvenire adeguate forme di compatibilità con gli ordinamenti sovranazionali. Una strutturale pertinenza del potere giurisdizionale, insomma, deve pur esservi, in modo tale che lo ius dicere sia imputabile all'ordinamento giuridico complessivamente considerato (principio di asoggettività) (71), per come sviluppato dalla Costituzione.

La ricerca di un equilibrio a difesa dell'autonomia, che talvolta passa per il tramite del conflitto tra Corti (ad esempio, attraverso i richiamati «controlimiti»), è da rinvenire, tra le altre, in due ragioni principali: da un lato, la non necessaria coassialità tra le finalità degli ordinamenti nazionali e quelli degli ordinamenti europei (in particolare, dell'ordinamento dell'Unione europea) (72); dall'altro, la circostanza per la quale il diritto europeo spinge nel senso dell'oggettivizzazione del processo amministrativo (per cui il ricorrente si farebbe promotore dell'interesse pubblico alla legalità comunitaria dell'azione dei poteri pubblici nazionali) in luogo di una opzione della Carta costituzionale in materia di tutela giurisdizionale che pare andare chiaramente in direzione di una giurisdizione amministrativa di tipo soggettivo (73). Tale complesso quadro di trasformazione del concetto di giurisdizione è stato riassunto (con terminologia efficientistica, per la verità) nella sentenza «manifesto» della Sezioni Unite sulla tematica: «l'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza» (74).

Al termine di questa rapida digressione, si ricava che l'equilibrio complessivo del sistema deve essere rinvenuto contemperando la dinamica evoluzione del quadro esterno con l'assetto costituzionale interno. Ne deriva che, sotto questo aspetto, parrebbe condivisibile il richiamo della Corte costituzionale a una rigorosa interpretazione della Carta: perché è soltanto attraverso tale indirizzo che si è poi in

grado di mettere a confronto lo stadio di avanzamento dei concetti giuridici sul piano dell'ordinamento sovranazionale con la tenuta dell'assetto costituzionale interno.

11. Ciò chiarito, può giungersi alla conclusione del ragionamento, che richiede, in ogni caso, di prendere atto come il punto logico di partenza vada individuato nell'assetto del sistema giustiziale a Costituzione invariata; soltanto in un secondo momento essendo possibile verificare se sia rinvenibile una interpretazione dinamica dello stesso in grado di sussumere, in modo compatibile con la Costituzione, le novità derivanti dalle trasformazioni dettate dall'ordinamento europeo (75). Se occorre partire dall'assetto costituzionale, il coordinato disposto del settimo e dell'ottavo comma dell'art. 111 non lascia adito a dubbi interpretativi, né in ordine al fatto che avverso le sentenze del Consiglio di Stato non è presentabile ricorso per cassazione per violazione di legge, né sulla circostanza che strutturalmente la giurisdizione ordinaria è da intendersi nettamente separata da quella amministrativa e da quella erariale, con ciò che ne consegue in ordine agli effetti ripartiti della funzione nomofilattica.

È stato rilevato, in proposito, come rivesta particolare rilievo, a supporto di tale tesi, l'art. 48 del R.d. n. 2014/1954, non abrogato dal codice del processo amministrativo, secondo cui, agli effetti della legge sui conflitti di attribuzione (n. 3761/1877), le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili con ricorso per cassazione «soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato», con la conseguenza di una probabile coincidenza tra tale locuzione e quella, relativa ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione», di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. (76).

Se questa è la strada da seguire, pare di poter condividere la linea interpretativa, esposta in un recente contributo (77), per la quale l'eccesso di potere giurisdizionale deve essere limitato, alla luce dell'assetto costituzionale e delle trasformazioni della disciplina normativa processuale e sostanziale sull'amministrazione, ad un'accezione molto stretta, di sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali (78).

Ciò posto, occorre ritornare alle due ipotesi di cui si è discusso nel presente scritto: sentenza del Consiglio di Stato che contrasti con pronuncia successiva della Corte Edu; sentenza del Consiglio di Stato che contrasti con pronuncia precedente della Corte di giustizia europea. Quanto alla prima ipotesi, si è argomentato che, in caso di sentenza di Corte Edu, ci si trova nei limiti interni della giurisdizione amministrativa, potendosi al più trattare di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento. Con la conseguenza che lo strumento processuale esperibile (al netto di un utilizzo più pregnante del giudizio di ottemperanza) è quello della revocazione: tutt'al più vi è da

chiedersi se la sentenza della Corte costituzionale n. 123/2017 non sia stata poco coraggiosa nel negare, con sentenza manipolativa, l'introduzione di una nuova ipotesi revocatoria (passo non compiuto probabilmente per evitare la successiva estensione all'ipotesi di sopravvenienza di pronuncia della Corte di giustizia europea). Il tessuto argomentativo della sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 è, quindi, sul punto, condivisibile.

Circa la seconda ipotesi, occorre verificare quale peso si voglia conferire all'aperto contrasto di una sentenza del Consiglio di Stato con una precedente pronuncia della Corte di Lussemburgo. Quale rilievo riveste, in tale circostanza, il principio della diretta applicabilità della giurisprudenza europea e del primato del diritto dell'Unione europea? Il vizio derivante da tale contrasto ricade nella violazione di legge o potrebbe essere ricondotto ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione»?

La giurisprudenza, anche quella della Corte di cassazione, è piuttosto chiara sul punto. Si prenda, per tutte, una pronuncia del 2012, che ha fatto propria una nozione ristretta di eccesso di potere giurisdizionale: «è costante orientamento di queste Sezioni unite che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. L'ipotesi non ricorre quando il Consiglio di Stato — come nella specie — si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la voluntas legis applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dare luogo, tutt'al più, ad un error in iudicando, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale» (79).

Nel caso di specie, il giudice amministrativo avrebbe dovuto adottare una decisione rispettosa di quella della Corte di giustizia europea, ai sensi del principio della diretta applicazione nel nostro ordinamento della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Diversa invece sarebbe stata la situazione nel caso di una pronuncia della Corte di Strasburgo, perché, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, si sarebbe dovuta preliminarmente verificare la qualifica di parte dell'Italia nella controversia (80); in caso contrario, non essendo le pronunce della Corte Edu integrate in seno all'ordinamento processuale nazionale, la sentenza rileverebbe soltanto come presupposto di fatto, del quale il giudice nazionale avrebbe dovuto tenere conto nell'adottare la decisione. Per cui, nel caso di difformità rispetto a sentenza Cedu, si tratterebbe sempre di errore di fatto revocatorio, anche nell'ipotesi in cui la

pronuncia sia stata portata a conoscenza del collegio ed esso se ne sia scientemente discostato.

Tornando alla violazione del diritto dell'Unione sotto forma della mancata presa in considerazione di sentenza della Corte di giustizia europea, bisogna distinguere, innanzitutto, il caso in cui il Consiglio di Stato sia incorso in errore di fatto e, quindi, abbia semplicemente commesso una svista, mancando di conformarsi ai contenuti della sentenza della Corte di giustizia europea, rispetto all'ipotesi in cui il giudice amministrativo di appello abbia scientemente optato per la "ribellione" nei riguardi dell'orientamento della Corte di Lussemburgo.

Il primo caso, difficile da verificarsi, parrebbe assimilabile all'errore di fatto revocatorio, anche perché si tratterebbe di un fatto che, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., «non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

Da tempo, d'altronde, la giurisprudenza amministrativa ritiene che la violazione di disposizioni processuali serventi ai principi del giusto processo (e, pertanto, ipotesi non distanti dalla questione che qui concerne) debba essere ricondotta alla revocazione, poiché, «nel sistema della giustizia amministrativa, la rilevanza dell'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c. può essere estesa non solo a circostanze fattuali inerenti alla materia controversa, cioè propriamente alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, ma altresì al "fatto" processuale, laddove rifletta la violazione di fondamentali regole procedurali poste a tutela dell'effettività del contraddittorio» (81). Il secondo caso, più frequente, ma di più complessa soluzione, è quello per cui il Consiglio di Stato, in modo cosciente ed espresso, abbia deciso di seguire un indirizzo diverso rispetto a quello della Corte di giustizia europea. In tale ipotesi, vi è da chiedersi se si possa proporre ricorso per cassazione innanzi alle Sezioni Unite, perché il giudice amministrativo avrebbe negato, in tal modo, l'accesso alla tutela giurisdizionale nelle forme e modalità delineate dalla Corte di giustizia europea. In detta circostanza, il Consiglio di Stato ha esondato rispetto al proprio potere giurisdizionale, pronunciandosi in contrasto con la regola di diritto elaborata dal giudice europeo (82)?

Se, come si è detto, il punto logico di partenza va individuato nell'assetto costituzionale vigente e, pertanto, nei modi in cui la Carta costituzionale coniuga organicamente e strutturalmente in forma tripartita la giurisdizione unitaria, se ne ricava che, nell'ipotesi di specie, il giudice amministrativo non era privo di potere giurisdizionale, sotto il profilo della competenza: ne ha fatto, semplicemente, un cattivo uso sostanziale. Ci si troverebbe, pertanto, anche in questo caso, di fronte a un errore, ma non un errore di fatto, bensì un errore di diritto. Il Consiglio di Stato,

nell'esercitare la propria giurisdizione, ha male interpretato la soluzione giuridica proposta dal giudice sovranazionale o, più probabilmente, l'ha volutamente ignorata, con ciò incorrendo in una palese violazione di legge. Come ha chiarito la Corte di cassazione distinguendo tra errore di fatto ed errore di diritto, è esclusa dall'errore di fatto ai fini della revocazione «ogni valutazione od omessa valutazione sulla sussistenza di un (preteso) giudicato, perché quest'ultimo — sia esso interno od esterno — costituisce la “regola del caso concreto” e partecipa della qualità dei comandi giuridici, sicché l'erronea presupposizione della sua inesistenza, equivalendo ad ignoranza della *regula juris*, rileva non quale errore di fatto, ma quale errore di diritto» (83).

Parrebbe restarsi entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa: il Consiglio di Stato ha adottato la pronuncia perché erroneamente convinto in diritto che la propria interpretazione, in relazione all'assetto normativo di riferimento, fosse in grado di dare coerente e migliore attuazione a principi e meccanismi processuali di tutela delle situazioni giuridiche soggettive per come ricostruite dalla disciplina europea e nazionale. Trattandosi di un contenuto sostanziale e non competenzaale (84), la distinzione tra *error in iudicando* e «radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in denegata giustizia», sembrerebbe, pertanto, un iato non giustificabile, una usurpazione del ruolo di titolare unico della funzione nomofilattica nei riguardi dell'ordinamento sovranazionale (quella sì in contrasto con l'assetto costituzionale vigente) da parte della Corte di cassazione.

È plausibile argomentare che, in tal caso, il Consiglio di Stato sia incorso in un cattivo uso specifico del potere, caratterizzato dalla direzione del potere alla usurpazione del potere altrui e, pertanto, di una invasione di un campo non giudiziario in modo che al giudice non è consentito (85)? Sarebbe semmai stata colpevolmente ignorata una prerogativa dell'ordinamento sovranazionale, consistente nella conformazione al principio di diritto espresso dalla pronuncia puntuale di un giudice esterno all'ordinamento nazionale (in ordine alla quale, il rimedio previsto dall'ordinamento europeo è quello della responsabilità dello Stato membro), per cui, in seno al nostro ordinamento, il giudice amministrativo non avrebbe operato in luogo di altro potere non giudiziario, dovendosi rinvenire la soluzione alla patologia all'interno della struttura giurisdizionale amministrativa: sarebbe una manipolazione del testo costituzionale desumere da ciò una lesione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, con conseguente legittimazione della Corte di cassazione quale organismo giurisdizionale di salvaguardia del diritto oggettivo nazionale. Il Consiglio di Stato avrebbe fatto un cattivo uso del potere sotto il profilo sostanziale, del modo di composizione degli interessi in base al quadro complessivo di riferimento, non sotto

quello competenziale della titolarità del potere: anche sotto questa angolazione, il vizio sembrerebbe rientrare, comunque, nella violazione di legge anziché nei «soli motivi inerenti alla giurisdizione», intesa nel senso della struttura giurisdizionale edificata dalla Costituzione repubblicana.

Il giudice amministrativo avrebbe dovuto seguire strade alternative, in caso di impossibilità di interpretazione conforme al diritto europeo: in particolare, avrebbe dovuto operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ma si tratterebbe, appunto, di error in iudicando (seppure un errore di particolare gravità ed evidenza): dedurre da ciò la ricaduta nei limiti esterni della giurisdizione e, quindi, nei «soli motivi inerenti alla giurisdizione» parrebbe una forzatura da parte della Corte di cassazione e, questa sì, una invasione o uno sconfinamento nel potere giurisdizionale altrui (anche perché la Cassazione potrebbe essa stessa incorrere in errore nel definire la causa o nell'applicare il diritto sostanziale, sia quando giudica nella propria giurisdizione, sia quando si appropria indebitamente di quella altrui). Non vi è alcun articolo della Carta costituzionale che conferisca alle Sezioni Unite della Corte di cassazione la custodia esclusiva della conformità alla Cedu e al diritto europeo, i cui principi generali si esplicano trasversalmente e devono essere perseguiti da ciascuna organica giurisdizione per la sua parte.

Si sarebbe trattato semmai di consentire, in via transitoria e sussidiaria, il ricorso per cassazione innanzi alle Sezioni Unite, sino all'intervento del legislatore volto a introdurre un nuovo mezzo di revocazione: ciò non soltanto al fine di salvaguardare l'ordinamento giuridico rispetto alla responsabilità dello Stato derivante da violazione del diritto europeo, ma soprattutto per rinvenire un rimedio processuale, seppur di carattere strumentale e transeunte, a una garanzia sostanziale contemplata dall'ordinamento sovranazionale. Ma, come segnalato anche in precedenza, la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 sembra aver escluso a priori tale possibilità. Occorrerebbe, poi, valutare, di volta in volta, se non possa essere più utile il c.d. giudicato a formazione progressiva, in sede di giudizio di ottemperanza, in particolare nei casi in cui la riparazione della violazione avverrebbe attraverso l'esecuzione di un'attività da parte dell'amministrazione competente, investendo la sola fase rescindente.

Al di là di queste ipotesi, la soluzione tecnicamente idonea andrebbe individuata nella previsione, da parte del legislatore, di un nuovo specifico mezzo di revocazione relativo alla violazione del diritto europeo, attualmente mancante nel nostro ordinamento.

Non mancherebbero, peraltro, gli eventuali problemi applicativi.

Nell'ipotesi dell'errore di diritto, infatti, si tratterebbe di introdurre uno strumento di revocazione dotato di caratteristiche diverse rispetto a quelle tradizionali dell'istituto. In particolare, il vizio della sentenza non sarebbe da ricondursi a una causa esterna alla decisione, che non avrebbe permesso una corretta formulazione della pronuncia, ma ad una cosciente difforme opzione di diritto nell'elaborazione della stessa. Vi sarebbe quindi la necessità, da parte del legislatore, di stravolgere i caratteri tipici del mezzo processuale al fine di consentire un'adeguata tutela giurisdizionale. Sotto questo profilo, si ritorna al dilemma iniziale: come rinvenire un equilibrato temperamento, in un contesto pluralistico, tra l'esigenza di adeguarsi alle forme di tutela richieste dall'ordinamento sovranazionale e quella di preservare i principi e le caratteristiche del sistema processuale nazionale (86); ma, altresì, come far sì che a un diritto e a una garanzia sostanziale corrisponda un rimedio processuale adeguato.

12. La circostanza per la quale, sino a un eventuale intervento novatore del legislatore, vi siano casi concreti privi di soluzione processuale praticabile (impossibilità di restitutio in integrum, con probabile condanna dello Stato italiano per violazione del diritto europeo) è certamente inappagante.

Sotto questo profilo, occorre ormai tenere conto che il sistema nazionale di giustizia, non operando più nel vuoto pneumatico di un ordinamento chiuso, è chiamato a un costante adeguamento degli strumenti processuali alle necessità prodotte dal c.d. dialogo tra le Corti, introducendo meccanismi idonei a comporre i contrasti tra giudici dei diversi ordinamenti giuridici. In tal senso, il processo amministrativo, come è già avvenuto in passato in virtù dell'anomalia congenita di un dualismo a trazione monista (87), dovrà elevare il proprio livello di tutela, sia sotto il profilo delle garanzie sostanziali sia sotto quello degli strumenti processuali.

Nel far ciò, occorre necessariamente tener conto che, nei rapporti pluriordinamentali, il giudice dell'ordinamento nazionale non agisce in mera veste applicativa dell'ordinamento sovranazionale, ma può operare a difesa di ineludibili esigenze costituzionali (88). Ma non si può non considerare, altresì, che il sistema delle fonti è oramai poroso e fortemente influenzato dall'esterno, per cui, quantomeno in astratto, la garanzia dei diritti sul piano sostanziale, anche di derivazione esterna, è plausibile che possa condizionare l'assetto processuale tradizionale del sistema interno di giustizia: perché, tutto sommato, sono le garanzie di tutela costituzionale del singolo e dei gruppi che sono contemplate nella prima parte della Costituzione

repubblicana. E vi è da chiedersi, in tale contesto, dovendosi già fronteggiare le asimmetrie nei rapporti tra Corti nazionali e sovranazionali, quanto possa ancora reggere il contrasto interno tra giurisdizioni. Sennonché, a Costituzione invariata (89), è auspicabile che la vicenda analizzata possa indurre i diversi attori a: 1) valutare se e in quali termini integrare i modi della revocazione da parte del legislatore; 2) rispettare gli orientamenti dei giudici europei da parte del giudice amministrativo; 3) restringere ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione» il sindacato della Corte di cassazione sul giudicato amministrativo, come indicato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018; 4) dare attuazione a forme di coordinamento e di collaborazione istituzionale tra magistrature, nell'ottica dell'unità della giurisdizione sotto il profilo funzionale.

Fonte: Rivista di Diritto Internazionale, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1086

Autori: Simone Vezzani

CONSIDERAZIONI SULLA GIURISDIZIONE EXTRATERRITORIALE AI SENSI DEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI

Sommario: 1. Premessa. — 2. Clausole generali relative all'ambito di applicazione dei trattati sui diritti umani. — 3. Modelli di applicazione extraterritoriale. — 4. Controllo effettivo su un determinato spazio: controllo di tipo territoriale. — 5. Segue: controllo su un ambito spaziale delimitato. — 6. Esercizio di poteri coercitivi sulla persona fisica. — 7. Effetti extraterritoriali di condotte poste in essere sul territorio dello Stato o sotto la sua giurisdizione. — 8 Segue: situazioni in cui gli effetti extraterritoriali originano da atti o omissioni dello Stato, a prescindere da dove si trovino le vittime delle violazioni. — 9. Segue: il caso del diritto di proprietà. — 10. Segue: il caso delle violazioni connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale. — 11. Segue: situazioni in cui vi è una materializzazione fuori dai confini delle conseguenze fisiche scaturenti dalla condotta. — 12. Nesso di causalità e qualità di vittima come presupposti della giurisdizione. — 13. Portata degli obblighi extraterritoriali a carico dello Stato. — 14. Teoria dello «spazio giuridico convenzionale». — 15. Il parere della Corte interamericana dei diritti dell'uomo n. 23/17. — 16. Segue: portata extraterritoriale degli obblighi di natura procedurale in materia ambientale. — 17. Osservazioni conclusive.

1. A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, la riflessione in merito all'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione loci* delle convenzioni internazionali sui

diritti umani si è andata approfondendo, in concomitanza con gli sviluppi che hanno contrassegnato la prassi della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, degli omologhi organi interamericani e africani, così come degli altri organi internazionali di controllo previsti dalle suddette convenzioni (2). Il problema della portata extraterritoriale dei trattati sui diritti umani si è posto tradizionalmente in relazione a violazioni commesse dagli organi de iure o de facto di uno Stato che agivano fuori dai confini nazionali, vuoi nell'esercizio di attività militari o di polizia, vuoi nello svolgimento di funzioni pubblicistiche di natura non coercitiva, in special modo consolari. Tuttavia, sempre più diffuso è il convincimento che violazioni degli obblighi in tema di diritti umani possano realizzarsi anche senza che la vittima entri in contatto col territorio o con gli organi dello Stato responsabile, in conseguenza di effetti extraterritoriali dei comportamenti statali (3). In tal senso si sono espressi, oltre alla Corte internazionale di giustizia (4), il Comitato dei diritti umani e il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (5).

In questo contesto, il presente contributo intende operare una sistematizzazione e analisi critica della prassi internazionale e della giurisprudenza pertinente, in merito alla portata « diagonale » (6) delle convenzioni sui diritti umani. Esso muove dall'esame delle ipotesi (classiche) di controllo esercitato dallo Stato su spazi o su persone fisiche fuori dal proprio territorio (paragrafi 4-6), per passare poi ad analizzare le situazioni — oggetto di minore attenzione da parte della dottrina — in cui le violazioni dei diritti umani derivano da effetti extraterritoriali di condotte tenute dallo Stato sul proprio territorio o sotto la sua giurisdizione (paragrafi 7-12).

