

L. DANIELE, A. VIGNOLI, M.N. CAMPAGNOLI (a cura di), *Giustizia e potere(i).  
Riflessioni sull'indipendenza del giudice*

*Comitato scientifico:*

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

*Direzione:*

Prof. Luigi Daniele

*Comitato di redazione:*

Laura Ancora, Marta Bernardini, Domenico Ciaburri, Susanna De Stefani (Coordinatrice), Francesca Morganti, Luigi Prosia, Marina Righi, Diana Tenenbaum, Caterina Tarquini, Silvia Ventrelli, Chiara Venturini.

La corrispondenza inviata alla direzione o alla redazione della Collana va indirizzata a [quaderni.pubblico@gmail.com](mailto:quaderni.pubblico@gmail.com).

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “TOR VERGATA”

COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

---

5

---

# **Giustizia e Potere(i).**

## **Riflessioni sull'indipendenza del giudice**

*a cura di*

Luigi Daniele, Alessia Vignoli  
e Maria Novella Campagnoli

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

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Via Bisceglie n. 66, 20152 Milano

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

*Questo titolo può essere acquistato direttamente su [shop.wki.it](http://shop.wki.it)*

*You can buy this book directly on [shop.wki.it](http://shop.wki.it)*

---

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.*

Stampato da GECA s.r.l.  
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

## INDICE

Notizie sugli Autori.....	IX
LUIGI DANIELE, Presentazione.....	XI

### SEZIONE PRIMA

#### LEZIONI

GUIDO RAIMONDI, Gli “occhiali” del giudice europeo dei diritti dell’uomo.....	3
ALESSIA VIGNOLI, L’istituzione del giudice professionale basterà a garantire una giustizia tributaria indipendente?.....	17

### SEZIONE SECONDA

#### L’INDIPENDENZA DEL GIUDICE: QUESTIONI GENERALI

CAMILA ALMEIDA PORFIRO, L’imparzialità del giudice e l’opinione pubblica: una prospettiva pragmatica.....	31
COSTANTINA CARAVATTA, Divieto di analogia e vincoli testuali per l’attività interpretativa del giudice penale.....	43
MATTEO CECILIA, La “dipendenza” del giudice dalla scala di valori del gruppo sociale: quali sono i limiti dell’attività interpretativa giurisdizionale?.....	55
DOMENICO ANDREA PISANI, Sistemi elettorali e Consiglio superiore della magistratura.....	67
CATERINA TARQUINI, L’automa-giudice: distopie e prospettive concrete in tema di algoritmi predittivi.....	79

## SEZIONE TERZA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO,  
CONTABILE E TRIBUTARIO

LAURA ANCORA, La (presunta) indipendenza del giudice amministrativo: tra problemi irrisolti e prospettive di riforma.....	93
MATTEO DE BIASE, Il modello problematico del Consiglio di Presidenza di Giustizia Amministrativa e la discussa autonomia del giudice amministrativo .....	105
CLAUDIA NICOLINI, Il bilanciamento degli interessi e la separazione dei poteri: il caso delle valutazioni per la tutela degli interessi paesaggistici e culturali .....	117
FORTUNATO PICERNO, I limiti del sindacato speciale della Corte dei conti in materia di danno erariale da disservizio.....	127
MARINA RIGHI, Il diritto tributario e l'indipendenza del giudice: il procedimento amministrativo fiscale brasiliano e le sue peculiarità come contributo allo Stato democratico di diritto .....	139

## SEZIONE QUARTA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO PENALE  
E PENITENZIARIO

DOMENICO CIABURRI, L'indipendenza giustiziale nel procedimento disciplinare penitenziario.....	153
ARIANNA GIACCHINO, Organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231/2001 ed effettività della funzione di controllo. Considerazioni in tema di indipendenza.....	165
MARTINA MANDALARI, Il giudice dinanzi all'offesa riparata: tra vecchi problemi e nuove sfide alla luce della Riforma Cartabia.....	177
LIVIA PERONACI, La prevenzione antimafia tra poteri del giudice ordinario e poteri del giudice amministrativo: il Consiglio di Stato chiarisce i rapporti tra il controllo giudiziario "volontario" e le interdittive antimafia.....	189