Quest'ultima accezione di extraterritorialità è destinata ad assumere un rilievo crescente nei prossimi anni, grazie anche allo sviluppo tecnologico e ai processi di globalizzazione economica. Da un lato, frequente è l'adozione di misure che, senza produrre direttamente effetti materiali su persone o cose ubicate all'estero, vanno a incidere variamente nella sfera giuridica di persone domiciliate o residenti fuori dei confini nazionali, con ripercussioni sul godimento di diritti umani internazionalmente riconosciuti (7). D'altro lato, violazioni extraterritoriali dei diritti umani possono essere conseguenza di comportamenti posti in essere in uno Stato, che attraverso una concatenazione di eventi producono effetti fisici oltrefrontiera: si fa riferimento, innanzitutto, all'immissione di sostanze dannose in atmosfera o nelle acque, oppure a disastri idrogeologici di origine antropica. In assenza di un collegamento di tipo spaziale e di un contatto fisico fra individuo e organi dello Stato, si pongono tuttavia problemi assai complessi, relativamente alla dimostrazione del nesso eziologico fra l'atto imputabile allo Stato e la violazione dei diritti umani, nesso che — come si evidenzierà — costituisce in questi casi un presupposto della giurisdizione.

Dopo aver individuato i modelli di applicazione extraterritoriale delle convenzioni sui diritti umani, il presente contributo si soffermerà su taluni aspetti maggiormente problematici e prospettive future. Sotto il primo profilo, si intende ragionare sulla portata degli obblighi dello Stato nelle differenti situazioni e analizzare criticamente la dottrina dello « spazio giuridico convenzionale » (paragrafi 13 e 14). Sotto il secondo profilo, ci si soffermerà soprattutto sulla portata extraterritoriale degli obblighi in materia ambientale (paragrafi 15 e 16). Al riguardo, particolare interesse suscita il parere n. 23/17 reso il 15 novembre 2017 dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte interamericana) sulla portata extraterritoriale degli obblighi in materia ambientale desumibili dalla Convenzione americana sui diritti dell'uomo (d'ora in poi Convenzione americana) (8).

2. Come è noto, numerose convenzioni sui diritti umani contengono clausole di contenuto analogo all'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito Convenzione europea), in forza del quale le Parti contraenti si sono impegnate a riconoscere i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione a « everyone within their jurisdiction » (9). Alcuni di questi strumenti, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (10) o la Carta araba dei diritti dell'uomo (11) contemplan anche un esplicito riferimento al territorio degli Stati parti. Sia pur forzando il dato testuale, la congiunzione « e » è stata interpretata come congiunzione disgiuntiva inclusiva, in modo da estendere l'ambito di applicazione del Patto e degli altri strumenti sia alle persone che si trovano sul territorio di uno Stato contraente, sia a quelle che siano sottoposte alla giurisdizione di questo Stato pur trovandosi fuori dai suoi confini nazionali (12).

A prescindere dalle diverse formulazioni contenute nelle rispettive clausole, si è consolidato l'orientamento in base al quale tutti i trattati sui diritti umani possono trovare applicazione, sia pur eccezionalmente, su base extraterritoriale (13). O, per dirla altrimenti, le persone sottoposte alla giurisdizione degli Stati contraenti, i cui diritti sono tutelati sul piano convenzionale, includono a certe condizioni persone fisiche e giuridiche che subiscano una lesione della propria sfera giuridica al di fuori del territorio (inclusivo dello spazio aereo e marino) sottoposto alla sovranità dello Stato. Che le clausole di cui sopra non ostassero a un'applicazione extraterritoriale è dimostrato dalla presenza, in alcune convenzioni, di disposizioni destinate ad applicarsi esclusivamente in situazioni in cui il cittadino si trovi fuori dal territorio nazionale, come le disposizioni che sanciscono il diritto di ciascun individuo di entrare nel territorio dello Stato di cui sia cittadino (14).

Altre convenzioni e dichiarazioni sui diritti umani sono prive di una clausola generale sull'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione loci*: fra queste, si segnalano la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne e la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (15). È certamente da respingere la tesi secondo cui questi strumenti si applicherebbero soltanto su base territoriale (16). Come ha chiarito la Commissione del diritto internazionale, in mancanza di indicazioni testuali di segno contrario, un trattato si applica sull'intero territorio degli Stati parti, senza che ciò escluda la possibilità di un'applicazione extraterritoriale (17). In assenza di una disposizione limitativa, sarebbe dunque contrario all'oggetto e scopo delle convenzioni in questione escludere dal godimento dei diritti umani quelle persone che ne beneficerebbero in applicazione del criterio della « jurisdiction ». Si deve allora ritenere che le suddette convenzioni vincolino gli Stati a garantire i diritti da esse sanciti nei confronti di ciascun individuo? In effetti gli organi delle Nazioni Unite hanno talvolta affermato la portata extraterritoriale di questi strumenti senza alcuna « jurisdictional limitation » (18), o comunque senza fare riferimento alla nozione di « jurisdiction » (19). Nel caso del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, un'applicazione extraterritoriale più ampia di quella prevista da altre convenzioni sui diritti umani trova un sostegno nel fatto che alcune sue disposizioni impegnano gli Stati ad adottare le misure volte alla piena realizzazione dei diritti da esso tutelati attraverso la cooperazione internazionale, ossia a vantaggio di persone che risiedono in Stati stranieri e non presentano uno specifico nesso giurisdizionale con lo Stato obbligato (20).

Più convincente appare una posizione intermedia, che pure trova un certo sostegno nella giurisprudenza internazionale e nella prassi degli organi delle Nazioni Unite. In assenza di clausole che facciano riferimento a una portata esclusivamente territoriale, o viceversa ammettano un'applicazione su base extraterritoriale, le convenzioni sui diritti umani devono essere interpretate come se una clausola sulla giurisdizione fosse implicitamente desumibile dal loro oggetto e scopo, nel senso che esse attribuiscono diritti alle persone sottoposte alla giurisdizione degli Stati contraenti (21).

La presente indagine si concentrerà prevalentemente sulla nozione di giurisdizione nella Convenzione europea, nel sistema interamericano e nel Patto sui diritti civili e politici. Si tratta di strumenti in relazione ai quali l'esame della portata extraterritoriale degli obblighi coincide senza dubbio con un'indagine circa l'ambito della giurisdizione statale. Si è realizzata, inoltre, una significativa convergenza nella

prassi degli organi di controllo, testimoniata anche dai numerosi e costanti richiami incrociati (22).

3. Secondo una parte, sia pur minoritaria, della dottrina, l'esigenza di non discriminare le persone lese in ragione del luogo ove si verifichi una violazione dei diritti umani, dovrebbe indurre a estendere la nozione di « giurisdizione » sul solo presupposto dell'imputabilità allo Stato del fatto illecito, consistente nella violazione degli obblighi convenzionali (23). Al medesimo risultato pervengono quegli autori che, sempre muovendo dalla natura universale dei diritti umani, arguiscono che le convenzioni sui diritti umani dovrebbero applicarsi anche alle persone non sottoposte alla giurisdizione degli Stati contraenti (24). Tuttavia, un siffatto ampliamento della sfera spaziale e personale di applicazione delle convenzioni di cui sopra — che finisce per interpretare le disposizioni sulla giurisdizione *tamquam non essent* — ha suscitato forti resistenze. Le stesse corti internazionali si sono mostrate molto prudenti, percependo il rischio che dichiarare ammissibili i ricorsi relativi a violazioni extraterritoriali sulla base della sola attribuzione dell'illecito (o della responsabilità internazionale) allo Stato convenuto, possa, non soltanto aggravare il loro carico di lavoro, ma soprattutto portarle a decidere controversie che toccano delicati interessi degli Stati connessi all'esercizio del potere estero. Emblematica in tal senso è la nota decisione *Banković*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte europea) esclude nettamente che la nozione di giurisdizione, ex art. 1 della Convenzione europea, potesse essere estesa in modo da ricomprendere « anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world » (25). L'esame della prassi induce a ritenere che, per quanto siano spesso inestricabilmente legati, il profilo della giurisdizione e quello dell'attribuzione dell'illecito debbano essere tenuti distinti (26). Infatti persone non sottoposte alla giurisdizione di uno Stato non potranno vantare alcun diritto nei suoi confronti, sì che, anche in presenza di condotte attribuibili allo Stato, non si avrà alcun illecito internazionale per difetto dell'elemento oggettivo (27).

La nozione di giurisdizione è stata interpretata in chiave extraterritoriale dagli organi giurisdizionali (interni e internazionali) e dagli organi internazionali di controllo dei trattati sui diritti umani, valorizzando di volta in volta differenti « jurisdictional links » fra lo Stato e le persone che lamentavano una lesione dei diritti umani. Da questa prassi, ormai piuttosto ampia, si evince l'esistenza di una nozione di giurisdizione autonoma rispetto a quella prevista dal diritto internazionale generale per ripartire l'esercizio del potere fra gli Stati (28). Non si può, infatti, dubitare che uno Stato possa porre in essere violazioni di obblighi internazionali sui diritti umani a danno delle persone sottoposte alla sua « giurisdizione », anche attraverso un esercizio

esorbitante della giurisdizione legislativa, giudiziaria o esecutiva. In dottrina si segnalano vari tentativi di individuare una nozione unitaria di giurisdizione, alternativa rispetto a quella sopra ricordata che fa leva sull'attribuzione dell'illecito (29). In particolare, secondo la ricostruzione di De Sena, sussisterebbe la giurisdizione di uno Stato ogniqualvolta quest'ultimo eserciti poteri idonei a pregiudicare il godimento dei diritti umani convenzionalmente protetti (30). A prescindere dall'esistenza di una cornice concettuale unitaria, un esame della prassi rivela vari modelli di giurisdizione extraterritoriale (31), in ciascuno dei quali l'esercizio dei poteri dello Stato va a incidere in modo diverso sul godimento dei diritti umani. Vari autori distinguono fra base « spaziale » e « personale » della giurisdizione (32). Pare opportuno aggiungere un terzo modello, qui definito « degli effetti extraterritoriali » (33). Si tratta di un modello talvolta non preso in considerazione dalla dottrina, o, più spesso, esaminato nell'ambito del modello personale (34), senza che siano colte appieno le specificità delle fattispecie ad esso riconducibili. Preme sottolineare che i tre modelli si rinvencono nella giurisprudenza degli stessi organi internazionali. Per meglio dire, gli organi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali hanno ritenuto ammissibili i ricorsi e le comunicazioni loro sottoposti — relativamente a violazioni sofferte fuori dal territorio dello Stato preteso autore dell'illecito internazionale — in virtù dell'esistenza degli elementi di collegamento contemplati da almeno un modello. Oltre a consentire una sistematizzazione della prassi, l'inquadramento proposto ha il merito di individuare una tripartizione sufficientemente flessibile da potersi adattare a possibili sviluppi futuri.

Secondo il modello « spaziale », sono sottoposte alla giurisdizione di uno Stato le persone fisiche o giuridiche che, fuori dai confini nazionali, si trovano materialmente (o hanno sede) in un territorio in cui tale Stato eserciti (elementi del)l'autorità di governo. A questo stesso modello sono riconducibili situazioni eterogenee in cui lo Stato eserciti — sul territorio di uno Stato estero o in aree non soggette alla sovranità di alcuno Stato — un controllo effettivo su spazi circoscritti, quali navi, ambasciate, basi militari, etc.

Secondo il modello « personale », l'ambito di applicazione *ratione personarum* si estende alle persone fisiche che, al momento rilevante, siano sottoposte al potere coercitivo degli organi dello Stato nell'esercizio delle proprie funzioni, a prescindere dall'esistenza di un controllo sul luogo ove si è verificata la violazione. Nell'ambito del terzo modello, infine, le convenzioni sui diritti umani risultano applicabili in presenza di violazioni a danno di persone che, al momento del verificarsi del fatto illecito, non si trovavano (né avevano sede) nel territorio dello Stato di cui è invocata la responsabilità, e senza che detto Stato esercitasse alcun controllo, né sul territorio

estero, né sulle persone medesime. Al terzo modello sono riconducibili due tipologie di situazioni differenti: da un lato, misure — quali la mancata concessione di un passaporto, oppure l'adozione di un provvedimento giurisdizionale — che possono dar luogo alla violazione di un diritto convenzionalmente protetto, a prescindere dal luogo in cui si trovi la persona lesa; d'altro lato, casi in cui lo Stato è chiamato a rispondere degli effetti fisici prodotti oltrefrontiera da condotte poste in essere sul proprio territorio o sotto la sua giurisdizione.

4. La portata *ratione loci* delle convenzioni sui diritti umani si estende a tutti quei territori, situati fuori dai confini di uno Stato contraente, che siano sottoposti al suo controllo esclusivo o prevalente. Il *jurisdictional link* che giustifica l'applicazione extraterritoriale è costituito dal controllo in fatto, mentre è irrilevante che lo Stato abbia esercitato poteri di governo col consenso del sovrano territoriale, o comunque in maniera lecita dal punto di vista del diritto internazionale (35). La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia è chiara nello statuire che le convenzioni sui diritti umani vincolano le potenze occupanti in relazione alle loro condotte nei territori occupati (36); nel medesimo senso si sono espressi la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (37) e il Comitato sui diritti umani (38).

L'aspetto più problematico concerne il livello di controllo necessario per far ricadere un territorio (*rectius*: le persone che in esso risiedano o si trovino a qualunque titolo in un dato momento) sotto la giurisdizione dello Stato controllante nei casi diversi da quello dell'occupazione militare. Nella giurisprudenza di Strasburgo il *leading case* è rappresentato dall'affare *Loizidou*, relativo alle violazioni occorse sul territorio della sedicente Repubblica turca di Cipro del Nord (39). Sempre nel contesto di « conflitti congelati », la Corte europea ha esteso la giurisprudenza « cipriota » ai territori, dallo status giuridico incerto, di Transnistria (40) e Nagorno Karaback (41), ritenendo ricevibili ricorsi presentati avverso Federazione russa e Armenia, ovvero gli Stati che su tali territori erano presenti con le proprie truppe ed esercitavano una decisiva influenza politica ed economica sulle amministrazioni locali.

Nell'affare *Loizidou*, la Corte europea ha fatto riferimento all'esistenza di un « *effective overall control* » sul territorio da parte della Turchia (42), mentre nell'affare *Ilaşcu* ha ritenuto sufficiente, per fondare la giurisdizione russa, la « *effective authority, or at the very least [...] the decisive influence* » della Federazione russa sul regime separatista (43). La stessa flessibilità nell'accertamento del controllo sul territorio si registra nella prassi degli organi di controllo delle Nazioni Unite (44). Questi casi mettono bene in evidenza come l'indagine circa il livello di controllo richiesto sull'apparato di governo che amministra un determinato territorio — a prescindere dalle vicende connesse alle singole violazioni dei diritti umani — sia

concettualmente distinta da quella relativa alla responsabilità internazionale per fatto dell'organo. Al fine di stabilire la sussistenza della giurisdizione dello Stato controllante, non sarebbe dunque corretto far riferimento al criterio, più rigoroso, dell'« effective control » ex art. 8 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (45).

5. Per altro verso, sono considerate sottoposte alla giurisdizione extraterritoriale di uno Stato anche quelle persone che, fuori dal territorio dello Stato, si trovano in ambiti spaziali circoscritti sottoposti al controllo dello Stato in questione, come ambasciate, navi o aerei (in spazi internazionali o in aree sottoposte alla giurisdizione di Stati terzi) (46). Con riferimento alle violazioni dei diritti umani verificatesi in Iraq ad opera delle potenze occupanti, nelle sentenze *Al-Saadoon and Mufdhi* (47), *Al-Jedda* (48), *Al-Skeini* (49) e *Hassan* (50), sempre la Corte europea ha concluso che, pur in mancanza di un controllo effettivo sul territorio iracheno, il Regno Unito esercitava la propria giurisdizione sulle persone detenute in strutture (basi militari o centri di detenzione) gestite dalle proprie forze militari (51). Analogamente, la Commissione interamericana sui diritti umani (Commissione interamericana) ha dichiarato gli Stati Uniti responsabili di violazioni della Dichiarazione americana scaturenti da condotte poste in essere in un centro detentivo ubicato nella base aerea di Kandahar che era sotto il controllo totale ed esclusivo dell'esercito statunitense (52). Nella prassi del Comitato contro la tortura, si può vedere altresì la decisione *Marine I*, ove sono ritenuti sottoposti alla giurisdizione della Spagna i migranti fatti sbarcare in Mauritania e colà trattenuti in una struttura gestita dalle autorità spagnole (53).

Un altro ambito territoriale delimitato, sul quale lo Stato esercita un controllo effettivo fuori dai propri confini, è costituito dalle sedi delle missioni diplomatiche. Nel caso *M. c. Danimarca* la Commissione europea dei diritti umani (da qui innanzi Commissione europea) giudicò sottoposto alla giurisdizione della Danimarca un cittadino tedesco che si era rifugiato presso l'ambasciata danese a Berlino ed era stato prelevato da agenti di polizia della DDR entrati nella sede diplomatica su richiesta del capo missione (54). Sebbene non sia fondata la tesi dell'extraterritorialità delle sedi diplomatiche, si tratta nondimeno di locali in cui lo Stato di invio svolge, stabilmente e in maniera tendenzialmente esclusiva, funzioni di carattere pubblicistico anche di natura coercitiva, grazie all'inviolabilità di cui siffatti locali godono (55). Diverso è il caso dei consolati, i quali — come regola generale — non godono di inviolabilità, se non limitatamente agli archivi (56). Possono darsi comunque casi in cui una più ampia esenzione dai poteri dello Stato territoriale, così come la presenza di forze militari o di polizia dello Stato di nazionalità, sia pattuita tramite accordo, o comunque tollerata

dallo Stato territoriale. In tal caso, una persona in custodia all'interno del consolato (o altra struttura gestita da personale governativo) potrebbe ritenersi sottoposta alla giurisdizione dello Stato accreditante in virtù del controllo effettivo esercitato sui locali. Preme sottolineare che non sono, viceversa, riconducibili al modello spaziale di giurisdizione quelle situazioni in cui il rapporto instaurato con l'individuo — tipicamente il cittadino fruitore dei servizi erogati dalle rappresentanze consolari o diplomatiche — prescinda dalla presenza di questo nei locali governativi. Come sarà chiarito più avanti, ipotesi come il diniego immotivato alle richieste di rilascio o rinnovo di passaporti (57) o visti (58) devono essere ricondotte al modello degli effetti extraterritoriali. Una giurisdizione di tipo spaziale, in quanto esercitata sulla condotta di una comunità spazialmente collocata, è anche quella dello Stato di bandiera su navi o aeromobili. Significativa in tal senso è la sentenza Hirsi, nella quale sono stati ritenuti sottoposti alla giurisdizione dell'Italia i migranti fatti salire a bordo di una nave militare italiana in alto mare (59). Con riferimento agli aeromobili governativi, il principio della giurisdizione degli Stati di bandiera su passeggeri e membri dell'equipaggio è stato affermato nei casi *Freda* (60), *Sánchez Ramirez* (61) e *Öcalan* (62). Oltre che nel caso di vettori militari o governativi, un controllo di fatto sulla comunità viaggiante si può avere quando siano presenti, a bordo di navi o aeronavi private, organi militari o di polizia dello Stato di bandiera, in grado di esercitare efficacemente il potere coercitivo. Possono darsi anche casi in cui il controllo effettivo su navi private in alto mare sia esercitato, sempre de facto, da uno Stato diverso da quello di bandiera, alla cui giurisdizione saranno di conseguenza sottoposti i passeggeri. Così ha statuito la Corte europea nel caso *Medvedyev*, riguardante privazioni della libertà personale su una nave battente bandiera cambogiana, che era stata abbordata da agenti delle forze armate francesi nel quadro di un'operazione di contrasto al traffico internazionale di droga (63).

Più incerto è se, anche in assenza di un controllo effettivo concretamente esercitato dagli organi statali, il mero titolo dello Stato di bandiera a esercitare poteri in modo esclusivo (o prevalente) sulle persone che si trovino a bordo di navi o aerei privati, sia sufficiente a far scattare l'applicazione delle convenzioni sui diritti umani (64). Va detto, al riguardo, che lo Stato di bandiera è legittimato dal diritto internazionale a regolare le attività a bordo della nave (giurisdizione legislativa), nonché a esercitare la giurisdizione giudiziaria e quella coercitiva (se non a bordo, nel momento rilevante, quando la nave venga abbordata da una nave da guerra battente la bandiera dello stesso Stato, o quando faccia rientro in porto). Considerata la funzione sistemica svolta dallo Stato di bandiera nel garantire il rispetto del diritto internazionale sulle navi, onde evitare un vuoto di tutela, sembra ragionevole ritenere che uno Stato debba assicurare l'osservanza dei diritti umani a bordo di tutte le navi battenti la

propria bandiera, in particolare adottando misure punitive contro gli abusi ivi perpetrati e garantendo alle vittime adeguati rimedi giurisdizionali (65). In tal senso si può interpretare l'affermazione della Commissione europea, secondo cui « registered ships and aircrafts, are partly within [the flag State's] jurisdiction wherever they may be » (66). Va considerato anche che lo Stato di bandiera è titolare di giurisdizione legislativa per tutto ciò che riguarda il funzionamento della nave come veicolo (requisiti tecnici di costruzione, funzionamento e sicurezza) (67): ciò dovrebbe essere ritenuto sufficiente a determinare l'applicazione extraterritoriale degli obblighi positivi relativamente alla tutela del diritto alla vita e alla salute delle persone a bordo (68). 6. Il secondo modello, al quale è riconducibile un ampio filone giurisprudenziale, riguarda l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in virtù del controllo esercitato dagli organi dello Stato sulla vittima della violazione (69). Come statuito dalla Corte europea, « a State may also be held accountable for a violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating — whether lawfully or unlawfully — in the latter State » (70). I casi tipici in cui viene in rilievo questo criterio di giurisdizione sono l'arresto di cittadini o stranieri sul territorio di un altro Stato e le extraordinary renditions. Si tratta di situazioni in cui lo Stato esercita, per periodi di tempo generalmente limitati, poteri coercitivi nei confronti di un individuo all'estero; così come nel modello spaziale, nessun rilievo assume il fatto che le condotte extraterritoriali siano poste in essere col consenso o con l'acquiescenza dello Stato territoriale (71).

La cattura di persone da parte di agenti operanti in territorio estero o in alto mare mostra, invero, come vi possano essere sovrapposizioni con il modello spaziale, nel senso che il controllo esercitato su strutture come basi militari, aerei o centri di detenzione può essere contestuale a quello su singoli individui. Così, ad esempio, nell'affare Medvedyev la Corte europea sembra oscillare fra i due modelli, sottolineando il controllo effettivo esercitato sia sulla nave, sia sull'equipaggio (72). In casi del genere, ai fini della sussistenza della giurisdizione, è sufficiente dimostrare che ricorrano i presupposti previsti da almeno uno dei due modelli. Al riguardo, assai criticabile è la sentenza Al-Skeini, ove si sostiene invece che le condizioni previste dal modello personale e dal modello spaziale debbano essere soddisfatte cumulativamente (73). Trattasi di un'asserzione non adeguatamente argomentata e priva di fondamento, che non a caso è rimasta del tutto isolata.

Come si evince dai casi López Burgos e Celiberti de Casariego, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, il Comitato dei diritti umani ha applicato il criterio personale di

giurisdizione, come sopra definito (74); criterio riaffermato più di recente nel Commento generale n. 31 (75). Nel contesto europeo si rinvencono varie pronunce in cui, in assenza di un controllo sul territorio, l'esercizio di coercizione fisica sull'individuo (anche attraverso il ferimento o l'uccisione con un proiettile) è stato ritenuto sufficiente a determinare la sussistenza della giurisdizione dello Stato convenuto, come nelle sentenze *Freda* (76) e *Jaloud* (77). Anche la Commissione interamericana ha ritenuto ammissibili comunicazioni relative ad arresti extraterritoriali (78), nonché alle condotte delle forze militari statunitensi nel corso di temporanee incursioni a Grenada (79) e Panama (80). Resta controverso quale sia l'intensità di controllo sull'individuo, necessaria affinché possa parlarsi di esercizio della giurisdizione. Dal punto di vista terminologico, per quanto l'espressione maggiormente utilizzata sia « *authority and control* » (81), le corti e gli organi internazionali di controllo combinano variamente i termini autorità, potere e controllo, in modo da comporre le locuzioni utilizzate per indicare un concreto esercizio di poteri coercitivi (82). Nel già citato caso *Banković* la Corte europea era chiamata a pronunciarsi sul punto se fossero sottoposte alla giurisdizione degli Stati convenuti, ex art. 1 della Convenzione europea, le vittime del bombardamento della radio televisione serba a Belgrado, avvenuto nell'ambito delle operazioni militari della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia nel 1999. La Corte dichiarò il ricorso irricevibile per incompetenza *ratione loci*. Da un lato, mise in evidenza come le violazioni si fossero verificate al di fuori dello « spazio giuridico europeo » (83): sulla questione sarà opportuno tornare più avanti. Dall'altro lato, la Corte affermò che un individuo non potesse ritenersi sottoposto alla giurisdizione di uno Stato soltanto in ragione del controllo esercitato da questo sullo spazio aereo di un altro Stato (84). La tesi secondo cui — diversamente dall'arresto — l'uccisione di una persona all'estero da parte di organi di uno Stato potrebbe, in certi casi, non costituire un esercizio di poteri coercitivi tale da attrarre la vittima entro la giurisdizione del medesimo Stato, è poco convincente. Si deve anche osservare che, in un caso analogo all'affare *Banković*, la Commissione interamericana ha statuito invece che i piloti di un aereo bombardato da un MIG-29 cubano nello spazio aereo internazionale ricadessero sotto la giurisdizione di Cuba, essendo sottoposti alla sua autorità e controllo (85).

Anche a seguito delle numerose, e condivisibili, critiche mosse alla giurisprudenza *Banković*, la Corte europea ha in qualche modo mitigato la propria posizione. Come si è accennato, ha ritenuto sottoposte all'autorità e al controllo di uno Stato persone colpite da un proiettile sparato a distanza da organi statali che erano presenti sul territorio estero, senza esercitare tuttavia su questo un controllo effettivo. Ma soprattutto, nel caso *Pad* la Corte ha ritenuto ricevibile il ricorso presentato dai familiari di vittime uccise da proiettili sparati da un elicottero turco, mentre dall'Iran

tentavano di entrare in Turchia. Per quanto fosse dubbio se l'uccisione fosse avvenuta da un lato o dall'altro della frontiera turca, la Corte dichiarò che la Convenzione si sarebbe applicata comunque (86). In assenza di ulteriori prese di posizione, a seguito di questa pronuncia non è chiaro se — come sarebbe certamente auspicabile — la Corte riterrebbe sottoposta alla giurisdizione di uno Stato qualunque persona uccisa da suoi organi fuori dai confini nazionali, anche se attraverso l'utilizzo di aeromobili (con pilota a bordo o a pilotaggio remoto) (87). Vi è da considerare infatti che la situazione presa in esame nel caso Pad si caratterizzava per la presenza di un collegamento « aria-terra », in quanto al momento dei fatti vi erano sul territorio iraniano dei soldati turchi, che avevano anche provveduto alla cattura di taluni cittadini iraniani.

7. Come si è detto, in presenza di « effetti extraterritoriali » delle condotte statali le convenzioni sui diritti umani trovano applicazione anche in casi in cui le violazioni si verificano senza che le vittime vengano in contatto col territorio dello Stato contraente o con i suoi organi. Tale ipotesi sembra essere stata già prefigurata, sia pur in astratto, dalla Corte europea nella sentenza Loizidou (88).

Le situazioni che andremo a esaminare si distinguono da quelle in cui lo Stato è tenuto a prendere in considerazione, ex ante o ex post, possibili violazioni dei diritti umani ad opera di un altro Stato. Come è noto, nelle ipotesi di protezione « par ricochet », è configurabile un divieto di espulsione o estradizione di individui verso Stati ove questi corrano il rischio reale di subire un trattamento non conforme a quanto previsto dalle convenzioni sui diritti umani (89): gli individui in questione si trovano, tuttavia, sul territorio dello Stato nei cui confronti invocano protezione (90), o comunque sono sottoposti alla sua giurisdizione extraterritoriale su base personale (ad es. in caso di respingimenti in mare). Natura territoriale ha pure la giurisdizione esercitata dallo Stato chiamato a riconoscere o eseguire sentenze in materia civile, o a eseguire una pena privativa della libertà personale pronunciata da un giudice straniero, a svantaggio di persone presenti sul proprio territorio (91). Non sono mancate le occasioni in cui le corti internazionali specializzate in materia di diritti umani, o organi internazionali quasi-giurisdizionali, siano stati investiti di ricorsi o comunicazioni, in cui la giurisdizione dello Stato sussisteva in virtù degli effetti extraterritoriali di misure statali. L'applicazione delle convenzioni sui diritti umani in queste situazioni non è stata accompagnata tuttavia da un esame approfondito circa l'esatta natura del legame giurisdizionale. Ciò si spiega anche in considerazione del fatto che, con poche eccezioni, l'inammissibilità dei ricorsi non è stata eccepita dallo Stato interessato. Sarebbe tuttavia errato ritenere che queste pronunce non forniscano indicazioni utili ai presenti fini. Il fatto che uno Stato non sollevi l'inammissibilità di un ricorso o di una

comunicazione rivela, anzi, il convincimento che gli istanti ricadano sotto la propria giurisdizione (92).

Nei paragrafi seguenti (8-10) sarà fornita una panoramica delle situazioni in cui i comportamenti tenuti dallo Stato sono suscettibili di incidere sulla sfera giuridica di una persona fisica o giuridica, a prescindere da quale sia il luogo fisico ove questa si trovi o abbia sede. Come esempi maggiormente significativi vengono in rilievo la lesione di diritti patrimoniali e le violazioni di obblighi di natura procedurale nell'ambito di procedimenti amministrativi o giurisdizionali. A seguire, saranno prese in considerazione situazioni in cui si è in presenza, invece, di una materializzazione fuori dai confini nazionali degli effetti riconducibili a condotte commissive o omissive dello Stato.

8. Già nel 1949, durante i lavori preparatori del Patto sui diritti civili e politici, fra gli argomenti a favore dell'introduzione di un riferimento alla nozione di jurisdiction venne evidenziata la necessità di utilizzare una formula elastica, che consentisse un'applicazione extraterritoriale del futuro strumento anche in casi diversi da quelli originati da una condotta degli organi dello Stato su territorio estero (93). Alcuni delegati fecero presente l'esigenza di assicurare una protezione ai cittadini residenti all'estero, che volessero aderire ad associazioni, agire di fronte ai tribunali del proprio Stato di cittadinanza, oppure esercitare il diritto di rientrarvi (94). Trattasi, evidentemente, di situazioni in cui non vi è esercizio di un controllo sull'individuo, secondo l'accezione di controllo fisico qui accolta (95), ma uno Stato può incidere sul godimento di un diritto umano di una persona (nazionale o straniera) per ragioni di fatto o di diritto che prescindono affatto dal luogo fisico ove essa si trovi. Tipica circostanza di diritto idonea ad attrarre la fattispecie nella sfera di giurisdizione di uno Stato è la competenza a rinnovare il passaporto dei cittadini residenti all'estero o a regolare il rapporto di lavoro con i pubblici dipendenti (96). Quanto alle circostanze di fatto, un esempio è fornito dalla presenza sul territorio dello Stato di un familiare: si pensi a residenti all'estero che lamentino di aver subito a titolo proprio una lesione del diritto al rispetto della vita familiare o un trattamento inumano e degradante, in conseguenza delle misure prese nei confronti di un loro congiunto (97). In tal senso si segnalano due ricorsi, effettuati rispettivamente dal genitore di un minore sottratto e trattenuto all'estero dall'altro genitore (98), nonché dal genitore di una bambina arrestata e poi rimpatriata dallo Stato convenuto, in quanto migrante irregolare (99). Riconoscendo loro la qualità di vittime dirette, in entrambi i casi la Corte europea ha ritenuto che lo Stato convenuto avesse violato il diritto dei genitori ex art. 8 della Convenzione europea (100). La stessa conclusione dovrebbe estendersi agli stranieri residenti all'estero che intendano esercitare il diritto al ricongiungimento familiare

(101), o che abbiano stabilito dei legami familiari in uno Stato e questo successivamente vieti loro l'ingresso sul proprio territorio, in assenza di un'adeguata motivazione (102).

La giurisprudenza richiamata si pone in linea con la tesi di Lattanzi, secondo cui dei diritti sanciti dalle convenzioni sui diritti umani possono beneficiare tutti gli individui che subiscano le conseguenze degli atti adottati dagli Stati membri nell'espletamento di tipiche funzioni di governo di carattere « interno », ovvero nell'« esercizio di una prerogativa sovrana che un Governo esplica nei confronti della comunità umana governata legiferando, amministrando, accertando e attuando coercitivamente o meno il diritto » (103).

9. Come si evince dagli stessi lavori preparatori, è pacifico che l'ambito di applicazione dell'art. 1 del Protocollo I alla Convenzione europea si estenda ai beni appartenenti alle persone straniere, senza che alcuna importanza possa attribuirsi al domicilio o alla residenza dei proprietari, né al fatto che essi si trovino o meno sul territorio dello Stato membro al momento in cui questo adotti provvedimenti di indole espropriativa (104). Sono noti vari casi in cui la Corte europea ha riconosciuto che del diritto di proprietà godevano persone legate allo Stato preteso responsabile dalla sola presenza di loro beni sul territorio di questo. Ci riferiamo alle sentenze *Beyeler c. Italia* (105), *Principe Hans-Adam II del Liechtenstein c. Germania* (106) e *Minasyan e Semerjyan c. Armenia* (107). È opportuno puntualizzare che in questi casi, mentre lo Stato esercita sui beni la propria potestà a titolo di sovrano territoriale, non può dirsi che ricadano entro la sua giurisdizione territoriale i cittadini o le imprese straniere, i cui diritti siano lesi (108).

Per altro verso, per attrarre persone residenti all'estero entro la giurisdizione di uno Stato è sufficiente la circostanza che i diritti di credito da esse vantati siano lesi da provvedimenti di tale Stato, pur in assenza del legame territoriale costituito dalla presenza di loro beni sul suo territorio. In quest'ottica, sono stati ritenuti ammissibili dalla Corte europea ricorsi promossi da cittadini, trasferitisi all'estero, che vantavano crediti di lavoro o pensionistici nei confronti dello Stato convenuto (109). Ugualmente ammissibile è stato ritenuto un ricorso promosso da cittadini croati che lamentavano una lesione del diritto di proprietà, dovuta all'impossibilità di poter accedere, in Croazia, ai propri conti correnti presso una banca slovena (110). Nello stesso senso è orientata la prassi del Comitato dei diritti umani (111).

Anche la restrizione all'importazione di prodotti verso un loro mercato di sbocco è suscettibile di dar luogo a una menomazione di diritti patrimoniali attuali, e di incidere

sulla legitimate expectation al conseguimento di profitti futuri, di persone di tal guisa attratte entro la sfera di giurisdizione dello Stato del mercato (112).

10. Un ulteriore scenario, in cui l'esercizio della sovranità interna è suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli avverso persone che non hanno alcun contatto fisico con uno Stato, è connesso al mancato esercizio della funzione giurisdizionale ovvero al suo esercizio non conforme ai principi dell'equo processo (113). È superfluo sottolineare che i giudici di uno Stato possono esercitare la funzione iudicante in materia civile, penale o amministrativa, anche in relazione a situazioni che coinvolgono, a vario titolo, persone fisiche e giuridiche non domiciliate o residenti nello Stato del foro. Dette persone possono adire le corti, sollecitare l'esercizio dell'azione penale o costituirsi parte civile in processi penali, nei modi previsti dai codici di rito, senza dover necessariamente essere presenti fisicamente nel territorio dello Stato del foro. Parimenti è possibile che siano celebrati processi civili o processi penali che vedono coinvolte dette persone in veste di convenuti, testimoni o imputati. Una volta che una persona sia parte di un processo civile o amministrativo, oppure sia imputata, testimone o parte civile in un processo penale, essa rientrerà nella giurisdizione dello Stato del foro, potendo vantare nei suoi confronti il diritto ad un equo processo (114). Con riferimento all'esercizio dell'azione civile, in tal senso si è espressa la Corte europea nel caso *Marković* (115). Come è noto, i familiari delle vittime del bombardamento della radio televisione serba lamentavano la violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 6 della Convenzione europea, dolendosi che la Corte di cassazione italiana avesse dichiarato il difetto di giurisdizione italiana, in relazione ad azioni civili volte a far valere la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano (116). Respingendo le obiezioni dell'Italia, la Corte europea ritenne il ricorso ammissibile, considerando che la proposizione di una domanda giudiziale davanti ai giudici italiani fosse sufficiente a far ricadere i ricorrenti sotto la giurisdizione italiana, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione (117). Lo stesso approccio è stato seguito, sempre dalla Corte europea, nel caso *Naït-Liman* (118). Quest'ultimo aveva promosso davanti ai giudici svizzeri un'azione civile per ottenere il risarcimento del danno, in qualità di vittima di atti di tortura subiti in Tunisia da parte di organi di questo Stato, quando egli aveva la cittadinanza tunisina. Come già nel caso *Al-Adsani*, la Corte ha respinto il ricorso nel merito (119), ritenendo comunque che il ricorrente vantasse nei confronti della Svizzera il diritto sancito dall'art. 6 della Convenzione.

In materia penale, gli obblighi procedurali di svolgere indagini effettive e punire i responsabili — desumibili ad esempio dagli articoli 2 e 3 della Convenzione europea — possono essere dovuti anche nei confronti di persone non sottoposte al controllo o alla giurisdizione territoriale dello Stato, ogniqualvolta l'ordinamento interno di

quest'ultimo preveda la competenza delle corti nazionali su fatti o situazioni extraterritoriali. Particolare interesse suscitano, al riguardo, i casi *Mbenge c. Zaire* (120) e *Gray c. Germania* (121): entrambi i ricorsi sono stati ritenuti ammissibili in mancanza di contestazioni da parte dello Stato asseritamente responsabile.

11. Venendo adesso alla materializzazione, fuori dal territorio nazionale, di effetti fisici riconducibili a condotte commissive o omissive tenute da uno Stato sul proprio territorio, una delle principali ipotesi riguarda la violazione dei diritti umani connessi alla tutela dell'ambiente (122). Nel caso *Tătar c. Romania* la Corte europea è stata investita di un caso di inquinamento di un corso d'acqua internazionale (123). Pur richiamando il divieto di inquinamento transfrontaliero (124), la Corte non si è pronunciata sulla questione dell'applicazione extraterritoriale della Convenzione, posto che il ricorso era stato promosso da residenti in Romania.

In almeno un'occasione, la nozione di giurisdizione extraterritoriale è stata applicata dalla Corte europea in ragione della propagazione materiale degli effetti di comportamenti adottati da uno Stato in spazi sottoposti alla sua sovranità o controllo. Si tratta del caso *Andreou c. Turchia*, in cui la Corte ha ritenuto sottoposta alla giurisdizione turca una donna che — nella zona cuscinetto sotto il controllo delle Nazioni Unite — era stata ferita da un proiettile sparato da un soldato che si trovava sul territorio della Repubblica turca di Cipro del Nord, a qualche metro di distanza (125). Avrebbe dovuto essere inquadrato nel modello in esame anche il caso *Xhavara e altri c. Italia e Albania*, riguardante l'affondamento in alto mare di un battello, a bordo del quale si trovavano migranti albanesi. L'incidente era stato prodotto dalla collisione con la nave da guerra italiana *Sibilla* che, in attuazione di un accordo con l'Albania, stava cercando di impedire lo sbarco dei passeggeri sulle coste italiane (126). Il ricorso venne tuttavia dichiarato inammissibile per mancato esaurimento dei mezzi di ricorso interni, senza che ne fosse esaminata l'ammissibilità ex art. 1 della Convenzione. Si possono immaginare innumerevoli ipotesi in cui la concatenazione di eventi produttivi di un risultato lesivo, che si materializzi fisicamente nel luogo ove si trovano le vittime delle violazioni (o i loro beni), tragga origine da condotte materiali dello Stato, ovvero da atti legislativi, regolamentari o amministrativi, nonché da provvedimenti giurisdizionali. Per fare soltanto alcuni esempi, la deviazione di un corso d'acqua internazionale potrebbe provocare una lesione del diritto all'acqua della popolazione residente in uno Stato confinante (127). Si avrebbe parimenti una violazione dei diritti umani di persone residenti all'estero nel caso del lancio ad opera di uno Stato di un attacco cibernetico, che attraverso la rete vada a colpire elaboratori informatici e infrastrutture in un secondo Stato. Per altro verso, l'adozione di una sentenza penale può condurre a misure privative della libertà personale da parte di

uno Stato straniero (128). Questione di preminente rilievo — che non è possibile approfondire in questa sede — attiene altresì all'influenza esercitata (o esercitabile) da uno Stato su imprese multinazionali in esso costituite o aventi la sede principale, che commettano abusi sul territorio di uno Stato estero (129).

12. I presupposti della giurisdizione extraterritoriale variano nelle differenti situazioni sopra esaminate, tanto che soltanto in alcune di esse è possibile stabilire a priori la sussistenza della stessa. Da un lato, nell'ambito del primo modello, il solo controllo globale effettivo su un determinato spazio è sufficiente ad attrarre le persone che ivi si trovino (o abbiano sede) entro la giurisdizione dello Stato. Dall'altro lato, in base al modello personale, la persona fisica ricade nella sfera di giurisdizione dello Stato a partire dal momento in cui si trovi sottoposta al potere coercitivo di quest'ultimo, spesso contestualmente alla violazione dei diritti umani oggetto di doglianza. Occorrerà pertanto appurare che la condotta (arresto, uccisione o ferimento) all'origine della violazione sia attribuibile allo Stato (130).