## SEZIONE QUINTA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE COME QUESTIONE  
DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SUSANNA DE STEFANI, Indipendenza del giudice e ricevibilità della questione pregiudiziale .....	203
ROSITA SILVESTRE, Il Trybunal Konstytucyjny "legalizza" la crisi	

dello Stato di diritto in Polonia. L'indipendenza dei giudici costituzionali polacchi al vaglio della Commissione europea .....	215
SILVIA VENTRELLI, L'indipendenza della magistratura nelle procedure di cooperazione giudiziaria penale: garanzia del principio del mutuo riconoscimento e limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo .....	229
Appendice .....	241





## NOTIZIE SUGLI AUTORI

LUIGI DANIELE, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ALESSIA VIGNOLI, Professoressa associata di Diritto Tributario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARIA NOVELLA CAMPAGNOLI, Ricercatrice di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GUIDO RAIMONDI, magistrato, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo

CAMILA ALMEIDA PORFIRO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LAURA ANCORA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

COSTANTINA CARAVATTA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MATTEO CECILIA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Tributario, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOMENICO CIABURRI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MATTEO DE BIASE, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SUSANNA DE STEFANI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ARIANNA GIACCHINO, Avvocata e Dottoranda di ricerca in Diritto

Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARTINA MANDALARI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

CLAUDIA NICOLINI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LIVIA PERONACI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FORTUNATO PICERNO, Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOMENICO ANDREA PISANI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARINA RIGHI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Tributario, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ROSITA SILVESTRE, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

CATERINA TARQUINI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Teoria generale dello Stato, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SILVIA VENTRELLI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

## PRESENTAZIONE

Il presente Volume rappresenta il n. 5 dei *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico* dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". I *Quaderni* costituiscono una Serie facente parte della *Collana delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza*, a cui il Dottorato di Diritto Pubblico afferisce.

Come i precedenti, il Quaderno n. 5 raccoglie i contributi di diciassette dottorandi, i quali hanno voluto cimentarsi, dal punto di vista della disciplina prescelta da ciascuno di loro, sull'impegnativo tema della indipendenza del giudice.

A questi sono stati aggiunti il testo della lezione magistrale tenuta da Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo e ora Presidente di sezione presso la Corte di cassazione civile, e quello della lezione offerta insieme dall'Avvocato dello Stato Gianni De Bellis e da Alessia Vignoli, Professoressa associata di Diritto tributario nel nostro Dipartimento. Entrambe le lezioni hanno infatti toccato diversi aspetti rilevanti per il tema dell'indipendenza del giudice.

Il Volume è stato curato dalla già citata Alessia Vignoli, da Maria Novella Campagnoli, ricercatrice di tipo B di Filosofia del diritto, e dal sottoscritto.

La scelta del tema per il n. 5 dei *Quaderni* è stata motivata, anzitutto, dal susseguirsi, negli ultimi anni, di numerose sentenze da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito, Corte EDU) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito, Corte UE), che hanno avuto per oggetto gli interventi legislativi di alcuni Stati europei, soprattutto, ma non solo, la Polonia, sul rispettivo ordinamento giudiziario.

La richiamata giurisprudenza ha censurato la maggior parte di tali interventi perché mettono a rischio l'indipendenza della magistratura nazionale, assoggettandola al controllo del potere politico. Vengono così contraddetti non solo il diritto fondamentale dell'individuo ad una tutela giurisdizionale effettiva, che, per essere tale, richiede un giudice indipendente e imparziale nonché un processo equo, ma anche il

principio costituzionale della separazione dei poteri. Entrambi i principi sono alla base dello Stato di diritto e della stessa democrazia.

Infatti, come ricorda Guido Raimondi nel suo contributo, tutela dei diritti fondamentali, Stato di diritto e democrazia “*vanno necessariamente insieme*” e l’una non può esistere senza gli altri<sup>1</sup>.

Come è ovvio, spetta a ciascuno Stato definire il proprio sistema giudiziario, né esiste un modello *standard* che vada rispettato. La giurisprudenza delle due Corti europee conferma però che la discrezionalità degli Stati in questo settore incontra alcuni limiti che vanno osservati. Quando il diritto interno dello Stato non consente di evitare che tali limiti vengano violati, esistono, a livello sovranazionale, strumenti capaci di sanzionare derive del genere.

La Corte EDU è ricorso, a questo fine, all’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (in seguito, CEDU), secondo il quale “*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*”.

Ogni persona che lamenta una violazione del proprio diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, in particolare in ragione della mancanza di indipendenza del giudice oppure perché il suo caso viene giudicato da un giudice diverso da quello precostituito dalla legge, può, dopo aver esperito invano i rimedi offerti dal diritto interno, proporre alla Corte EDU un ricorso “individuale” e ottenere il riconoscimento della violazione e, se del caso, un equo indennizzo ai sensi dell’art. 41 CEDU.

Va inoltre tenuto presente che le sentenze della Corte EDU, ai sensi dell’art. 46 CEDU, sono vincolanti nei confronti dello Stato cui sono rivolte. Nel caso di violazioni generalizzate e sistemiche, la sentenza comporta l’obbligo per lo Stato di eliminare la causa delle violazioni di questo tipo, espungendo dal proprio ordinamento le disposizioni interne che ne sono responsabili.

In questi ultimi anni, la Corte EDU ha più volte accertato la violazione dell’art. 6 con riferimento alla mancanza di indipendenza del giudice interno che è intervenuto ovvero alla circostanza che a giudicare è stato un giudice la cui costituzione era diversa da quella prevista dalla legge.

La pronuncia più clamorosa è stata quella sul caso *Xero Flor*<sup>2</sup>, che

---

<sup>1</sup> G. RAIMONDI, *Gli “occhiali” del giudice europeo dei diritti dell’uomo*, in questo Volume.

<sup>2</sup> C. eur. dir. uomo, 7 maggio 2021, ricorso n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z*

riguardava una sentenza emessa dal Tribunale costituzionale polacco, con la partecipazione di tre giudici irregolarmente nominati dalla Camera bassa del Parlamento.

Anche la Corte UE è intervenuta molte volte in casi in cui era in gioco la violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, in particolare la mancanza di indipendenza dei giudici.

A questo proposito, vale la pena spendere qualche parola per spiegare come la Corte sia riuscita a dimostrare l'esistenza di una propria competenza a pronunciarsi su casi del genere.

La Corte ha stabilito, in primo luogo, che quella del rispetto dell'indipendenza del giudice è una questione che rientra nel diritto dell'Unione e pertanto nella sua competenza.

Partendo dall'art. 2 TUE, che indica lo Stato di diritto come valore proprio dell'Unione ma condiviso dagli Stati membri, la Corte ha affermato che tale valore trova concretizzazione nell'art. 19, par. 1, comma secondo, TUE, ai sensi del quale *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*.

Per dare un contenuto più preciso al concetto di *“tutela effettiva”*, la Corte ha fatto riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito, Carta). Tale disposizione, riprendendo i termini dell'art. 6 CEDU, sancisce che *“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, pre-costituito per legge”*<sup>3</sup>.

Grazie a questa costruzione<sup>4</sup>, la Corte si è ritenuta competente ad esaminare tanto ricorsi di inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE, proposti contro uno Stato membro che non abbia garantito una tutela

---

*o.o. c. Polonia*; v. anche C. eur. dir. uomo, 22 luglio 2021, ricorso n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 8 novembre 2021, ricorsi nn. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska - Ficek and Ozimek c. Polonia*; C. eur. dir. uomo, 15 marzo 2022, ricorso n. 43572/18 (Grande Camera), *Grzęda c. Polonia*. Sulla giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 6, v., di recente, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea*, Napoli, 2023, pp. 69 ss.

<sup>3</sup> In effetti, l'art. 47 della Carta sarebbe applicabile agli Stati membri esclusivamente *“nell'attuazione del diritto dell'Unione”* (art. 51, par. 1, della Carta). La Corte, però, non utilizza l'art. 47 direttamente, ma per interpretare il citato art. 19, la cui applicazione non è soggetta a tale limite.

<sup>4</sup> La costruzione descritta nel testo può farsi risalire alla C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ma è stata confermata e sviluppata nella giurisprudenza successiva. In proposito v. A. CIRCOLO, *Op. cit.*, pp. 212 ss.

giurisdizionale effettiva, in particolare l'indipendenza del giudice, quanto questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE che, indirettamente, hanno portato la Corte a prendere posizione su problemi analoghi.