Per quanto riguarda invece il modello degli effetti extraterritoriali, la giurisdizione viene stabilita a posteriori in presenza di una propagazione extraterritoriale delle conseguenze fisiche scaturenti da una condotta (lo sparo oltre frontiera, etc.). Ad avviso di chi scrive, lo stesso vale in presenza di un preesistente collegamento di diritto o di fatto fra Stato e la persona sottoposta alla giurisdizione territoriale di altro Stato (la localizzazione di beni, la cittadinanza, ecc.). Ammettere che un siffatto collegamento sia, di per sé, sufficiente ad attrarre l'individuo nella giurisdizione dello Stato, comporterebbe un ampliamento significativo (oltre che dai contorni assai incerti) della giurisdizione dello Stato, in contrasto col principio secondo cui la giurisdizione è soltanto eccezionalmente extraterritoriale (131). Nell'ambito del modello degli effetti extraterritoriali, si ritiene che la giurisdizione si estenda nel momento in cui vi sia un concreto esercizio di poteri sovrani, idoneo a incidere sul godimento dei diritti umani. Più precisamente, tutte le volte in cui difetti un controllo effettivo di tipo spaziale o personale, una persona potrà dirsi sottoposta alla giurisdizione extraterritoriale di uno Stato soltanto laddove la condotta denunciata sia attribuibile allo Stato e la persona abbia qualità di vittima (132).

Le problematiche connesse alla determinazione dello status di vittima (e pertanto all'esistenza del nesso di causalità fra la condotta di cui essa si duole e la violazione di un suo diritto) sono le medesime che si pongono con riguardo ai ricorsi e alle comunicazioni di persone sottoposte alla giurisdizione territoriale di uno Stato. Tuttavia, diversamente dai casi in cui l'individuo è sottoposto ad una giurisdizione di tipo spaziale, nel caso degli effetti extraterritoriali il nesso di causalità non viene esaminato nella fase del merito (essenzialmente al fine di stabilire l'equa riparazione),

bensì in sede di decisione dell'ammissibilità del ricorso. Sia pur non facendo espressamente riferimento al nesso eziologico, sembra essersi collocata in questa prospettiva la Corte europea nella decisione *Ben El Mahi*, quando ha dichiarato irricevibile — per assenza di un jurisdictional link — il ricorso promosso da un cittadino e da due associazioni marocchine che, in mancanza di uno specifico legame con la Danimarca, lamentavano una violazione di vari obblighi posti dalla Convenzione europea, in conseguenza della pubblicazione, in Danimarca e da parte di un editore danese, di vignette ritenute blasfeme (133). L'assenza di un contatto fisico diretto fra individuo e organi dello Stato rende complessa la dimostrazione dell'esistenza di un nesso di causalità fra la condotta dello Stato e la violazione lamentata, e di conseguenza la sussistenza della giurisdizione (134). Certo è possibile immaginare casi in cui la violazione di un diritto umano sia conseguenza diretta e prevedibile di un atto imputabile allo Stato (nel caso *Andreou*, lo sparo del proiettile e il decesso della vittima). In molti altri casi, tuttavia, il nesso eziologico è più tenue. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla violazione del diritto al cibo e alla salute, in conseguenza di misure di embargo (135), alla violazione dei diritti umani che possono derivare da politiche inadeguate di cooperazione allo sviluppo (136), o ancora agli effetti dei cambiamenti climatici provocati dall'immissione in atmosfera di gas serra (137). Lo sviluppo delle nuove tecnologie offre un contributo significativo all'ampliamento della giurisdizione extraterritoriale. Emblematico è il caso delle violazioni dei diritti umani tramite Internet, dovute al coinvolgimento dello Stato in azioni di criminalità informatica, o al controllo di telecomunicazioni internazionali (138).

Va detto che la questione della causalità è molto meno approfondita nel diritto internazionale che nelle esperienze giuridiche nazionali (139). Inoltre, secondo il modello prevalente di responsabilità accolto nel progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati, il nesso causale non è elemento costitutivo dell'illecito, rilevando soltanto ai fini della riparazione (140). Per quanto nella prassi internazionale prevalgano i riferimenti alla dottrina della causa prossima, non mancano posizioni divergenti (141), ricavabili anche dalla prassi degli organi specializzati in diritti umani. Un criterio talvolta utilizzato è quello della *condicio sine qua non*, secondo cui « a State party may be responsible for extra-territorial violations [...] if [there] is a link in the causal chain that would make possible violations in another jurisdiction » (142). Si tratta di un criterio piuttosto lasco, che porta a estendere la giurisdizione dello Stato anche in situazioni in cui lo Stato non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere il verificarsi di fatti futuri meramente ipotetici. Un criterio assai più restrittivo — ispirato a quello previsto dal diritto dell'Unione Europea per l'impugnazione degli atti ex art. 263 TFUE — è stato proposto da Lawson, secondo cui, per fondare la giurisdizione, occorrerebbe un legame diretto e immediato fra la

condotta dello Stato e la violazione extraterritoriale (143). Il requisito della personalità dell'interesse, pure richiamato da Lawson, pare eccessivamente restrittivo. Un bilanciamento più equilibrato fra tutela dei diritti umani e sovranità dello Stato sembra essere operato dai criteri secondo cui la misura contestata deve essere una « direct and immediate cause » (144), o meglio una conseguenza prevedibile della violazione (145). In ogni caso, come affermato dalla Corte europea, il requisito della conseguenza diretta non dovrebbe essere interpretato in maniera eccessivamente formalistica (146). Un'applicazione del test della causa diretta e decisiva, in un contesto extraterritoriale, si è avuta nel caso Tugar (147): la Commissione europea ha escluso che fosse sottoposto alla giurisdizione italiana un ricorrente che aveva perso una gamba in Iraq a seguito dell'esplosione di una mina antiuomo prodotta in Italia, ritenendo che l'evento dannoso non fosse una « direct consequence » del mancato controllo sull'esportazione di armi da parte dell'Italia e che il nesso eziologico fosse « too remote » (148). Preme sottolineare che, così come nel contesto territoriale, eccezionalmente possono darsi casi in cui lo status di vittima sia riconosciuto quando una persona riesca a dimostrare in maniera convincente la probabilità concreta di una violazione futura che lo riguardi direttamente (vittima futura), oppure si pretenda vittima potenziale, ad esempio in presenza di una legge, lesiva per sé stessa dei propri diritti, che sanzioni penalmente comportamenti tenuti fuori dal territorio nazionale (149).

13. Alcune considerazioni si rendono necessarie, a questo punto, circa la portata degli obblighi gravanti sullo Stato, a seconda di quale sia il nesso giurisdizionale che fa scattare l'applicazione extraterritoriale delle convenzioni sui diritti umani. Nel caso Banković la Corte europea esclude la possibilità che la giurisdizione di uno Stato possa sussistere soltanto ai fini dell'applicazione di alcuni articoli della Convenzione europea (150). Trattasi tuttavia di una posizione smentita dalla giurisprudenza successiva della stessa Corte, e che non ha riscontro nella prassi di altri organi. La Corte ha ammesso successivamente che un individuo possa trovarsi sotto la giurisdizione di uno Stato contraente, ai fini dell'applicazione di alcune norme soltanto della Convenzione (151). Del resto, se la portata degli obblighi a carico di uno Stato può variare all'interno dei confini nazionali in caso di perdita del controllo effettivo su alcune zone (152), è logico ritenere che, a fortiori, fuori dai confini nazionali l'estensione degli obblighi a carico dello Stato dipenda dalle specifiche circostanze del caso (153). Come osservato dal giudice Wojtyczek, non si può chiedere agli Stati di garantire i diritti umani alle persone sottoposte alla loro giurisdizione, se non limitatamente a « those matters falling within their jurisdiction » (154).

Una volta che uno Stato abbia acquisito un controllo effettivo globale su una certa area geografica, si presume che sia tenuto, nei confronti delle persone che ivi si trovino, al rispetto di obblighi negativi e positivi, tendenzialmente coincidenti con quelli che ha nei confronti della popolazione entro i propri confini (155). Ne deriva che tale Stato potrà essere chiamato a rispondere non soltanto dei comportamenti commissivi compiuti dai propri organi, ma anche della violazione degli obblighi positivi (di proteggere e di realizzare), a titolo di responsabilità omissiva (156). D'altra parte, il contenuto degli obblighi posti dalle norme per la tutela dei diritti umani dovrà essere ricostruito tenendo conto dell'intensità del controllo esercitato e dei limiti posti dal diritto internazionale ai poteri esercitabili sul territorio straniero. Al riguardo, un autore ha persino ipotizzato l'esistenza di un « law of extraterritorial human rights, one in which human rights law norms become flexible abstract principles adapted to a new and distinctive set of "normal types" of concrete situations » (157). Venendo alle ipotesi di controllo su un ambito spaziale delimitato e di esercizio di poteri coercitivi su singoli individui, si deve muovere dalla considerazione che l'adempimento di alcuni obblighi presuppone l'esercizio di carattere non temporaneo di pubblici poteri su un dato territorio (158). In linea generale, la portata degli obblighi si estende tanto più quanto più intenso è il controllo esercitato dallo Stato. Ad esempio, in caso di detenzione di individui all'estero, gli obblighi negativi e positivi (corrispondenti al diritto alla salute, al divieto di tortura, al rispetto della vita familiare, etc.) saranno gli stessi che lo Stato è tenuto a rispettare nei confronti dei detenuti sul proprio territorio, sempre fatta salva l'esigenza di coordinamento con le norme pertinenti di diritto internazionale umanitario (159). La circostanza che il controllo dello Stato sia limitato a uno specifico evento o a una determinata situazione in zone non sottoposte al suo controllo, non impedisce che su di esso gravino obblighi positivi, ad esempio di accertamento dei fatti e di punizione dei responsabili ex articoli 2 o 3 della Convenzione europea (160).

Nel contesto, invece, del modello degli effetti extraterritoriali, la portata degli obblighi è più ristretta. Una persona, il cui unico legame con lo Stato sia costituito dalla presenza di beni o familiari sul territorio di questo oppure dalla celebrazione di un procedimento giudiziario, non potrà ovviamente vantare verso lo Stato in questione la titolarità di tutti i diritti umani, ma soltanto di quelli immediatamente connessi allo specifico atto che ha determinato l'instaurarsi del vincolo giurisdizionale. Per quanto riguarda il contenuto degli obblighi, occorre operare una distinzione. Nei casi in cui gli effetti siano sofferti a prescindere da dove si trovino le vittime della violazione (supra, paragrafi 8-10), gli obblighi a portata extraterritoriale avranno lo stesso contenuto di

quelli dovuti nei confronti delle persone sottoposte alla giurisdizione territoriale. Negli altri casi, invece, si ripropone il problema del loro raccordo con gli obblighi facenti capo al sovrano territoriale. Al riguardo, Grisel ha correttamente messo in evidenza come uno Stato sarà gravato da obblighi positivi soltanto nella misura in cui questi possano essere adempiuti tramite l'adozione di misure sul proprio territorio, o comunque senza violare la sovranità di altri Stati (161).

Corrisponde probabilmente allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani anche l'affermazione dello stesso autore, secondo cui gli obblighi positivi extraterritoriali sussistono soltanto nei casi in cui le persone titolari del corrispondente diritto dipendano completamente, per la sua realizzazione, dall'adozione di misure positive da parte dello Stato (162). In particolare, non si sono (ancora) affermati sul piano internazionale obblighi « diagonali » degli Stati, che impongano loro di contribuire, attraverso la cooperazione allo sviluppo, alla realizzazione dei diritti economici e sociali delle persone residenti in altri Stati (163). In questi casi, peraltro, senza che neppure si renda necessaria un'indagine circa il contenuto degli obblighi, la questione è spesso risolta alla radice sul piano della giurisdizione. Posto che l'evento dannoso (o pericoloso) si ricollega ad azioni o omissioni di più soggetti di diritto internazionale (in primis dello Stato territoriale o di altri possibili donatori), sarà particolarmente difficile dimostrare l'esistenza del nesso eziologico fra l'evento extraterritoriale e la condotta omissiva dello Stato, dunque la qualità di vittima.

14. Trasversale rispetto ai tre modelli di cui sopra, è la questione se, ai fini dell'indagine circa la sussistenza della giurisdizione, rilevi il fatto che le asserite violazioni si realizzino sul territorio sottoposto alla sovranità territoriale di uno Stato non parte (164). L'idea secondo cui la Convenzione si applicherebbe in modo diverso sul territorio di Stati terzi rispetto a quanto avverrebbe sul territorio di altri Stati parti si manifesta nella già citata decisione Banković, nella parte in cui la Corte europea ha escluso che i ricorrenti fossero sottoposti alla giurisdizione degli Stati NATO, in quanto le dedotte violazioni si erano realizzate a Belgrado, fuori da quello che viene definito l'*espace juridique européen* (165). La configurazione dei trattati sui diritti umani quali trattati localizzabili che attribuiscono diritti ai cittadini e ai residenti nel territorio degli Stati parti è stata utilizzata a sostegno della tesi secondo cui i diritti umani si devolvono con il territorio. L'idea soggiacente è che la protezione fornita ad una data popolazione non possa essere negata soltanto in ragione della sostituzione di uno Stato ad un altro nel governo di tale territorio (166). Ciò giustificherebbe sia una successione automatica nei trattati a tutela dei diritti umani (167), sia il fatto che uno Stato mantenga taluni obblighi verso le persone che risiedano in parti del proprio

territorio sulle quali non eserciti più un controllo effettivo (168). Se questi orientamenti giurisprudenziali sono in linea con l'oggetto e scopo delle convenzioni sui diritti umani, oltre che col principio della « conservazione dei valori » (169), lo stesso non può dirsi del ricorso alla tesi dello « spazio giuridico convenzionale » per restringere l'ambito di applicazione del trattato (170). Né una giustificazione di quest'ultima concezione di *espace juridique* potrebbe darsi sulla base dell'argomento secondo cui l'applicazione extraterritoriale delle convenzioni sui diritti umani costituirebbe una forma di « imperialismo giuridico » (171). Riconoscere che gli organi di uno Stato siano tenuti a rispettare obblighi in materia di diritti umani — quando agiscano all'estero, o quando i loro comportamenti (commissivi o omissivi) siano idonei a produrre effetti al di fuori dei confini nazionali — significa anzi fornire una tutela aggiuntiva alle vittime, che queste possono far valere (laddove lo ritengano opportuno) davanti ai giudici dello Stato autore dell'illecito o di fronte ad organismi internazionali (172).

Il riferimento, nella decisione *Banković*, al concetto di « spazio giuridico convenzionale » (173) era stato interpretato dalla dottrina prevalente nel senso che, ad avviso della Corte, la Convenzione non potesse mai applicarsi a violazioni occorse sul territorio di Stati terzi. Come si evince dai casi *Issa e Öcalan*, ancora non decisi nel merito quando è stata pronunciata la sentenza (174), la Corte ha successivamente cambiato posizione sul punto, riconoscendo che la giurisdizione degli Stati parti possa estendersi al di fuori dell'area del Consiglio d'Europa (175), sia quando lo Stato agisca come potenza occupante, sia nel corso di un conflitto armato internazionale (176). Si è messo in evidenza, a tal riguardo, come, per quanto la formula « *espace juridique* » sia ancora richiamata nella giurisprudenza di Strasburgo, la sentenza *Banković* sia stata in realtà oggetto di un *overruling* (177). Anche la Corte interamericana — pur continuando a far riferimento alla tesi dello spazio giuridico convenzionale (178) — ha riconosciuto che possono essere sottoposti alla giurisdizione di uno Stato parte, in base al modello personale, persone che si trovino sul territorio di uno Stato terzo (179). All'esito di un'approfondita analisi della prassi, è stato osservato da Nigro che la Corte europea ha richiesto una prova particolarmente rigorosa del controllo effettivo esercitato dallo Stato convenuto, in caso di ricorsi relativi all'esercizio di poteri pubblici sul territorio di uno Stato non parte (180). Questa circostanza, tuttavia, può spiegarsi alla luce del fatto che i casi giunti all'esame della Corte hanno riguardato situazioni — non assimilabili a quelle di Cipro del Nord, Transnistria o Ossezia — in cui non vi era un controllo effettivo globale sul territorio (181). Come si è visto sopra, quando trova applicazione il « modello personale », la Corte deve appurare che la specifica condotta all'origine della lamentata violazione sia attribuibile allo Stato, non soltanto ai fini della decisione nel merito, ma già in sede di

verifica dell'ammissibilità; ciò spiega anche il riferimento allo standard di prova del « beyond reasonable doubt », che la Corte europea utilizza nei casi di uccisioni extragiudiziali, anche quando tutti i fatti si siano svolti nel territorio dello Stato convenuto (182). Alla luce di quanto precede si ritiene che, non diversamente dalle altre convenzioni sui diritti umani (183), la Convenzione europea dovrebbe trovare applicazione sul territorio di uno Stato terzo, laddove uno Stato contraente lo occupasse, esercitandovi un controllo globale effettivo. Dal punto di vista logico, neppure si vede per quali ragioni, nel contesto di extraordinary renditions o conflitti armati, la Corte europea dovrebbe distinguere, ai fini dell'ammissibilità dei ricorsi, a seconda che le violazioni abbiano avuto luogo sul territorio di un altro Stato membro, anziché in uno Stato terzo (184). D'altra parte, nei pochi casi in cui la Corte ha applicato il modello personale a violazioni extraterritoriali perpetrate da uno Stato nel territorio di un altro Stato parte, non ha mancato di verificare l'esistenza di prove concrete del coinvolgimento del primo Stato negli specifici fatti all'origine delle violazioni (185).

15. Un contributo al consolidamento del modello degli effetti extraterritoriali è fornito dal parere della Corte interamericana n. 23/17. Il quesito, sottoposto alla Corte dalla Colombia nel marzo 2016, verteva sulla portata extraterritoriale degli obblighi posti dalla Convenzione americana in tema di diritto alla vita e all'integrità personale, con particolare riferimento alla costruzione di grandi opere infrastrutturali suscettibili di produrre danni all'ambiente marino (186). Allineandosi alla giurisprudenza della Corte europea, la Corte interamericana interpreta le norme della Convenzione in materia di diritto alla vita e all'integrità personale nel senso che esse ricomprendono anche diritti procedurali in materia ambientale (187). All'esito di un'apprezzabile analisi della prassi degli organi interamericani, così come della Corte europea e del Comitato dei diritti umani (188), la Corte di San José conclude per l'esistenza di una giurisdizione extraterritoriale fondata sulla presenza di effetti extraterritoriali di condotte tenute dallo Stato sul proprio territorio, o comunque sotto il suo controllo (189). A suo parere, « [a] efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio » (190). Il test elaborato dalla Corte è il seguente: in primo luogo, occorre procedere a esaminare se le attività all'origine di violazioni dei diritti fondamentali si siano svolte sul territorio dello Stato parte, o comunque sotto il suo controllo (191). In secondo luogo, occorre verificare l'esistenza di un nesso di causalità fra il danno lamentato e le attività suddette.

La Corte interamericana si spinge però oltre, anticipando la tutela fornita dalla Convenzione rispetto al concreto verificarsi di danni ambientali transfrontalieri « significativos »: « [l]as posible víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos » (192). Questo approccio consente di affermare l'esistenza di un obbligo dello Stato di garantire alle persone fuori dai confini nazionali il diritto all'informazione e partecipazione ai processi decisionali prima del verificarsi di un danno (193). Anche il diritto di accesso alla giustizia è garantito a « personas potencialmente afectadas por daños transfronterizos originados en su territorio » (194). Nel ritenere sottoposte alla giurisdizione di uno Stato persone suscettibili di essere soltanto potenzialmente colpite da un danno transfrontaliero, la Corte svolge un'analisi prognostica circa le potenziali conseguenze delle attività da realizzarsi entro il territorio dello Stato, nonché del nesso di causalità fra tali attività e la futura, eventuale, lesione dei diritti convenzionalmente tutelati. Questo modo di ragionare è tipico di tutti i casi in cui a dolersi dell'incompatibilità di misure statali con le convenzioni sui diritti umani siano vittime « potenziali » o « future » (195). Riferito all'obbligo di prevenire danni transfrontalieri, il test elaborato dalla Corte rende abbastanza agevole stabilire l'esistenza di una giurisdizione extraterritoriale (196). Da un lato, la Corte ricava dalla Convenzione americana un obbligo (di mezzi), per gli Stati, di adottare misure preventive dei danni ambientali significativi che potrebbero prodursi anche fuori del loro territorio (197). L'ipotesi di maggior rilievo pratico riguarda l'omessa due diligence nel controllo delle attività di imprese private operanti sul proprio territorio, all'origine di un inquinamento transfrontaliero (198). D'altro lato, la Corte non fornisce una definizione precisa di « danno significativo », limitandosi a rinviare ad altri strumenti internazionali e ad osservare come la determinazione del livello minimo dipenda dalle specifiche circostanze di ciascun caso concreto (199). Per quanto la genericità di questa espressione sia stata criticata (200), è logico ritenere che, come suggerito dalla Corte, in base ad un'interpretazione sistematica, essa debba essere intesa nel senso assunto nel contesto delle norme internazionali riguardanti il divieto di danno transfrontaliero e la valutazione di impatto ambientale (201).

Le conclusioni raggiunte dalla Corte sono certamente in linea con gli sviluppi più recenti del diritto internazionale dell'ambiente, a cominciare dalla Convenzione di Aarhus (202). Infatti tale Convenzione, mentre impone agli Stati di garantire l'informazione, la partecipazione e l'accesso alla giustizia a tutto il « pubblico

interessato », proibisce di discriminare cittadini e organizzazioni non governative non aventi la loro nazionalità, o comunque residenti o aventi la propria sede all'estero (203). 16. Per quanto riguarda più in dettaglio l'informazione e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali, molti Stati si sono dotati di legislazioni in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), le quali estendono l'obbligo di informazione e consultazione anche alle popolazioni locali che vivono nelle zone fuori dal territorio nazionale e potrebbero essere interessate dagli effetti ambientali negativi connessi alla realizzazione di infrastrutture o all'impianto di industrie in prossimità della frontiera (204). L'adozione di normative in materia di VIA, che non discriminino gli esposti al rischio in base al luogo di residenza, è imposta dalla Convenzione sulla valutazione di impatto ambientale in contesto transfrontaliero (205) e sta trovando crescente riconoscimento sul piano internazionale (206).

Nel parere n. 23/17 la Corte interamericana chiarisce che, in base alla Convenzione americana, gli Stati devono mettere a disposizione le informazioni ambientali in loro possesso a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione, senza che queste debbano dimostrare di avere uno specifico interesse. Secondo il principio della trasparenza attiva, gli Stati hanno inoltre l'obbligo positivo di diffondere al pubblico un'informazione che deve essere « completa, comprensibile, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población » (207). Il parere ha offerto per la prima volta alla Corte interamericana l'occasione di pronunciarsi sulla partecipazione della popolazione interessata ai processi decisionali, al di fuori del contesto specifico dei diritti delle popolazioni indigene (208). Peraltro, la Corte avrebbe dovuto meglio evidenziare come gli obblighi posti dalla Convenzione non possono essere interpretati nel senso di richiedere l'adozione di condotte che ledano la sovranità di altri Stati, potendosi soltanto affermare un obbligo a negoziare in buona fede con questi (209).

Venendo infine al diritto di accesso alla giustizia, in base alla Convenzione di Aarhus, le persone che vantino un interesse sufficiente devono avere accesso ai procedimenti di ricorso, sia in relazione a controversie relative alle informazioni (210), sia per contestare la legittimità di decisioni, atti o omissioni, il cui procedimento di approvazione è soggetto a disposizioni in materia di partecipazione del pubblico (211). Vi è da aggiungere che il diritto di accesso ai procedimenti giudiziari e amministrativi in caso di inquinamento transfrontaliero è previsto da varie convenzioni a portata settoriale (212), nonché, sul piano del soft law, nel progetto di articoli sulla prevenzione dei danni transfrontalieri provocati da attività pericolose, elaborato dalla Commissione del diritto internazionale (213). Nel parere n. 23/17, la Corte interamericana statuisce l'obbligo per gli Stati di garantire l'accesso alla giustizia

alle persone colpite da danni transfrontalieri, indipendentemente dalla loro nazionalità e dal loro luogo di residenza (214). È assai significativo che la Corte ricostruisca quest'obbligo sulla base del divieto di discriminazioni, senza operare alcuna distinzione a seconda che le persone potenzialmente coinvolte si trovino o meno sul territorio di Stati membri (215). In breve, il parere afferma l'obbligo per gli Stati di prendere in considerazione gli interessi delle persone residenti fuori dai confini nazionali, che siano interessate dagli effetti delle proprie decisioni (216). Per quanto obblighi procedurali di questo tipo siano previsti anche nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente nell'ottica della c.d. democrazia ambientale, l'applicazione delle convenzioni sui diritti umani è assistita da norme terziarie di gran lunga più efficaci. Pertanto, questa giurisprudenza può offrire un contributo determinante al superamento degli ostacoli presenti in molti ordinamenti interni, a cominciare dal mancato riconoscimento della legittimazione attiva di organizzazioni non governative straniere.

17. Come osservato da Condorelli, il superamento di una nozione strettamente territoriale di « giurisdizione » si è storicamente inserito nel tentativo delle corti e degli organi internazionali di controllo, di « réduire (sinon éliminer) l'iniquité inhérente au fait que des comportements d'Etats dans ce domaine, illicites s'ils surviennent dans un lieu donné, soient à qualifier comme parfaitement licites lorsqu'ils surviennent ailleurs » (217). Cionondimeno, la questione resta ancora lontana dall'aver trovato una soluzione giurisprudenziale soddisfacente e sedimentata. Un esame della prassi rivela tre modelli di giurisdizione extraterritoriale: il modello spaziale, il modello personale e quello degli effetti extraterritoriali. In ciascuno di essi diversi sono sia i presupposti della giurisdizione extraterritoriale, sia gli obblighi a carico degli Stati nei confronti delle persone sottoposte alla loro giurisdizione. Consolidata è l'applicazione delle convenzioni sui diritti umani su un territorio o in spazi sottoposti al controllo di uno Stato contraente, per quanto alcuni profili relativi all'intensità del controllo richiesto restino controversi. In questi casi, la posizione delle persone che si trovino (o abbiano sede) nel territorio controllato è assimilabile a quella delle persone nel territorio dello Stato controllante, anche per quanto riguarda la titolarità dei diritti corrispondenti agli obblighi positivi dello Stato.

Abbastanza consolidato è anche il modello di giurisdizione basato sull'esercizio di poteri coercitivi nei confronti di persone fisiche all'estero, sebbene permangano alcune incertezze, relative specialmente alle ipotesi di guerra aerea. Diversamente che nel modello spaziale, presupposto della giurisdizione è l'attribuzione allo Stato della condotta all'origine della violazione; più ridotta è anche la portata degli obblighi positivi a carico degli Stati. Meno studiata, sebbene non priva di riscontri nella prassi

applicativa, è la sottoposizione alla giurisdizione di uno Stato delle persone che, fuori dai confini nazionali, subiscano gli effetti degli atti o delle omissioni posti in essere dallo Stato sul proprio territorio. Questa modalità di applicazione extraterritoriale dei diritti umani rappresenta una tendenza innovativa, specialmente per quanto riguarda la tutela dei diritti economici, sociali e culturali (218). Il modello ha trovato un inquadramento adeguato nel parere n. 23/17 della Corte interamericana, prima pronuncia in cui una corte internazionale ha affermato la portata extraterritoriale degli obblighi in materia di diritti umani relativi alla tutela dell'ambiente (219). Nell'ambito degli effetti extraterritoriali, oltre all'attribuzione della condotta, presupposto della giurisdizione è la qualità di vittima, che richiede a sua volta la prova del nesso eziologico fra la condotta (commissiva o omissiva) dello Stato e gli effetti pregiudizievoli. Assai più complessa risulta l'individuazione degli obblighi positivi degli Stati, trattandosi di obblighi dovuti nei confronti di persone che non sono sottoposte al potere coercitivo dei medesimi, né si trovano in spazi da essi controllati. L'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti umani come diritti universali — oltre ad emergere nella stessa giurisprudenza internazionale attraverso il richiamo al principio di non-discriminazione — è particolarmente avvertita dalla società civile internazionale e dagli organismi delle Nazioni Unite specializzati in diritti umani; essa spinge verso un'estensione della portata degli obblighi positivi degli Stati di rispettare, proteggere e promuovere i diritti umani (specialmente se volti al soddisfacimento dei bisogni essenziali) anche a beneficio di persone che non presentino specifici legami col territorio o con gli organi dello Stato. Questa esigenza — che ha ispirato vari rapporti e commenti generali dei comitati delle Nazioni Unite — si scontra tuttavia col muro degli egoismi nazionali (specialmente degli Stati ricchi), nonché con la preoccupazione di ordine sistemico, di evitare la proclamazione di obblighi extraterritoriali, la cui violazione resti priva di sanzioni.

Il difficile bilanciamento fra principio di universalità dei diritti umani e principio di certezza del diritto riemerge nel quadro del dibattito sulla definizione del nesso causale. Al di là delle disquisizioni teoriche, si tratta di una questione intrisa di implicazioni politiche, che fa da sfondo alle lotte dei movimenti sociali transnazionali (220). Come osservato da Chen, in ogni ordinamento l'individuazione del nesso causale « is not merely an epistemological process based on scientific or factual information, but also a process of contestation of policy preferences, morality and values » (221). Si tratta di una sfida con cui dovranno confrontarsi, nei decenni a venire, la dottrina e la giurisprudenza internazionale, nel perseguimento dell'obiettivo indicato dall'art. 28 della Dichiarazione universale del 1948: costruire un ordine sociale e internazionale in cui possano essere realizzati pienamente i diritti sanciti dalla Dichiarazione stessa.

Abstract. — This article deals with the extraterritorial scope of human rights treaties. It examines three types of extraterritorial jurisdiction: one based on space, another on the persons involved, and the last one on extraterritorial effects of State conduct. Particular attention is paid to the third aspect, that of persons suffering detrimental effects of acts or omissions by a State in situations not involving any extraterritorial State action. This case has been the object of only limited attention so far. The author argues that, lacking spatial control and subjection to the State's coercive power, a prerequisite for extraterritorial jurisdiction is the status of victim, which in turns requires a causal link between State conduct and its extraterritorial effects. The article considers some unresolved questions and discusses new areas of extraterritorial jurisdiction, including those emerging from Opinion n. 23/17 of the Inter-American Court of Human Rights, which recognizes the extraterritorial scope of human rights obligations related to environmental protection.

Fonte: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1341

Autori: Giuseppe Vettori

Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti

Sommario: 1. Le fasi dell'uniformazione. L'integrazione attraverso la legge. Dall'idea di un codice al ritiro della proposta di un regolamento sulla vendita. — 2. Il ruolo delle Corti. — 3. La scienza giuridica. Le diverse proposte. — 4. Diritti e principi. — 5. Giustizia ed effettività delle tutele civili. — 6. Il diritto privato sociale — 7. Le tecniche di attuazione dei diritti e dei principi.

1. — L'integrazione tramite la legge è stata il modello prioritario (1) « agente e oggetto dell'integrazione » (2), anche se decisioni essenziali sono state prese, spesso, lontano dall'area politica (3). I programmi e gli obiettivi erano precisi. Una istituzione ispirata dalla scuola ordo-liberale tedesca (4) basata sull'autonomia del processo economico, vigilato da authorities non politiche (5) e la creazione di un mercato razionale, « quale modello specifico dell'azione politica », capace di fissare il primato « dei principi economici sui processi democratici » (6). Dopo l'Atto unico europeo del 1985 tutto ciò è stato ancor più evidente, anche se alcuno aveva, già allora, posto in luce l'equivoco di tale visione. I mercati sono istituzioni sociali privi di una tendenziale uniformità (7). Variano a seconda del modo in cui le imprese risolvono i loro problemi e l'ordine giuridico deve adattarsi a questa evidenza. Non solo. Non si potevano

trascurare le diversità fra paesi dotati di acquis sociali molto diversi e le frizioni fra logica di mercato e legittimazione democratica. Per superare questo deficit di analisi, economica e giuridica, le proposte sono state molte (8), ma ciò che è accaduto e sta accadendo è ancora in gran parte da chiarire.

Certo è che dalla fine degli anni ottanta del Novecento le istituzioni europee hanno dato avvio ad una pluralità di progetti di uniformazione del diritto privato e dei contratti in particolare (9). Il Parlamento europeo ha emanato tre successive risoluzioni (il 26 maggio 1989, il 6 maggio 1994 e il 15 novembre 2001) ove si è parlato espressamente di avvicinamento dei diritti civili e commerciali (10).

Il Consiglio nel vertice di Tampere del 1999 ha espresso una chiara volontà politica di procedere speditamente verso un'attività di armonizzazione.

La Commissione si è concentrata sul diritto dei contratti con due comunicazioni del 2001 e del 2003 con un preciso obiettivo. Elaborare un quadro generale di riferimento per consentire il miglioramento dell'acquis e la possibile formazione di un corpus di regole opzionali da dotare poi di effettività normativa. Successivi provvedimenti del 2004 e del 2005 hanno chiarito queste finalità. Si è precisata la funzione principale del Common Frame of Reference (Quadro comune di riferimento o CFR) come mezzo per migliorare il corpo delle direttive e di « futuri strumenti giuridici nel settore del diritto contrattuale », mediante « definizioni chiare di termini giuridici, principi fondamentali e modelli coerenti di regole di diritto contrattuale », da riprodurre in un testo da tradurre in tutte le lingue ufficiali e da pubblicare, entro il 2009, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione (11).

Negli anni successivi si è attribuita priorità (12) alla revisione del diritto dei consumatori, prima con la pubblicazione di un libro verde sulla revisione delle otto fondamentali direttive sul consumo, e poi con la direttiva di armonizzazione piena del solo diritto dei consumatori (13).

Ciò che è accaduto dopo è noto.

Si è manifestata nel 2007, ed è apparsa poi nella sua gravità, una crisi economica (14), capace di produrre le maggiori distonie fra l'integrazione economica e protezione sociale in Europa. Segno emblematico, proprio in quegli anni, sono state alcune sentenze della Corte di giustizia (15) che anteponevano la libertà economica di libero stabilimento e di libera concorrenza ai diritti individuali e collettivi dei lavoratori, consolidando un pericoloso disincanto sulla « tenuta » dell'Unione.

Da qui l'intervento delle istituzioni comunitarie, nel 2009, per rafforzare la coesione sociale con una serie di analisi e studi rimasti senza una traccia operativa tangibile (16) se non due comunicazioni. Una dell'ottobre 2010, sull'esercizio dei diritti fondamentali nel contesto delle libertà economiche (17) e l'altra sull'effettiva attuazione alla Carta dei diritti fondamentali (18). L'apice di questa fase si è raggiunto nel 2014 quando la Commissione europea, dopo aver dichiarato di incentrare su tale obiettivo il suo mandato, ha ritirato anche ciò che era rimasto del processo di uniformazione: il progetto di regolamento della vendita (19).

L'analisi del perché è cronaca recente.

La crisi finanziaria ha reso necessari nuovi modelli di governance del mercato e moltiplicato i dubbi radicali sul futuro, nell'Unione e in ogni ordinamento nazionale, fino alla crescita di spinte nazionaliste. Si sono alternate diagnosi catastrofiche ad altre più ottimiste. Si è posto in luce come l'Unione europea avrebbe dovuto evolversi verso una forma federale, con un'unica politica fiscale e sociale, ma ciò, si è precisato, doveva avvenire prima dei segnali di disgregazione, mentre ora sarebbe impossibile (20).

Altri scorgono uno spazio per il modello originario basato sull'idea di un'unità nella diversità (21), coerente, si osserva, con un tratto ineliminabile dell'assetto capitalistico mondiale e non in contrasto con le funzioni sociali. La parabola dei tentativi di uniformazione è tornata così alle radici del progetto europeo che rimane, ancora, la base da cui partire per ogni successivo sviluppo, a patto che la politica monetaria dell'Europa incontri un limite costruttivo nelle « funzioni di ordine proprie del diritto privato » (22).

Credo che sia proprio così e vorrei spiegare il perché.

2. — L'attenzione dottrina verso l'armonizzazione del diritto privato europeo è più risalente e non ha un esito altrettanto deficitario. Occorre solo distinguere i ruoli delle Corti e della scienza giuridica. Risale al 1976 un primo incontro (23), all'Istituto universitario europeo, fra storici, comparatisti e privatisti per riflettere in un periodo in cui da poco si erano uniti ai sei Stati fondatori, Danimarca, Regno Unito e Irlanda, rompendo « la compattezza di un sodalizio tra Stati fino ad allora appartenenti alla medesima tradizione giuridica » (24). Alcuni autori affrontarono la distanza fra common law e civil law, altri la possibilità di iniziare a riflettere su una possibile redazione di un testo unitario di principi, altri ancora richiamarono il necessario aiuto della storia e fra questi Gino Gorla (25) che riferì su una vicenda singolarissima.

Nella giurisprudenza successiva al XV secolo i tribunali del vecchio continente e delle colonie al di là dell'Atlantico si erano imposti la regola di conoscere prima di emanare una decisione, non soltanto le norme locali, ma la *communis opinio* formatasi in altri Stati o paesi. In assenza della *lex loci*, si ricorreva alla *lex alii loci*, come dottrina *magistralis* che orientava e armonizzava. Un cammino poi interrotto nel XIX secolo dalla formazione degli Stati nazionali e delle codificazioni. Non solo. Gorla parlava esplicitamente di un ruolo di armonizzazione del diritto da parte della giurisprudenza e « soprattutto di una tendenza dei tribunali italiani (in particolare toscani) ad essere aperti e transnazionali ».

Di recente sta accadendo qualcosa di molto diverso, ma altrettanto significativo.

Si sta creando e formalizzando una rete fra le Corti supreme nazionali e le Corti europee segno di una importante continuità con il passato, ma anche di una straordinaria vitalità del diritto giurisprudenziale. Nel luglio 2017 si è tenuto il diciassettesimo Congresso della Conferenza delle Corti costituzionali europee sul « Ruolo delle Corti nel confermare ed applicare i principi costituzionali ». Nel questionario rivolto ai partecipanti si tesse un dialogo e uno scambio di conoscenze su un tema centrale oggi in ogni Stato e nella Unione nel suo insieme. Dal 2015 la Corte edu ha avviato la creazione di una rete delle Corti supreme a Strasburgo e, l'11 dicembre 2016, la Corte di cassazione italiana ha sottoscritto un protocollo di intesa ed ha aderito al network che si propone importanti obiettivi. Fra i quali la circolazione di notizie sulla giurisprudenza, mediante l'invio di report di natura riservata con indicazioni dettagliate sui contenuti delle decisioni che si stanno formando sui temi più importanti. Il 21 marzo 2017, la Corte di giustizia ha organizzato, in occasione dei sessant'anni del trattato di Roma, un forum di dialogo sulla giustizia in rete, con precise finalità. Rinsaldare la cooperazione giudiziaria, come garanzia per l'affermazione di uno spazio giuridico europeo e rinforzare il ruolo essenziale della collaborazione giudiziaria tra gli organi giudiziari nazionali e la Corte per lo sviluppo e il rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei valori della democrazia e dello Stato di diritto sui quali l'Unione si fonda (art. 2 tue).

Non solo. L'auspicio e l'intuizione di Gorla sul ruolo delle Corti nella formazione di un diritto comune europeo, con un dialogo aperto oltre i confini dell'Europa, trovano un esplicito segno di svolta nella riflessione sull'ordine pubblico, interno e internazionale.

L'occasione è fornita alla Corte di cassazione italiana (26) dalla richiesta di delibazione di una sentenza americana in tema di danni punitivi, finora ritenuta impossibile per contrarietà appunto all'ordine pubblico interno.

La sentenza rivede il concetto inteso non più come « struttura etico-sociale di una comunità nazionale in un momento storico », ma come « distillato del sistema di tutele previste a livello sovraordinato » con riferimento alla Carta costituzionale, al trattato Ue e alla cedu ed espressione, dunque, di una funzione promozionale dei principi essenziali per la vita e la crescita della unione. Si muove dal passato (27). Si distingue un ordine pubblico interno e uno internazionale e si individua quest'ultimo come « complesso di principi fondati su un'esigenza di tutela dei diritti dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili anzitutto dai sistemi di tutela esistenti a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria » (28).

Con ciò si attenua la barriera interna all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei ai singoli Stati, ma conformi ai trattati e alle carte « europee » in linea con la normativa (29) e la giurisprudenza (30) comunitaria (31). Si prende atto che la nozione di ordine pubblico non è « una clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici », ma un limite alla potenziale aggressione dei valori interni « da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale ». Sicché si dovrà ammettere « il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari » (32). La sentenza a sezioni unite completa il quadro (33) individuando i settori di un processo diffuso di armonizzazione dei diritti nazionali (34).

Tale apertura ha suscitato molte critiche (35), ma è di grande interesse per una pluralità di motivi. Consente la circolazione di modelli di tutela e invita a fissare rimedi conformi ad un criterio di effettività, rimesso ad un ordine delineato dall'art. 117 cost. Tutto ciò senza fughe in avanti, ma richiamando il giudice interno ad un'attenta valutazione di una finalità punitiva del danno, nel rispetto della riserva di legge prevista dagli artt. 24 e 25 cost., e dei parametri della tipicità, prevedibilità e proporzionalità della misura del risarcimento.

Insomma l'ampliamento dei poteri del giudice è significativa, ma richiede cautela e rigore.

3. — Sempre a Firenze e ancora all'Istituto universitario europeo è stata promossa una importante iniziativa rivolta, questa, alla scienza privatistica, con un segno e un rilievo forte. È stata pubblicata da poco (in tedesco, ma seguirà la versione in inglese) una raccolta di scritti, frutto di un lungo lavoro preparatorio e di un progetto volto a fare il punto, nella cultura europea, sui rapporti fra scienza giuridica, sociologica ed economica (36).

L'ambito del diritto privato, in questo momento storico, è stato colto esattamente nella capacità di rispondere « in modo innovativo alle questioni relative al mercato, al contratto » (37) e alla persona in ogni fase di manifestazione individuale, integrata o associata. Ciò è stato possibile ripensando alla radice il positivismo radicale per aprirsi ad un metodo normativo, ma anche esegetico-valoriale, che ha consentito un'evoluzione cauta e radicale del sistema, grazie al ruolo della legge, delle corti e della buona teoria, appunto. Nella prima parte si pone in luce il rapporto proficuo fra il diritto privato, la sociologia, l'analisi economica, la teoria dei sistemi e la comparazione fissando le acquisizioni dogmatiche e teoriche più significative (38). Nella seconda si racconta (39) e si descrive in modo lucido la teoria dei valori e della « costituzionalizzazione del diritto privato » soffermandosi sui singoli aspetti della responsabilità civile (40) e sul diritto dei contratti (41).