Ne è scaturita una ricca giurisprudenza, la quale ha messo in luce come l'indipendenza del giudice possa essere pregiudicata in molteplici modi: rendendo passibili di influenze politiche gli organi deputati a nominare o a promuovere i giudici<sup>5</sup> ovvero a decidere sul pensionamento anticipato dei giudici<sup>6</sup>; stabilendo meccanismi che permettono di modificare, senza motivi, la composizione dei collegi giudicanti<sup>7</sup> o l'assegnazione del giudice a diversi incarichi<sup>8</sup>; istituendo per i magistrati regimi disciplinari<sup>9</sup> o penali<sup>10</sup> utilizzabili per far pressione sui giudici e scoraggiarli dal decidere in piena indipendenza.

A questa giurisprudenza sono dedicati tre contributi pubblicati nel presente Volume e riuniti nella Sezione quinta.

Il primo, di cui è autrice Rosita Silvestre<sup>11</sup>, affronta il delicatissimo problema sollevato dal recente ricorso di inadempimento presentato dalla Commissione contro la Polonia a causa di due pronunce del Tribunale costituzionale di quel Paese<sup>12</sup>. In queste sentenze vengono negati principi "di sistema" dell'ordinamento dell'Unione: i principi di autonomia, di effettività e del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, inclusa la Costituzione di uno Stato membro.

L'aspetto che l'A. approfondisce particolarmente riguarda la conte-

---

<sup>5</sup> V., ad esempio, C. giust. UE, 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B.* (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso).

<sup>6</sup> V., ad esempio, C. giust. UE, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.* (Indipendenza della sezione disciplinare della Corte suprema).

<sup>7</sup> V. ad esempio, C. giust. UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C748/19 a C754/19, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*.

<sup>8</sup> V. ad esempio, C. giust. UE, 6 ottobre 2021, C-487/19, *W.Ż.* (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema – Nomina).

<sup>9</sup> V., ad esempio, C. giust. UE, 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19 e a., *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, e C. giust. UE, 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19 e a., *Eurobox Promotion*.

<sup>10</sup> V., ad esempio, C. giust. UE, 13 luglio 2023, cause riunite C-615/20 e C-671/20, *YP e MM* (Indipendenza dei giudici).

<sup>11</sup> R. SILVESTRE, *Il Trybunał Konstytucyjny "legalizza" la crisi dello Stato di diritto in Polonia. L'indipendenza dei giudici costituzionali polacchi al vaglio della Commissione europea*, in questo Volume.

<sup>12</sup> Trib. cost. pol., 14 luglio 2021, P 7/20, e Trib. cost. pol., 7 ottobre 2021, K 3/21, entrambe disponibili su: <https://trybunal.gov.pl/>.

stazione che la Commissione muove direttamente al Tribunale costituzionale: l'organo, per come è costituito, cioè con membri nominati dalla sola Camera bassa del Parlamento, senza la partecipazione della magistratura – che, invece, prima della riforma era prevista – non presenterebbe sufficienti caratteristiche di indipendenza rispetto al potere politico. Di conseguenza verrebbe violato l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE.

Un “attacco” diretto al giudice costituzionale di uno Stato membro è senza precedenti. Seppure, come ricorda l'A., non siano mancati nel passato casi di contrasto tra la Corte di giustizia e una Corte costituzionale, tali contrasti si sono poi gradualmente risolti mediante un ravvicinamento delle posizioni dei due contendenti. Una soluzione del genere sarebbe impossibile da immaginare qualora la Corte dovesse accogliere su questo aspetto il ricorso della Commissione.

Un secondo contributo dedicato alla giurisprudenza della Corte UE avente ad oggetto il problema della indipendenza del giudice è quello di Silvia Ventrelli<sup>13</sup>. L'A., in questo caso, affronta le difficoltà che la sospetta mancanza di indipendenza e di imparzialità dei giudici in uno Stato membro possono creare riguardo al funzionamento del Mandato d'arresto europeo.

Qualora mancanze del genere fossero presenti nello Stato membro dell'emissione, sarebbe impossibile dare esecuzione ad un MAE, perché altrimenti si esporrebbe la persona ricercata al rischio che il suo diritto ad un giudice indipendente sia violato. D'altra parte, il rifiuto di eseguire un MAE porterebbe al rischio dell'impunità della persona ricercata e va dunque limitato a casi eccezionali. A tal fine, la Corte chiama il giudice dell'esecuzione ad effettuare un attento esame da svolgere, prima, in via generale e, poi, in concreto.

Infine, il contributo di Susanna De Stefani<sup>14</sup> espone le difficoltà che sorgerebbero nell'ambito del procedimento pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, qualora fosse contestato che il giudice autore del rinvio alla Corte UE risponda ai requisiti di indipendenza elaborati dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE.

Applicando sistematicamente tali requisiti al giudice che effettua il rinvio pregiudiziale si rischierebbe di dover dichiarare irricevibili molti

---

<sup>13</sup> S. VENTRELLI, *L'indipendenza della magistratura nelle procedure di cooperazione giudiziaria penale: garanzia del principio del mutuo riconoscimento e limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in questo Volume.

<sup>14</sup> S. DE STEFANI, *Indipendenza del giudice e ricevibilità della questione pregiudiziale*, in questo Volume.

rinvii, correndo il pericolo di interrompere il fruttuoso dialogo tra Corti e giudici nazionali che è alla base del meccanismo dell'art. 267.

Rispettando il carattere multisettoriale del Dottorato di Diritto Pubblico, che vede presenti giovani studiosi di varie branche del diritto pubblico stesso, alcuni dei quali provenienti da sistemi giuridici diversi da quello italiano, i loro contributi sono stati suddivisi in altre quattro sezioni.

Nell'ordine, nella Sezione seconda figurano scritti che affrontano questioni generali. Due di questi vedono il problema della indipendenza del giudice sotto il profilo del suo potere di interpretare la norma e dei limiti che incontra.

Matteo Cecilia<sup>15</sup> si pone il problema di sapere se il giudice è tenuto, nell'interpretare la legge, a tenere conto dei valori della società, anche se non espressi dalla legge medesima.

Nella stessa linea di ragionamento si inserisce il contributo di Camila Almeida Porfiro<sup>16</sup>. Partendo dalla prospettiva della società brasiliana, l'A. si domanda se l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, in particolare di quello costituzionale, esiga che egli non decida soltanto seguendo ciò che l'opinione pubblica ritiene sia giusto su un determinato tema o in un determinato caso (anche perché l'opinione pubblica potrebbe essere a sua volta influenzata dai *mass media* e dalla propaganda politica). D'altro canto, l'A. mette in guardia dal rischio che, ignorando del tutto l'opinione pubblica ed emettendo troppo spesso sentenze "*contro-maggioritarie*", il giudice costituzionale avrebbe difficoltà a mantenere e salvaguardare il proprio peso istituzionale.

Lo scritto di Costantina Caravatta<sup>17</sup> si sofferma sul divieto di analogia *in malam partem* in materia penale, visto come garanzia del principio di legalità. In realtà, potrebbe aggiungersi, lo stesso divieto garantisce anche l'indipendenza del giudice, proteggendolo dal rischio di dover allargare la punibilità a fattispecie non previste, su pressione del potere politico.

Caterina Tarquini dedica il suo contributo alla giustizia preditti-

---

<sup>15</sup> M. CECILIA, *La "dipendenza" del giudice dalla scala di valori del gruppo sociale: quali sono i limiti dell'attività interpretativa giurisdizionale?*, in questo Volume.

<sup>16</sup> C. ALMEIDA PORFIRO, *L'imparzialità del giudice e l'opinione pubblica: una prospettiva pragmatica*, in questo Volume.

<sup>17</sup> C. CARAVATTA, *Divieto di analogia e vincoli testuali per l'attività interpretativa del giudice penale*, in questo Volume.



va<sup>18</sup>, intesa come strumento di Intelligenza Artificiale (IA) che, sulla base di *database*, e mediante appositi algoritmi, potrebbe giungere a preconizzare l'esito del giudizio o la soluzione di determinate questioni che permettono di arrivare alla decisione. L'A. si domanda se tale sistema rischi di compromettere l'indipendenza del giudice, nel senso di privarlo della sua autonomia di giudizio.

Infine, Domenico Andrea Pisani<sup>19</sup> affronta un tema molto attuale, che senza dubbio tocca il problema della indipendenza del giudice, come, d'altronde, il caso polacco ben dimostra: quello della riforma del sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura.

La Sezione terza presenta contributi che riguardano il problema dell'indipendenza del giudice nei processi speciali: amministrativo, contabile e tributario.

Cominciando dal processo tributario, va ricordato, in via preliminare, il testo di Alessia Vignoli – pure collocato nella Sezione prima – che costituisce una rielaborazione della lezione svolta assieme all'Avvocato dello Stato Gianni De Bellis<sup>20</sup>.