Segue il richiamo alla più attenta letteratura sul tema della globalizzazione, con alcuni classici di Teubner e Jessup, e con analisi di settore sulle condizioni generali e il loro sistema di controllo. Chiudono il volume le riflessioni (42) sul diritto creato dai privati « parallelo a quello dello Stato, mediante norme sociali, regole di comportamento e atti di autonomia negoziale », completate da un tema di grande attualità. L'influenza del diritto sui rapporti sociali e la « efficacia dirigitica di (mere) norme del diritto dispositivo » « a volte più importante di quella delle norme imperative » (43).

Il risultato è una base culturale e uno strumento operativo di altissimo livello (44) per ogni riflessione e azione sul diritto privato europeo.

Ancora all'Istituto Universitario europeo, Hans Micklitz (45) ha promosso un progetto di ricerca (ERPL) con l'obiettivo di elaborare « un modello normativo di ordinamento giuridico privato europeo autonomo, ma integrato con i sistemi nazionali » (46). Il progetto « rende visibili gli elementi normativi di una regolazione europea in un'ampia varietà di mercati come le telecomunicazioni, i servizi postali, l'energia elettrica e il gas, i trasporti, l'assistenza sanitaria e i servizi finanziari » (47). L'idea è di rendere visibili questi silos regolatori dettati dalla particolare razionalità di quel settore ove la distinzione fra diritto pubblico e privato è sempre più evanescente. Non solo. Si prende atto che la definizione di regole generali è stata del tutto abbandonata, mentre l'elaborazione di standard e parametri di riferimento sostituisce la fissazione di diritti e obblighi. Tutto ciò con estrema lucidità e realismo per fornire, non un codice o una legge generale, ma un parametro di confronto e di interazione per i diritti nazionali. Con un'idea chiara anche di giustizia, garantita nella sola possibilità di accesso a queste cellule di regolazione e con esse a servizi e beni essenziali (48).

Altre iniziative si articolano in modo diverso. Alcuno, autorevolmente, critica l'idea di sezionare il diritto privato e di trascurare l'*acquis communautaire* e i pilastri che hanno consentito una vera trasformazione del diritto contrattuale in Europa (49). Come il controllo delle clausole abusive (con la repressione delle pratiche sleali e scorrette), il diritto di ripensamento, la disciplina sulla conformità dei beni oggetto di compravendita. Regole che consentono di risolvere, in modo molto diverso da un passato recente, le principali controversie sul mercato unico, senza la sostituzione delle regole nazionali, ma con rimedi chiari che rendono meno rilevanti le soluzioni interne, modellate sui vizi della volontà e di capacità del contraente più svantaggiato. Tutto ciò per i contratti b2c, ma con un possibile effetto di trascinamento verso una regolazione più estesa, come mostra di recente la riforma del *code civil* francese. E con una base di giustizia correttiva e non procedurale. Perché tutte le direttive sono adottate dal Parlamento europeo, dopo un ampio dibattito, spesso preceduto da consultazioni pubbliche. Altri ancora con un'analisi lucida e condivisibile muovono dalla combinazione di tre momenti regolatori, succeduti nel tempo, che hanno prodotto una rivoluzione anche senza o con scarsa incidenza del contributo popolare. Sono questi: la presenza di una *techno-law* che ha di mira il funzionamento corretto e l'efficienza dei mercati regolamentati. Una profonda trasformazione del ragionamento giuridico richiamato ad una « interpretazione accurata dei diritti delle parti ». La creazione di una specie di legge transnazionale sulla base di principi europei che sovvertono una teoria delle fonti ispirata alla territorialità e nazionalità del diritto. In particolare si osserva che l'utilizzo dei diritti fondamentali è rivoluzionario perché richiederà ai giudici di decidere le questioni di diritto contrattuale, non solo sulla base dei codici nazionali, ma sulla base di un'interpretazione accurata delle situazioni soggettive riconosciute da un sistema giuridico sovranazionale (50).

4. — Mi riconosco in questa visione per molte ragioni (51). Ne indico alcune.

A partire dall'ultimo decennio del Novecento la legge generale e astratta non è stata più capace di rappresentare la realtà e questo mutamento, nella percezione del reale, lo si è avvertito non solo nelle scienze sociali. Basta un esempio.

Nella seconda metà del secolo scorso sono mutati improvvisamente i canoni classici della visione delle arti figurative. La tela non è più sufficiente a fissare il reale e pochi gesti infrangono il dogma del quadro-finestra (52). Alberto Burri sovrappone alla tela altri materiali, modifica e altera il tessuto, contaminandolo con la realtà materiale; Jackson Pollock toglie il quadro dal cavalletto e abbandona la dimensione verticale per una pluralità di prospettive che assorbono nel quadro la realtà. Lucio Fontana lacera la tela mostrando direttamente, senza rappresentarla, una realtà che va oltre; Jannis Kounellis parla espressamente della sua volontà di uscire dal quadro per

dialogare con il pubblico. Giorgio Morandi enuncia un vero manifesto operativo. « Ritrovare le ragioni per riguardare le cose da un punto di vista formale e non occasionale, ritrovare il significato delle cose in un lento processo di osservazione e immedesimazione con l'oggetto » (53).

Tutto ciò non genera incertezza e caos. Tutt'altro. « Il senso dell'eterna dialettica fra ordine e caso lo mette bene in scena Pollock », come si osserva acutamente. I suoi quadri costruiti con il dripping (lo sgocciolamento sul quadro collocato a terra) nascono « con un margine di causalità », ma verso « un risultato finale che non poteva che essere quello » perché « l'intreccio tra la realtà finale del quadro e le possibilità scelte nella costruzione creano una realtà nuova » (54) da percepire.

Qualcosa del genere è accaduto anche nel modo di rappresentare giuridicamente la realtà. Alle regole e alla fattispecie, insufficienti, si affiancano i principi. Con una serie di cautele e di opinioni diverse in Europa. Le opere più recenti nel dibattito europeo assumono atteggiamenti diversi (55) che sono facili immaginare (56). Il dibattito, è noto, deve molto alla classiche opere di Esser (57) e di Dworkin (58) che dimostrano l'importanza dei principi nelle domande di senso e nelle scelte tragiche del diritto. Seguendo tali tracce l'opera fondamentale di Tridimas (59) descrive e fonda il ruolo dei principi nel diritto amministrativo e costituzionale europeo, ma il tema non è affrontato, con eguale profondità, nel diritto dei privati (60) per molte ragioni (61) e per la carenza di molte buone proposte (62). Solo di recente, pur in presenza di molte opinioni critiche (63) sul ruolo ampliato dei giudici (64), si è affrontata una sistemazione efficace basata sulle norme dei trattati (artt. 114, 53, 157 tfue) e sulle pronunce della Corte di giustizia (65).

Credo che sia questo il metodo più corretto da precisare (66), con alcune premesse e un chiarimento essenziale.

5. — La giustizia nel diritto dei privati, al centro oggi del dibattito dottrinale (67), è principio retorico di costruzione giuridica. Non esprime una teoria o una clausola generale che si sovrappone alla volontà popolare e alla legge. Non si fonda su di un giusnaturalismo sacro o profano. Non è scandito dalla presenza di un contratto definito con numeri o aggettivi (B2b, B2c, primo, secondo e terzo e così via) (68).

Il richiamo alla giustizia ha il compito, da sempre, di indicare un profondo cambiamento nella teoria del diritto privato e delle tutele, affidato, oggi, a fonti diverse dal passato. Non più solo la legge, ma anche i principi costituzionali e sovranazionali. Non più solo la volontà popolare espressa in procedure legali fissate nelle norme. Ma legislazione e giurisdizione interna e internazionale, in dialogo fra loro. Tutto ciò senza ritorni al dilemma del prezzo giusto sepolto dalla storia (69), ma

con l'esigenza (70) di andare sempre oltre nell'assicurare un equilibrio di diritti e doveri adatto ai tempi. L'idea di giustizia ha la funzione di decostruire e ripensare la teoria e la configurazione degli istituti civilistici per fissare il diritto applicabile in base a fonti diverse dal passato. Un risultato di un processo « autocorrettivo del diritto » (71) che va percepito e decostruito, appunto, in base ad una memoria storica che spinge a denunciare i limiti teorici e i paradossi logico formali. Che serve nella post-modernità a rimuovere le diversità o asimmetrie di potere o di conoscenza in base ad argomentazioni rigorose che debbono seguire e tener conto di un iter preciso.

Le norme costituzionali che codificano la parità in norme fondamentali (artt. 2,24,111 cost., 47 carta di Nizza, 13 cedu). L'emersione delle diversità tramite leggi di settore, norme elastiche o clausole generali, precisate con una argomentazione rigorosa soggetta ad un controllo di legittimità. Ciò per delineare un contorno di tutele adeguate agli interessi e ai conflitti che il diritto privato ha il compito di fissare e consolidare in un quadro comune di riflessione e di unificazione.

Da qui il compito del principio di effettività che ha una base normativa (artt. 24 cost., 47 carta di Nizza, 13 cedu) e una funzione valutativa, integrativa e correttiva delle tutele civili da adattare ad un sistema di fonti profondamente mutato (72). L'attività sul punto di tutte le Corti nazionali e sovranazionali è di estremo significato (73) e va apprezzata e controllata razionalmente. Tenendo conto di alcune acquisizioni concettuali. L'effettività non rende giuridico un fatto che non lo è, ma assicura ad un interesse rilevante la massima tutela. Non coincide con l'evidenza di un fatto, ma è una pretesa nei confronti di una pluralità di soggetti e istituzioni.

Nei confronti di un legislatore lacunoso o eccessivamente analitico e astratto. Nei confronti della pubblica amministrazione che deve conformare i suoi comportamenti per la tutela più adeguata delle situazioni protette dalla legge e dalla Costituzione (74). Nei confronti dell'interprete per assicurare un'esegesi non formalistica, capace di eliminare ogni restrizione di tutela e pronta ad assicurare il giusto rimedio civile (75).

6. — Per chiarire il ruolo che può avere un diritto privato sociale occorre partire da alcuni dati oggettivi.

Le disuguaglianze e la povertà sono i dati più impressionanti degli ultimi decenni e la vera « officina in cui si costruisce la storia futura » (76). Gli attori in questo scenario globale sono la politica nelle sue espressioni attuali (77) e gli scienziati sociali, fra i quali i civilisti svolgono oggi un ruolo essenziale per una pluralità di ragioni.

Spetta anche e soprattutto a loro una riflessione sui rapporti fra legge e giudice nell'equilibrio dei poteri dello Stato e delle comunità sovranazionali. Preme su di loro il compito di concretizzare i principi costituzionali come guida di una società che deve aspirare ad essere giusta e solidale. Compete loro la promozione di una cultura e di una politica dei diritti tributaria « delle categorie dello spirito stesso del diritto civile » per alcune ragioni evidenti. Il tema dei diritti è fonte di un conflitto sempre più aspro (78). Nelle costituzioni si era abbandonata una prospettiva ideologica che avrebbe diviso per assegnare ad alcune situazioni fondamentali il ruolo di a priori non soggetti a modifiche costituzionali e ai poteri della maggioranza parlamentare. Da qui tensioni (79) e contrasti (80) che continuano e si rinnovano nel succedersi dei decenni.

Il contesto sociale dal dopoguerra al nuovo millennio ha subito profonde modificazioni. La cornice del welfare State ha retto sino agli anni 1980 per ripiegarsi poi di fronte alla crisi dello Stato nazionale e dell'economia globale, sotto la spinta di un ritorno del liberismo economico. La crisi della crescita e della redistribuzione assieme ad una grave e persistente depressione economica ha reso, per alcuni, meno pressanti i diritti sociali e per molti altri ha mutato la percezione della loro difesa e le modalità delle forme di rappresentanza politica. Basta riflettere su ciò che sta accadendo in Europa. Se alla fine del millennio si è assistito a mobilitazioni contro gli esiti delle politiche neoliberistiche e dopo il 2008 si sono moltiplicati i movimenti contro l'austerità, « gli ultimi anni sono stati caratterizzati dalla riapparizione del lato oscuro della politica che stava, da almeno un decennio, riemergendo in tutta Europa » (81). Sino a mettere in discussione, oggi, al centro del vecchio continente, in Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia, i presupposti stessi dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.

Alla base esiste, da tempo, un malcontento verso la globalizzazione neoliberista sia a destra che a sinistra, ma con caratteri molto diversi. Contro lo sfrenato sviluppo del mercato si sono coalizzati « operai e colletti bianchi, studenti e disoccupati, anziani e giovani », ma anche una destra populista che si oppone ai tratti culturali della globalizzazione con posizioni razziste e anti immigrazione che confluiscono in forme di nazionalismo sfrenato. Ciò non stupisce perché « i movimenti sociali si sviluppano parallelamente sia a sinistra che a destra » (82), ma colpisce la diversa composizione dei fronti opposti.

Da una parte i giovani precari, in tutta l'Europa meridionale, che per provenienza culturale e di classe non possono certo essere definiti degli esclusi o perdenti, i pensionati e dipendenti pubblici, gli operai licenziati per i continui fallimenti delle imprese medie e grandi, i professionisti in balia delle grandi imprese. Una società « dei due terzi » in passato protetta da un sistema di economia di mercato e di sicurezza

sociale, ma colpita dalle politiche di austerità (83). Movimenti che richiedono il ripristino delle tutele sociali e « sfidano con indignazione l'ingiustizia dell'intero sistema », senza atteggiamenti antidemocratici, ma sperimentando forme nuove di partecipazione, attenzione ai beni comuni, modelli diversi di decisione politica, in Spagna, in Portogallo, in Italia, Grecia, sino a lambire l'Inghilterra e gli Stati Uniti.

Dall'altra parte quella che è stata definita una « grande regressione » a partire dalle spinte che hanno condotto alla brexit, le politiche di Trump, il Front National in Francia, l'AFD in Germania, Casa Pound in Italia, la destra austriaca, sino alle politiche antidemocratiche al centro dell'Europa, in Polonia, Ungheria e paesi vicini (c.d. gruppo di Visigrád). Accomunate tutte da alcuni tratti eterogenei che riguardano categorie tradizionalmente protette (imprenditori e dipendenti qualificati in determinati settori) o cittadini che si identificano con una comunità nazionale, ma non solo. La ricchezza ha giocato un ruolo nella vittoria di questi movimenti in Inghilterra (brexit) e in America (tea party e i seguaci di Trump) e soprattutto ha assunto un peso determinante una leadership personale che prevale e in certi casi esclude la partecipazione. Un populismo che « mobilita dall'alto per acclamare una figura autoritaria o ratificare le iniziative politiche del loro leader » (84). Che « non rafforza il popolo nella sua totalità, bensì un singolo leader » (85) il quale spesso si fa promotore di politiche di protezione sociale sottratte alla sinistra « che viene percepita come sostenitrice del libero mercato e priva di un'alternativa concreta » (86). Come tutto ciò evochi un male oscuro del passato è evidente (87).

Certo è che sino a quando i livelli di diseguaglianza e di risorse restano quelle attuali, « l'unità dell'Europa rimarrà una parola vuota ». Ciò che occorre è noto. Da un uniforme modalità di tassazione, alla ridefinizione di molte regole dei commerci, sino all'unificazione del comando politico (88) e alla capacità di decidere un comune modello sociale europeo. Ed è chiaro che tutto ciò può essere realizzato con una forte azione politica.

Il diritto civile può solo svolgere una funzione concorrente, non fosse altro perché non è mai stato esterno al farsi delle politiche sociali, contribuendo a « costruire e definire origini e caratteri della rilevanza costituzionale dello stato sociale » che si compone di un « insieme di trasformazione di saperi e di prassi, di rideterminazioni di confini tra diritto pubblico e diritto privato ». Come ci ricorda una imponente ricerca (89) storica (90) da cui si possono trarre utilissime suggestioni. Indico solo qualche tratto. Lo Stato sociale è frutto di « stratificazioni contraddittorie, prive di uno statuto ontologico chiaro, oggetto di molteplici occasioni di riflessioni, soprattutto nella seconda metà del novecento. Ove si succedono e convivono le diverse esperienze nazionali, sorte da spinte democratiche o da regimi totalitari. Con

un unico tratto comune. Governare politicamente i rischi in passato distribuiti in una dimensione privata, individuale o associativa. Senza un progetto politico omogeneo.

È evidente solo il passaggio da un'idea di beneficenza ad una di previdenza sino all'attuale ricerca di una protezione, capace di trasformare le istanze di sicurezza in diritti, secondo una sequenza che la storia ha tracciato in alcune tappe fondamentali.

Fra Otto e Novecento ha dominato l'idea di separazione e le leggi sociali sono state avvertite come un'eccezione incompatibile con il diritto di tutti « perché non si può conciliare l'inconciliabile ». Poi l'intreccio e la sovrapposizione hanno generato contrasti, inciso sull'assetto dell'ordinamento, sulla funzione amministrativa arricchita di authorities indipendenti, sulla dimensione legislativa e giurisdizionale. Sino alle proposte attuali di erogazioni « eguali, incondizionate, indipendenti dal lavoro e dal bisogno » che alterano la lotta per i diritti contro le ideologie mercantili liberiste e neo liberiste (91). Lotta che a ben vedere resta alla base di una tutela sociale capace di saldare la rilevanza costituzionale di determinate posizioni soggettive con strumenti e tecniche di protezione che spetta ancora al diritto privato fissare. Resta da precisare come.

7. — Gli strumenti sono i soliti. Dogma, storia, comparazione, ma non solo. Centrale è oggi la modalità di attuazione dei principi posti dalle leggi nazionali o di provenienza comunitaria, dai trattati dell'Unione e dalla cedu, mediante un'attività di « ricognizione inventiva » (92) resa necessaria dal mutare del sistema delle fonti e delle posizioni soggettive dei privati, di fronte a nuove regole e nuovi principi. I concetti e le categorie tradizionali debbono essere riviste con un'attenta opera di rideterminazioni di funzioni, obiettivi e tecniche operative. Solo qualche esempio.

Le libertà civili sono consacrate come valori nell'art. 2, tue che si fonda sul rispetto « della dignità, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani ». Queste libertà « alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare » devono essere « cristallizzate in formule giuridiche rigide » (93), inderogabili ed ogni loro violazione deve comportare un'azione politica forte e determinata nei confronti dei singoli e degli Stati. Per i diritti fondamentali la Carta dei diritti dell'Unione sancisce la loro indivisibilità sicché i diritti sociali non hanno un grado differenziato o minore e la tensione verso la loro tutela effettiva potrà giovare di questa essenziale parità (94).

Oltre la figura generale del diritto soggettivo, emerge l'esigenza di diversificare gli interessi umani in base al collegamento con una norma sostanziale o processuale e l'esistenza di un certo grado di tutela riconosciuta dalla legge.

Nell'area patrimoniale, dominata dalla libertà economica, è la situazione di potere che differenzia le posizioni e differenzia le tutele in base alla protezione accordata dalla legge che innova rispetto al passato, come attestano le riforme del BGB e del code civil. Nella disciplina della privacy è invece l'attribuzione di nuovi diritti attuati da rimedi effettivi la base anche del nuovo regolamento europeo (95).

Nei rapporti bioetici vige la tecnica del divieto e del dovere negativo, più adatta alla protezione dei diritti fondamentali (art. 3 carta di Nizza) (96). Insomma il diritto soggettivo e il dovere giuridico non esauriscono la regolazione delle posizioni soggettive ed emergono costruzioni capaci di aprirsi a tutte le particolarità dell'esperienza, assicurate da nuovi organi e da nuovi strumenti a seconda del tipo di interessi da proteggere e del bilanciamento di principi da attuare.

Da qui l'importanza di un quadro europeo (97) costruito da precise fonti e attuato dalle corti (98). Per questa funzione « inventiva » occorre un metodo tagliato sulla « cosa ». Le categorie ordinanti di Stato, territorio, sovranità devono coniugarsi con le culture e le tradizioni nazionali secondo il criterio dell'unità nella diversità ancora realistico e utile (99). Non solo. Il pensiero giuridico europeo deve procedere con un obiettivo che si riassume in una parola: equilibrio. Esige bilanciamento e ponderazione (libra è la bilancia) non per conservare l'esistente, ma per un percorso verso una nuova legalità (100) basata su forme nuove e diverse dal passato.

Sempre più spesso non si potranno utilizzare la fattispecie e il sillogismo.

Si dovrà abbandonare « l'ambizione di perseguire una verità assoluta, per abbracciare un pensiero capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali », in un diritto, come quello europeo, che non può essere del tutto prestabilito. Ove giudici e dottrina non debbono creare, ma trovare la regola nelle diverse culture e nei principi comuni che vanno interrogati. Tutto ciò è ben lontano da un governo dei giudici ed è espressione di una nuova forma di democrazia costituzionale, frutto di culture giuridiche diverse che stanno, da sessanta anni, sperimentando un progetto politico inedito e straordinario spinto da una memoria storica travolgente e da un metodo orientato dalla « ragionevolezza del sapere pratico » (phronesis) (101).

Fonte: Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.5, 1 OTTOBRE 2018, pag. 597

Autori: Giuseppe B. Portale

DIRITTO SOCIETARIO TEDESCO E DIRITTO SOCIETARIO ITALIANO IN DIALOGO

Sommario: 1. Gli ordinamenti giuridici come “vasi comunicanti” e i flussi tra Italia e Germania: dall'unificazione dei codici civile e commerciale sino alla recente riforma del diritto fallimentare italiano. — 2. Il dialogo sulla soggettività delle società di

persone. — 3. Vecchi e nuovi problemi in tema di interesse sociale: A) Interessenmonismus versus Interessenpluralität; B) Responsabilità sociale di impresa e società benefit; C) Esclusione di un contemperamento e di un bilanciamento tra interessi “lucrativi” e “non-lucrativi”. — 4. Il dialogo sul diritto dei gruppi. — 5. Il saldo dei flussi tra Germania e Italia nel tempo: grandi Maestri e giovani studiosi in dialogo.

1. È stato scritto, recentemente, interrogandosi sull'influenza del diritto civile italiano su quello tedesco, che « gli ordinamenti giuridici e, ancor più, la dottrina, soprattutto nel mondo di oggi, possono paragonarsi a dei vasi comunicanti che, pur conservando la propria identità, offrono e ricevono idee, regole, soluzioni... La storia insegna, peraltro, che soltanto alcune esperienze giuridiche hanno influenzato in misura significativa ordinamenti di altri paesi e che nei rapporti tra la cultura giuridica italiana e quella tedesca, il saldo attivo appare a favore della Germania, poiché — limitando l'esame al secolo scorso [e ai primi decenni del nuovo] — è certamente maggiore l'influenza della scienza giuridica tedesca su quella italiana » (S. Patti, 1917 ss.). Lo stesso giudizio può essere ripetuto, e forse con maggiore accentuazione, per il diritto societario italiano, a prescindere dalla c.d. “americanizzazione” — a partire, soprattutto, dalla metà degli anni '70 e gli inizi degli anni '80 del secolo scorso —, la quale ha caratterizzato la dottrina societaria e quella, soprattutto, del mercato dei capitali (Kapital- und Finanzmarktrecht) dell'Europa continentale.

Sempre nell'ottica della comparazione giuridica, un vantaggio poteva essere dato, forse, dalla circostanza che — agli inizi degli anni '40 del Novecento — in Italia era stata attuata (come era accaduto in Svizzera nel 1881 e, prima ancora ed in nuce, con il codice civile del 1820 per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla: Ranieri, 254 ss.) l'unificazione dei codici di diritto privato (codice civile del 1865 e codice di commercio del 1882), che ha avuto come risultato la creazione del codice civile del 1942, all'epoca apprezzato anche da J.W. Hedemann, il quale, in una lettera (1941) ad Asquini (Presidente, al momento, della Commissione per la riforma), parlava di apertura di un nuovo orizzonte pure per i giuristi tedeschi che avrebbe potuto « fare svoltare in analogia direzione... la riforma dei codici in Germania » (Rondinone, 521).

Ma l'importanza del nuovo codice civile, in realtà, non era data tanto dall'“unificazione” dei codici di diritto privato (imitata negli ultimi trenta anni, oltre che nei paesi latino-americani, in molti paesi europei: da ultimo, dal codice civile della Repubblica ceca, del 2012, e da quello ungherese del 2013), quanto, piuttosto, dalla sua modernità. In esso, infatti, sotto l'influsso determinante degli studi di Lorenzo Mossa, da un lato, venivano abbandonate sia la categoria del cosiddetto atto oggettivo di commercio isolato, che la figura del commerciante (reputato una speculatore); dall'altro, ancora una volta diversamente da quanto accadeva nei codici

civili della tradizione francese del XIX secolo (tutti incentrati sul diritto di proprietà), venivano ad assumere, al loro posto, una posizione centrale sia il concetto di impresa — come elaborato in Germania soprattutto da Karl Wieland: e cioè come attività professionale organizzata —, sia il soggetto che la esercita (l'imprenditore): considerato produttore di nuova ricchezza. A tutto questo bisogna aggiungere che nel codice del 1942 non trovava più posto la figura (di origine romana) della c.d. società civile (art. 1697 cod. civ. 1865; di società civile, parla ancora qualche autore — ad es., Galgano, 2.3., 41 s. — a proposito della società semplice, nel senso che ad essa è vietato l'esercizio di una attività commerciale: artt. 2251 e 2249, comma 2°, c.c.). Veniva, per contro, fornita una definizione generale — valida, quindi, per tutti i tipi di società (con la variante delle società di capitali unipersonali: per la s.p.a., art. 2328 c.c.; per la s.r.l. art. 2463 c.c.) — del contratto di società che faceva assumere a questo la natura di contratto di organizzazione (oltre che della stessa società) dell'attività di impresa con lo scopo (diversamente dal § 705 BGB e dal § 1 GmbHG tedesco) della produzione e della ripartizione dell'utile tra i soci (art. 2247 c.c.: « Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili »).

In questa sede, devo necessariamente limitare l'oggetto della mia relazione solo ad alcuni temi, trascurando, per le società di capitali, quelle parti che sono passate attraverso il filtro della normativa europea (ad es.: l'oggetto dei conferimenti in natura nella s.p.a., la nullità della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, ecc.). Come pure tutti gli argomenti sui quali ho avuto già modo di scrivere: ad esempio, quello della Vor- e della Nachgesellschaft, della Holz Müller-Lehre, della tutela costituzionale della partecipazione sociale (Verfassungsrechtlicher Schutz von Anteilsrechten), o dei Gesellschafterdarlehen: questi ultimi ora disciplinati, sebbene in modo non adeguato, sia nel codice civile (art. 2467, tra le norme che si occupano della società a responsabilità limitata; art. 2497-quinquies, nelle norme sui gruppi), sia nella c.d. legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267: art. 182-quater): mentre degli altri argomenti posso attestare che sono diventati familiari anche alla dottrina e (più raramente) alla giurisprudenza italiane. Devo ancora dire che, con specifico riguardo alla società per azioni, il discorso sarà limitato al c.d. sistema tradizionale (o latino) di corporate governance (strutturato notoriamente su tre organi: l'assemblea dei soci, il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale, come organo di controllo), avendo avuto assai scarso successo (malgrado gli sforzi dei germanofili che hanno lavorato in questo Istituto: me compreso; ma soprattutto Cariello; Bordiga) sia il sistema dualistico tedesco sia quello del Board.

2. Un primo punto di dialogo tra il diritto societario tedesco e quello italiano attiene alla natura delle società di persone (società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice). La questione sorge perché il codice civile del 1942 — discostandosi dal modello francese, che attribuisce la personalità giuridica a tutte le società, (v. ora, art. 1842 code civ. e art. L 210-6 Code comm.: Le Canu et Dondero, n. 364, 235 s.; Germain et Magnier, n. 1649 ss., 144 s.) —, riconosce la personalità alle sole società di capitali: da qui la distinzione tra società dotate e società prive della personalità giuridica. Questa distinzione — ispirata chiaramente al diritto tedesco —, emerge sia dal codice di procedura civile (art. 19, comma 2°, e 145, comma 2°, che determinano, rispettivamente, il foro, ai fini della competenza territoriale, e i modi di notificazione alle « società non aventi personalità giuridica », sia dall'art. 2331, comma 1°, c.c. (applicabile pure agli altri due tipi di società di capitali: società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata), il quale stabilisce, per la società per azioni, che il momento dell'acquisto della personalità coincide con quello dell'iscrizione nell'Unternehmensregister (una sintesi in Galgano, 2.2., 33 ss.).

Sebbene nell'ultimo dopoguerra, in Italia, si sia autorevolmente parlato di « crisi » o addirittura di « dissolvimento del concetto di persona giuridica », altrettanto autorevolmente è stato correttamente replicato che di fronte al frequentissimo e variamente significativo utilizzo di questa categoria a tutti i livelli normativi, il giurista positivo non può discutere « se sia una categoria che meriti di essere ancora impiegata o piuttosto da abbandonare » (Rivolta, 172). Del tutto giustificati risultano, pertanto, anche per il nostro diritto, i tentativi, sul piano sistematico e su quello dommatico di dare un significato alla contrapposizione tra società con personalità giuridica e società senza personalità giuridica. Volendo fare un raffronto tra i due ordinamenti (quello germanico e quello italiano) è singolare riscontrare che in entrambi i sistemi sono state prospettate, sostanzialmente, le stesse costruzioni o, quanto meno, costruzioni vicine. Così, di sicuro, è stato “importato” dall'esperienza tedesca il richiamo (cfr., ad es., Greco, 200 ss.), per la verità non più attuale, della teoria della proprietà in mano comune (Gesamthandslehre), in Germania notoriamente discussa — fino alla fondamentale decisione del BGH del 29 gennaio 2001 (in BGHZ, Bd. 146, 341 ss., sulla quale v., ampiamente, Fleischer u. Agstner, 322 ss.). Ugualmente, non attuali sono da considerare le tesi che reputano tutte le società (sia di persone che di capitali) dotate di personalità giuridica (Graziani, 55, dove pure un richiamo alla Gesamthand). Anche se tuttora non mancano voci che sostengono, per le società di persone, la tesi della comunione precisandone la natura di patrimonio destinato dei beni sociali (G. Ferri, 213 ss.), o che affermano che si resta « non sul

piano di una inesistente soggettività, ma su quello dell'autonomia patrimoniale » (Ragusa Maggiore, 165 ss.), in letteratura l'opinione ormai dominante è quella che riconosce nelle società di persone, pur prive della personalità giuridica, un rapporto di alterità (ossia di terzietà) tra società e soci, attribuendo di conseguenza alle medesime una soggettività. Soggettività che viene distinta dalla personalità giuridica, in quanto quest'ultima implica un'organizzazione corporativa (= la presenza di una pluralità di organi, ciascuno dotato di una specifica competenza: nella s.p.a — come già detto — assemblea, consiglio di amministrazione e collegio sindacale).

Gli argomenti utilizzati per pervenire a questa conclusione sono in parte coincidenti con quelli che si riscontrano nella recente dottrina e nella giurisprudenza tedesche (fra tanti, Fleischer u. Agstner, 322 ss.; Schäfer, § 105, Rdn. 40 ss., 54 ss.; K. Schmidt, 201 ss.), anche se, in Germania, la discussione è, in verità, molto risalente, con spunti anticipatori riscontrabili già sotto il vigore dell'ADHGB (= cod. comm. Generale tedesco) del 1861: v., ad esempio, la tesi di dottorato di Max Weber, 5-8, dove, occupandosi dell'OHG (= s.n.c.), egli contrappone questa alla società romana, facendo riferimento, sul piano dommatico, a un « Subjekt, oder doch etwas einem Subjekt Entsprechendes, dessen Funktionen Versehendes zu finden » (= un soggetto, o qualcosa corrispondente ad un soggetto, del quale è da trovare la funzione).

A tale proposito, nella letteratura e nella giurisprudenza italiane — a prescindere dalla sottolineatura della posizione dei creditori personali del socio rispetto al patrimonio della società che non possono aggredire per soddisfarsi, e di quella dei creditori della società che non possono aggredire direttamente il patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili —, la tesi della soggettività delle società di persone, attualmente, è soprattutto fondata su specifici argomenti di diritto positivo. Il richiamo è, in primo luogo, all'art. 2266, comma 1°, c.c. (che nella sostanza corrisponde al § 124, Abs. 1, HGB), per il quale è la società (= gruppo unificato dei soci) che diventa titolare dei diritti e delle obbligazioni relative, al pari di qualsiasi altro soggetto di diritto. Ed ogni possibile dubbio al riguardo, dopo la modifica del 1985, è ora eliminato dal testo dell'art. 2659 c.c., il quale stabilisce espressamente che la trascrizione degli acquisti immobiliari è effettuata, anche per le società di persone, al nome della società. A tutto questo si può aggiungere, peraltro, che anche dette società hanno un proprio nome (art. 2292 e 2314 c.c.: lo sottolineava già M. Weber, 8) ed una propria sede (art. 2295, comma 4°, c.c.), distinti da quelli dei soci (G.F. Campobasso, 45 s.).

3. I dialoghi più impegnativi tra i due diritti societari, da sempre e soprattutto dopo la codificazione del 1942, sono stati concentrati sulle società di capitali: in particolare sulla società per azioni. Fra questi uno dei dibattiti iniziati alla fine degli anni '50 del secolo scorso è quello sull'interesse sociale (Unternehmensinteresse/Gesellschaftsziel: Mengoni, 434 ss.; Mignoli, 725 ss.; Jaeger). Con l'inizio del secolo XXI, questo tema ha assunto, nel nostro diritto, un nuovo approccio: sia in collegamento con la problematica della Corporate Social Responsibility (=CSR), sia perché in Italia sono state di recente introdotte — prendendo a modello, primo paese europeo a farlo, le Benefit Corporations statunitensi (Assonime [1], 161; Corso, 1001 ss.; Prataviera) — le società denominate benefit, le quali « nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse » (art. 1, comma 376, l. 28 dicembre 2015, n. 208: c.d. legge di stabilità 2016). Venendo ulteriormente precisato che per altri portatori di interesse si intendono: « ... il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attività delle società [benefit], quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile ». Dopo avere ancora una volta segnalato (dietro, n. 1) — lasciando da parte le società di capitali unipersonali (artt. 2328, comma 1°, e 2463, comma 1°, c.c.) — che l'art. 2247 c.c. stabilisce che « con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili », è da domandarsi se il diritto societario imponga, nella società per azioni, il perseguimento di un « unico interesse » (ed allora quale ed in quale significato) o di una « pluralità di interessi » da meglio identificare e declinare (Interessenmonismus versus Interessenpluralität). Ed il problema non è solo se in questa prospettiva rilevino uno o più interessi, ma in quali termini e su quali piani assumano eventualmente rilevanza le varie categorie di interessi (così, lucidamente, Tombari [1], 20 ss., tenendo presente uno scritto di Fleischer [1], § 76, Rdn. 22 ss., 1024 ss.).

A) Per gli studiosi qui presenti di altri paesi (tranne che per Angelici e Tombari, i quali hanno ben scritto sull'argomento, con ampio uso della comparazione giuridica), desidero ricordare che sulla questione, in Germania, si contrappongono — prescindendo da altri di minore rilievo — due diversi approcci. Il primo è adottato dalla dottrina prevalente, che — di fronte alla norma del § 76, Abs. 1, AktG 1965, secondo la quale « il consiglio di gestione [il Vorstand] deve gestire [leiten] la società sotto la propria responsabilità » — afferma, in primo luogo, che da tale norma si desume che non esiste un rapporto di mandato tra azionisti e i componenti del

Vorstand. Dopo di che — tracciata la storia, attraverso l'esame dei lavori preparatori sia del § 70, Abs. 1, AktG 1937 (che poneva, notoriamente, il c.d. Führerprinzip, espressione dell'ideologia nazionalsocialista, come rispecchiavano pure i Commentari dell'epoca), sia del citato § 76, Abs. 1, AktG 1965 — l'orientamento in discorso perviene alla conclusione che quest'ultima disposizione (come già quella del 1937) rappresenta la base normativa di una interessenplurale Zielkonzeption. Con questa interpretazione si attribuisce al Vorstand una (sia pur limitata) discrezionalità anche nei confronti della potenza di voto degli azionisti, salvo che si tratti di competenze spettanti all'assemblea (§ 83 AktG 1965). Ne consegue — sempre secondo questo approccio — che il Vorstand non deve utilizzare la sua discrezionalità unicamente a favore degli azionisti, né d'altra parte a favore del beneficio comune (Gemeinwohl). È piuttosto suo compito, nel caso di interessi tra loro divergenti, procedere ad un loro bilanciamento per arrivare ad una decisione (c.d. Gebot praktischer Konkordanz). Anche se poi si ammette che, nell'esercizio della sua discrezionalità, il Vorstand deve ragionevolmente tenere conto (angemessen zu berücksichtigen) del rischio dell'investimento degli azionisti, assicurando ai medesimi una « rendita adeguata a detto rischio », senza per il resto stabilire priorità tra gli altri interessi di quanti sono coinvolti nell'impresa (v., dettagliatamente, Hüffer / Koch, § 76, Rdn. 27-33, 466 ss.; Fleischer [1], cit.). A questa dottrina — che corrisponde, a partire dal 2009, al dettato del Principio (Ziffer) 4.1.1. del « Deutscher Corporate Governance Kodex » (= DCGK: per un commento di questo Principio: von Werder, Rdn. 800 ss., 190 ss.) — si è tentato (Hommelhoff [1], 291 ss.; Id. [2], 329 ss.), puntigliosamente, di trovare un fondamento anche nella Direttiva 2014/95/UE (peraltro, fortemente contrastata, durante la fase dell'elaborazione, dalle Associazioni apicali degli imprenditori e dai politici tedeschi: Kinderman, 613 ss.). Nella Direttiva, cioè, che ha imposto l'integrazione della relazione annuale sulla gestione con la comunicazione di informazioni di carattere « non finanziario » per i c.d. enti di interesse pubblico (per quanto qui rileva: le società quotate in borsa, le banche e le imprese di assicurazione) di certe dimensioni: c.d. CSR.

Un diverso approccio rispetto a quello descritto è adottato da altra parte della letteratura che, benché minoritaria, è assai bene rappresentata (Fleischer [1], cit.; Id. [2], 411 ss.; Mülbart, 129 ss.; Habersack, E 15 ss.). Volendo sintetizzare al massimo, questo secondo orientamento, in primo luogo, contesta la permanente tacita vigenza della norma del § 70, Abs. 1, AktG 1937. Si afferma, al proposito, che il principio in esso enunciato — a parte le difficoltà sistematiche che incontra il concetto di « Wohl des Betriebs » (nella Ziffer 4.1.1. del DCGK: « Unternehmensinteresse »), il quale non

si lascia concretizzare né dal punto di vista della titolarità, né da quello del contenuto — si è, con il tempo, sbiadito, in quanto le successive riforme hanno arricchito di nuovi valori il diritto dell'impresa. In ogni caso, nel contrasto tra Interessenmonismus ed Interessenpluralität (o, se si preferisce, tra shareholder-value- e stakeholder-value-Orientierung), si sostiene che la preferenza deve andare al primo modello, perché, anzitutto, diminuisce i costi in quanto alleggerisce la misurabilità dei risultati, riducendo la discrezionalità del management. Per contro, lo stakeholder-value-Management non rende percepibile alcuno scopo (Zielfunktion) ed in questo modo si trasforma in una formula che sembra costruita quasi per giustificare un qualsiasi comportamento del Vorstand. Questo approccio — si dice ancora — porta ad un aumento dei costi di finanziamento per l'impresa, perché conduce alla distribuzione di patrimonio sociale a danno dei soci, i quali di conseguenza pretendono un maggior Risikoprämie. Ancora, si aggiunge che tale orientamento si scontra con l'obiezione che i manager non sono particolarmente legittimati, né qualificati, per la promozione degli interessi concernenti il beneficio comune (Gemeinwohlbelange): si reputa, infatti, che valutazioni e decisioni redistributorie attengano (quasi) alla sfera della politica, così che non dovrebbero porsi nell'ambito dell'esercizio dell'impresa, bensì meglio collocarsi sul piano della politica.

Questa prospettiva che assegna la priorità all'interesse degli azionisti riconosce, tuttavia, che un moderato approccio nella direzione dello shareholder-value non può svolgersi senza ponderazioni e senza effettuare prognosi, né sopprime la discrezionalità del Vorstand. E dichiaratamente lascia anche spazio a decisioni imprenditoriali a sostegno di interessi altri rispetto a quelli degli azionisti, se non in contrasto con gli interessi di questi ultimi (ad esempio: elargizioni ad un museo; sostegno dei lavoratori: e v., ora, anche, Hahn, 474 s.).

B) Tornando al diritto italiano, l'art. 2247 c.c., sopra trascritto, pur derogato talvolta da leggi speciali, comporta, decisamente, l'adozione di un concetto « monistico » (lucrativo) dell'interesse sociale, in quanto stabilisce che i conferimenti dei soci sono destinati all'« esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili ». Ed anche il punto 1.P.2. del Codice di autodisciplina si esprime nello stesso senso (« Gli amministratori agiscono e deliberano con cognizione di causa e in autonomia, perseguendo l'obiettivo prioritario della creazione di valore per gli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo »). Malgrado ciò — soprattutto dopo l'attuazione della Direttiva 2014/95/UE (con il decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254 = d. lgs. n. 254/2016) e l'introduzione della « società benefit » — è stata nuovamente aperta (come anticipato: retro, n. 1) la discussione (per tutti: Angelici [1], 3 ss.; Id. [2], 1 ss.; Tombari [1], cit.; M. Stella Richter, 953 ss.: tutti, con riferimenti

aggiornati) se il c.d. interesse lucrativo (o scopo di lucro) « assuma ancora un ruolo esclusivo (o comunque egemone), o se invece l'organo amministrativo (Vorstand) debba o comunque possa “contemperarlo” con “altri interessi” posti sullo stesso piano e coinvolti, a vario titolo e causa, nell'impresa azionaria » (Tombari [1], cit.). Per maggiore chiarezza, è bene occuparsi distintamente della « Corporate Social Responsibility » e della « società benefit ».

a) Devo anticipare che tanto la Direttiva sulle comunicazioni « non finanziarie » (e il suo recepimento nella normativa nazionale) quanto la « società benefit » non si sono sottratte né a perplessità, né a scetticismo. Per quanto riguarda la prima, non si è mancato, infatti, di rilevare « qualche contraddizione fra scelte politiche e conseguenti vicende normative che sottolineano in vario modo l'esigenza di imprese “socialmente responsabili” e la diffusa sensazione di essere in una fase storica per così dire caratterizzata dalla vittoria del “neoliberismo”, di cui è tipica invece una visione del mondo e dell'uomo esasperatamente individualista » (Angelici [1], cit.). Con riferimento a entrambe le novità, è stato scritto che « i problemi di disciplina che gli stati nazionali non riescono più a risolvere nell'era della globalizzazione e del supercapitalismo non pare che possano trovare soluzione con le formule e i modelli ... della corporate social responsibility e della società benefit o benefit corporation. A ben vedere ... [la] responsabilità sociale di impresa [è] di fatto già in crisi e superata dalla ... società benefit. E d'altra parte, la società benefit pare potere riguardare solo piccole realtà, imprese marginali con ristretta compagine sociale. Il modello della società benefit non è adatto alle grandi imprese azionarie... » (M. Stella Richter, cit.).

Tanto detto, senza potermi soffermare sui problemi interpretativi posti dalla normativa di attuazione (d.lgs. n. 254/2016: per un primo esame, Assonime [2]) della Direttiva, mi limito a dire che da essa emerge, senza incertezze, che detta normativa non ha alcun carattere derogatorio alla concezione « monistica » dell'interesse sociale come scopo di lucro sancito dall'art. 2247 c.c. per le società di diritto comune (cioè non soggette a leggi speciali: come accade, ad es., per la società benefit). In altri termini: quanto meno per il diritto italiano (per quello tedesco, un panorama aggiornato è fornito dalla « Dissertation » di Roth-Mingram), con la CSR e le sue vicende legislative non si è voluto realizzare una visione pluralistica dell'impresa e della società. Con l'introduzione dell'obbligo della comunicazione (il d.lgs. n. 254/2016 usa il termine “dichiarazione”) delle notizie « non finanziarie », in realtà si è voluto soltanto adottare il c.d. « comply or explain-Mechanismus », caratterizzato dalla volontarietà: senza che, per la società interessata, venga ad esistere alcun altro obbligo, oltre quello di predisporre la relazione contenente le predette notizie (per la documentazione, v. anche Bruno).

In conclusione, la normativa in esame realizza la CSR delle società ad essa soggette imponendo unicamente un momento — come è stato scritto — di (significativa) “trasparenza” alle politiche “sociali” che le grandi imprese intendono perseguire entro i limiti posti dal sistema. In questa prospettiva, le “informazioni non finanziarie” sono allora tese, da un lato, a fare conoscere agli stakeholders l’« impatto sociale » della singola impresa e, dall’altro, ad indicare ai soci se ed eventualmente come gli amministratori (nel rispetto della regola, in Italia solo giurisprudenziale, della business judgement rule) hanno operato per interessi diversi da quelli lucrativi dei soci (Tombari [1], cit.; Angelici [1], cit., dopo avere riportato anche i dubbi avanzati, a livello comparatistico, sulle reali motivazioni della CSR).

b) Quanto alle società benefit, va rammentato che queste, oltre allo scopo lucrativo, devono perseguire « una o più finalità di beneficio comune » (art. 1, comma 376, l. n. 208/2015). Per conseguire tale risultato, è stata dettata una disciplina particolare, che modifica o integra la disciplina di diritto comune. È stabilito così che « la società benefit, fermo restando quanto previsto nel codice civile, deve indicare, nell’ambito del proprio oggetto sociale, le finalità specifiche di beneficio comune che intende perseguire » (art. 1, comma 379).

Un raffronto con l’art. 2247 c.c. mostra, allora, che all’interesse monistico (lucrativo) alla realizzazione dell’interesse dei soci che questa disposizione impone agli amministratori (Vorstand), nelle società benefit ne è aggiunto un secondo: l’obbligo (non dunque: la facoltà) del perseguimento di « una o più finalità di beneficio comune » (Corso, cit.; Tombari [1], cit.; Angelici [2], cit.); intendendosi per tale il conseguimento « di uno o più effetti positivi o la riduzione degli effetti negativi » (art. 1, comma 378, lett. a) a favore di una delle categorie indicate dalla normativa (v. sopra all’inizio). E per completezza è ancora da segnalare che: aa) il Vorstand deve gestire l’impresa della società bilanciando gli interessi dei soci con gli interessi dei destinatari del beneficio comune (art. 1, comma 380): e non a caso è precisato dalla dottrina (M. Stella Richter, cit.) che alla business judgement rule si affianca una benefit judgement rule; bb) può assumere la qualifica di società benefit qualsiasi tipo di società (ed anche le società cooperative), sebbene si preconizzi, da un lato, l’impiego delle sole forme capitalistiche; dall’altro, la scarsa rilevanza nella pratica che queste società potranno, in ogni caso, assumere, anche per i maggiori costi organizzativi che devono sopportare; cc) gli stakeholders nella società per azioni benefit non sono legittimati né a revocare i componenti del consiglio di amministrazione né ad agire in responsabilità nei loro confronti. Questo accade perché tali società devono perseguire e contemperare il duplice scopo (lucro soggettivo dei soci e “beneficio

comune”) per una libera scelta dei soci, i quali, per le ragioni più diverse, cristallizzano nello statuto la loro volontà di perseguire quel duplice scopo: trovando così una adeguata giustificazione l'attribuzione solo ad essi (e non anche agli stakeholders) della legittimazione a revocare i Vorstandsmitglieder o ad agire per la loro responsabilità (Tombari [1], cit.).

C) L'analisi, sia pure molto semplificata, della normativa italiana sulla CSR e delle società benefit porta a condividere la conclusione della letteratura giuridica che da essa non è possibile argomentare che, per le società di capitali di diritto comune (= non rette da leggi speciali) si sia verificato il passaggio da un monistisches ad un pluralistisches Unternehmensinteresse: la norma base del diritto societario resta, pertanto, espressa dall'art. 2247 c.c. Questo, tuttavia, non elimina l'ulteriore problema, sempre più attuale, se anche società non benefit possano operare con finalità sociale. Non potendo ulteriormente soffermarmi sul tema, mi limito a considerare meritevole di adesione quella dottrina la quale afferma che in siffatte società l'interesse di categorie diverse dai soci e non legate alla società da alcun vincolo contrattuale possono (si tratta, pertanto, di una facoltà) essere perseguite (con singoli atti o con una attività) dal Vorstand se ricorre una duplice e concomitante condizione. La prima è che questo deve avvenire in via subordinata rispetto agli interessi lucrativi dei soci. La seconda è che, in ogni caso, ciò deve avvenire in modo strumentale allo scopo di lucro della società (Assonime [2], cit.). Il che significa che non può sussistere alcuno spazio per un contemperamento ed un bilanciamento tra interessi “lucrativi” e “non-lucrativi” (Tombari [1], con diffusi richiami).

4. Qualche cenno desidero ancora dedicare, nel confronto tra diritto tedesco e diritto societario italiano, ad una delle parti più rilevanti di un moderno diritto societario europeo (Fleischer [3], 1 ss.): il diritto dei gruppi. Al proposito, sono necessarie alcune precisazioni e considerazioni di carattere generale. Occorre, in primo luogo, ammettere che, tradizionalmente, è stata importante l'influenza sulla dottrina italiana del modello legislativo contenuto nell'Aktiengesetz del 1965, come pure del dibattito sviluppatosi in Germania su questo modello: sia nella giurisprudenza teorica che in quella pratica. Limitando l'analisi al periodo 1974-1997 è sufficiente ricordare gli scritti di Marcus Lutter pubblicati sulla Rivista delle società (Lutter, [1], 1 ss.; Id. [2], 1295) e la forte presenza di Colleghi tedeschi all'importante Convegno internazionale di studi di Venezia del novembre 1995 (Hopt; Lutter u. Zöllner; Hommelhoff; U.H. Schneider: v. Balzarini e altri) dedicato ai « gruppi di società ». E vanno pure richiamati, da un lato, il volume curato da A. Pavone La Rosa, che, pubblicato all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, era teso ad impostare uno “studio critico” dei gruppi di società in assenza di una specifica disciplina nel nostro

codice civile: in esso era ben presente l'esperienza giuridica germanica. Dall'altro lato, la stessa esperienza era alla base delle nostre prime due importanti monografie sul tema: quella di G. Scognamiglio e quella di Tombari, [2]. Va segnalato, anzi, che nella seconda di queste — peraltro, in gran parte, elaborata qui ad Heidelberg —, per la prima volta nel dibattito italiano, è stata indicata l'opportunità di considerare il « diritto dei gruppi » (Konzernrecht) non solo come « Schutzrecht » (a tutela dei soci e dei creditori: anzitutto, della società « dipendente »), ma anche come « Organisationsrecht », volto a disciplinare i profili essenziali del « governo » del gruppo, come forma di organizzazione dell'impresa (Tombari, [2], cit.). E chiare appaiono in questo contesto le suggestioni provenienti dalla c.d. Lutter-Schule.

Con la riforma del 2003 delle società di capitali è stata finalmente coniata nel diritto italiano una specifica disciplina della « direzione e coordinamento di società » (artt. 2497-bis e 2497-septies c.c.), la quale, senza dubbio, costituisce uno dei momenti più innovativi della detta riforma. Questa disciplina, infatti, rappresenta uno speciale modello nel panorama comparatistico e risulta caratterizzata da profonde differenze rispetto al modello tedesco [per un quadro di insieme e per ulteriori riferimenti: Abbadessa e Portale (diretto da), sub artt. 2497-2497 septies, t. 2, 3008 ss.; Tombari, [3]].

In una tale prospettiva, va primieramente fatto rimarcare che il diritto italiano dei gruppi concerne — diversamente da quello germanico —, tutte le società appartenenti ad un gruppo, a prescindere dalla forma da esse prescelta. Un'altra caratteristica della disciplina del codice civile sulla « direzione e coordinamento di società » è rappresentata dalla circostanza che essa si presenta come una legislazione basata su principi e clausole generali. Una legislazione, dunque, che potrebbe risultare più adeguata — anche a costo di inevitabili margini di incertezza interpretativa —, rispetto ai concreti e mutevoli problemi della realtà del gruppo. Dopo questa premessa, occorre precisare che la normativa italiana è tesa ad una doppia « macro »-finalità (Tombari, [4], 77 ss., con citazioni).

a) Essa è volta a legittimare la « politica di gruppo » entro il limite dei vantaggi compensativi, come è stabilito nell'ultima parte dell'art. 2497, comma 1°, c.c. In questo senso il diritto italiano rappresenta (anche) un modello (se non di Organisationsrecht quanto meno) di « Enabling Law », ossia di un diritto che rende possibile o comunque agevola una determinata sistemazione di interessi, la quale altrimenti non poteva essere realizzata negli stessi termini. Ed è da precisare che questa possibilità di compensazione del danno si presenta più ampia rispetto a quella

stabilita dal § 311 AktG, in quanto, da una parte, non è limitata alle sole s.p.a. (come accade in Germania), dall'altra, non è richiesta una compensazione di tipo « ragionieristico » del danno, come diversamente è imposto per il « gruppo di fatto » tedesco.

b) Il secondo profilo che deve essere fatto rimarcare riguarda la previsione, allo stesso tempo, di strumenti di pubblicità e trasparenza (articoli da 2497-bis a 2497-ter c.c.), come pure di reazione ad eventuali abusi dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), a tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società eterodiretta. Soprattutto, il primo aspetto ha trovato recentemente apprezzamenti anche nella letteratura tedesca, dove è stato scritto che « le disposizioni sulla pubblicità dei gruppi ex art. 2497-bis del codice civile, in particolare la creazione di un Konzernregister, indicano strade su come l'informazione sui gruppi di imprese può essere migliorata a livello europeo » (Fleischer [3], 11). E allo stesso modo e per il medesimo fine, è stata anche richiamata l'attenzione sulla normativa secondaria prescritta dalla CONSOB sulle operazioni con parti correlate, che nella seconda metà del 2014 ha riscaldato il dibattito di politica legislativa nell'ambito della Presidenza italiana del Consiglio Europeo (Fleischer [3], cit.).

5. In apertura di questa relazione, ho detto che nel confronto tra diritto societario germanico e diritto societario italiano, quanto meno dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, il saldo attivo è decisamente in favore del primo. Ma non è sempre stato così. Andando indietro nel tempo, per arrivare alla fine dell'ottocento, i rapporti tra giuristi italiani e quelli tedeschi erano frequenti. Lo provano, ad esempio, la dedica del primo volume del Trattato di diritto commerciale (« I commercianti »), Torino, 1893, di Cesare Vivante — il grande Maestro che, per la prima volta, ha portato a sistema, modernizzandolo, il nostro diritto commerciale —, a Levin Goldschmidt. Nonché la dedica del secondo volume dell'Handelsrecht (« Die Kapitalgesellschaften »), München u. Leipzig, 1931, di Karl Wieland a Lorenzo Mossa, il quale ricambiava dedicando al primo un suo lavoro, La cambiale secondo la nuova legge, Milano, 1937 (significativa, anche, l'ampia recensione di Jacobi della Dichiarazione cambiaria, Pisa, 1930, dello stesso Mossa, 280 ss.).

Negli ultimi decenni, a differenza di quanto è accaduto in altri settori del diritto [ad esempio, nel diritto processuale civile, nella dottrina dello stato (Staatslehre), oppure nel diritto internazionale privato: con gli studi di Erik Jayme, fra i quali spicca il volume sul nostro Pasquale Stanislao Mancini, del quale ha scritto che la sua influenza sulla creazione delle norme tedesche di diritto internazionale privato è stata superiore sia a quella di C.F. Savigny che a quella di K.J.A. Mittermayer (S. Patti, cit.)], né il diritto commerciale in generale, né specificamente il diritto societario italiano hanno

riscosso particolare interesse. Le eccezioni sono poche. Di esse desidero ricordare quella risalente negli anni di Marcus Lutter [3], il quale già nella sua Habilitationsschrift (1964) dimostrava una sorprendente conoscenza della letteratura italiana in materia di conferimenti in natura (Sacheinlagen) e di capitale sociale (Grundkapital/Stammkapital) nelle società di capitali. Più recentemente anche negli scritti, di taglio comparatistico, di Holger Fleischer (e v., pure, Fleischer e Maugeri, 78 ss.) si riscontra interesse al diritto societario italiano. Lo squilibrio a favore del diritto tedesco dipende, certamente, dalla non diffusa conoscenza della lingua di Dante e di Manzoni, come dimostrano, d'altronde, i casi particolari di Filippo Ranieri, Herbert Kronke e Peter Kindler, i quali — insieme al già citato Erik Jayme, a Christian Baldus ed Heinz-Peter Mansel — molto hanno fatto per la diffusione della cultura giuridica italiana in generale: gli ultimi due (Kronke e Kindler), soprattutto, di quella del diritto commerciale e del diritto societario.

Concludo dicendo che — malgrado gli attuali difetti della nostra procedura di reclutamento dei docenti universitari — la produzione scientifica italiana non sempre merita l'oblio. Perché, a questo proposito, non solo basterebbe ricordare in materia di diritto commerciale e di diritto societario i lavori fondamentali di Carlo Angelici, che ancora una volta ha voluto dimostrarmi — ascoltandomi — la sua stima ed amicizia, ma bisogna anche dire che non sono pochi i nostri studiosi, giovani e meno giovani, dotati, oltre che di ampia cultura storico-comparatistica, di forti capacità dommatiche e costruttive. E mi piace ricordare che, di essi, molti appartengono a quello che, talvolta, viene ormai designato come « Heidelberger Kreis », che — impegnato nella importazione e nella diffusione in Italia di modelli ed esperienze straniere —, è qui ben rappresentato da Enrico Ginevra, Umberto Tombari e Andrea Zoppini e da tanti altri più giovani colleghi presenti in quest'aula.

Nota bibliografica

Abbadessa e Portale (diretto da), Le società per azioni. Commentario, Milano, 2016; Angelici [1], Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d'impresa, in Riv. soc., 2018; Id. [2], Società benefit, in Orizzonti del diritto commerciale (rivista on line), 2/2017; Assonime [1], Circolare (n. 13 del 12 giugno 2017), Gli obblighi di comunicazione delle informazioni non finanziarie; Id. [2], Circolare (n. 19 del 20 giugno 2016), La disciplina delle società benefit, in Riv. soc., 2017; Balzarini-Carcano-Mucciarelli (a cura di), I gruppi di società (Atti del Convegno Internazionale di Studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995), Milano, 1996; Bordiga, La funzione del consiglio di sorveglianza,

Milano, 2016; Bruno, Dichiarazione “non finanziaria” e obblighi degli amministratori, in Riv. soc., 2018 (in corso di stampa); G.F. Campobasso, Diritto commerciale. 2. Diritto delle società 9, a cura di M. Campobasso, Torino, 2015; Cariello, Il sistema dualistico, Torino, 2012; Corso, Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova “qualifica” tra profit e non profit, in Nuove leggi civ., 2016; Ferri, Diritto commerciale 15, Torino, 2016; Fleischer u. Agstner, Personengesellschaften in Italien und Deutschland, in RabelsZ, 2017; Fleischer [1], in Spindler / Stilz, Komm. zum AktG 3, Bd. 1, München, 2015; Id. [2], Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht, in ZGR, 2017; Id. [3], Europäisches Konzernrecht: Eine akteurzentrierte Annäherung, ivi; Galgano, Diritto commerciale. Le società 18, Bologna, 2013 (ristampa aggiornata); Germain et Magnier, Les sociétés commerciales 22, in Ripert et Roblot, Traité de droit des affaires, t. 2, Issy-les-Moulineaux, 2017; Graziani, Diritto delle società 5, Napoli, 1963; Greco, Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali, Torino, 1959; Habersack, Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung, in Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten, Teil E, München, 2012; Hahn, Die Parteispende der Aktiengesellschaft, in AG, 2018; Hommelhoff [1], Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse - Die Revolution übers Bilanzrecht, in Festschrift für Bruno Kübler zum 70. Geburtstag, München, 2015; Id. [2], Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, in NZG, 2015; Hüffer u. Koch, Aktiengesetz 13, München, 2018; Jacobi, Lorenzo Mossas Wechselsrechtstheorie, in Zeitschr. für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1933; Jaeger, L'interesse sociale, Milano, 1963; Kinderman, Corporate Social Responsibility - Der Kampf um die EU-Richtlinie, in WSI Mitteilungen, 2015; Le Cannu et Dondero, Droit des sociétés 6, Paris, 2015; Lutter [1], Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo, in Riv. soc., 1974; Id. [2], Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza, ivi, 1975; Id. [3], Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Heidelberg, 1964; Maugeri e Fleischer, Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano, in Riv. soc., 2013; Mengoni, Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni, in Riv. soc., 1956; Mignoli, L'interesse sociale, ivi, 1958; Mossa, (basta qui richiamare:) I problemi fondamentali di diritto commerciale, in Riv. dir. comm., 1926, I, 325 ss. (dove richiami a Wieland e a Nussbaum), nonché la recensione a Oppikofer, Das Unternehmensrecht, Tübingen, 1927, in L'impresa nell'ordine corporativo, Firenze, 1927 (raccolta di saggi); Mülbart, Shareholder value aus rechtlicher Sicht, in ZGR, 1997; S. Patti, L'influenza del diritto civile italiano sul diritto tedesco, in Studi dedicati

a Mario Libertini, III, Milano, 2015; Pavone La Rosa (a cura di), I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico, Bologna, 1982 (dove anche uno scritto di A. Piras sui gruppi nel diritto tedesco); Prata, Società benefit e responsabilità degli amministratori, in Riv. soc., 2018; Ragusa Maggiore, Trattato delle società. I. Le società in generale. Le società di persone, Padova, 2000; Ranieri, in Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, hrsg. von Coing, 3. Bd., 1. Teilbd., München, 1982; Rivolta, Diritto delle società. Profili generali, Torino, 2015; Rondinone, Storia inedita della codificazione civile, Milano, 2003; Roth-Mingram, Corporate Social Responsibility in der Sozialen Marktwirtschaft - Mit system- und rechtsvergleichenden Impulsen aus den Vereinigten Staaten von Amerika und der Volksrepublik China, Baden-Baden, 2017; Schäfer, in Grosskomm HGB 5, 3. Bd., Berlin, 2009; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 4, Köln, 2002; G. Scognamiglio, Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società, Torino, 1996; M. Stella Richter jr., Corporate social responsibility, social enterprise, benefit corporation: magia delle parole?, in Vita not., 2017; Tombari [1], L'organo amministrativo di S.p.a. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi", in Riv. soc., 2018; Id. [2], Il gruppo di società, Torino, 1997; Id. [3], Diritto dei gruppi di imprese, Milano, 2010; Id. [4], Il "diritto dei gruppi": bilanci e prospettive per il legislatore comunitario, in Riv. dir. comm., 2015, I; M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Nach europäischen Quellen, Stuttgart, 1889 (Nachdruck, Amsterdam, 1964); von Werder, in Kremer - Bachmann - Lutter - v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex. Kommentar 7, München, 2018.