Secondo l'A., anche dopo la riforma della giustizia tributaria ad opera della l. 31 agosto 2022, n. 130, il giudice, benché ormai professionale, resta pur sempre inquadrato nell'Amministrazione del Ministero dell'Economia e delle finanze, e dunque continua a difettare delle caratteristiche della indipendenza e della imparzialità o terzietà. Ciò è confermato dal potere del giudice tributario di modificare l'atto impositivo impugnato, così sostituendosi all'Amministrazione competente.

Al contenzioso tributario è dedicato anche il contributo di Marina Righi<sup>21</sup>.

L'A. parte dall'idea che, in alcuni casi, i ricorsi amministrativi possano essere visti come gli strumenti più adatti per risolvere il contenzioso tra il potere pubblico e i privati. Questo sarebbe il caso dei ricorsi in materia tributaria in Brasile, esaminati dal *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais* (CARF), organo costituito pariteticamente

---

<sup>18</sup> C. TARQUINI, *L'automa-giudice: distopie e prospettive concrete in tema di algoritmi predittivi*, in questo Volume.

<sup>19</sup> D.A. PISANI, *Sistemi elettorali e Consiglio Superiore della Magistratura*, in questo Volume.

<sup>20</sup> A. VIGNOLI, *L'istituzione del giudice professionale basterà a garantire una giustizia tributaria indipendente?*, in questo Volume.

<sup>21</sup> M. RIGHI, *Il diritto tributario e l'indipendenza del giudice: il procedimento amministrativo fiscale brasiliano e le sue peculiarità come contributo allo Stato democratico di diritto*, in questo Volume.

da funzionari del Ministero e rappresentanti nominati dalle confederazioni dei datori di lavoro e dalle centrali sindacali. Tale organo decide, in maniera indipendente, le controversie tra il Fisco e i contribuenti, salvo ricorso al giudice amministrativo in caso di decisione del CARF sfavorevole al contribuente.

Passando ai problemi di indipendenza del giudice amministrativo, Laura Ancora affronta in questa chiave la struttura e le competenze del Consiglio di Stato italiano<sup>22</sup>. Secondo l'A., gli incarichi extra-giudiziari, la consulenza al Governo, la nomina di un quarto dei consiglieri da parte dell'Esecutivo costituiscono ancora oggi elementi che fanno dubitare che sia rispettato (almeno) quell'obbligo di garantire l'"*apparenza di indipendenza*" prescritta dalla giurisprudenza della Corte EDU (e della Corte UE). L'A. auspica che, senza arrivare alla soppressione della separatezza della giustizia amministrativa rispetto a quella ordinaria, vengano eliminate, con appositi interventi legislativi, i motivi che suscitano dubbi circa l'indipendenza "esterna" del Consiglio di Stato rispetto al potere esecutivo.

Matteo De Biase<sup>23</sup>, a sua volta, passa in rassegna le differenze del Consiglio di Presidenza di Giustizia Amministrativa rispetto al modello del CSM, in particolare in termini di fonti, che nel caso del CPGA sono soltanto legislative, e di composizione, con a presidente il Presidente del Consiglio di Stato, il quale, come è noto, è di nomina governativa. L'A. si domanda se tali differenze siano tali da mettere in discussione l'indipendenza dell'organo e se sia auspicabile una maggiore assimilazione rispetto al CSM.

Infine, Claudia Nicolini<sup>24</sup> si pone il problema dell'indipendenza del giudice amministrativo con riferimento alle situazioni in cui è chiamato a pronunciarsi su decisioni basate su scelte tecnico-discrezionali, come quelle in materia ambientale, in cui sono in gioco diversi interessi pubblici e privati da bilanciare. In casi del genere viene in rilievo il rapporto tra funzione amministrativa e giurisdizionale, e quindi i profili dell'indipendenza dalla politica amministrativa e della separazione dei poteri. Utilizzando i criteri della ragionevolezza e della proporzionalità, secondo l'A., il giudice amministrativo, chiamato ad operare il

---

<sup>22</sup> L. ANCORA, *La (presunta) indipendenza del giudice amministrativo: tra problemi irrisolti e prospettive di riforma*, in questo Volume.

<sup>23</sup> M. DE BIASE, *Il modello problematico del Consiglio di Presidenza di Giustizia Amministrativa e la discussa autonomia del giudice amministrativo*, in questo Volume.

<sup>24</sup> C. NICOLINI, *Il bilanciamento degli interessi e la separazione dei poteri: il caso delle valutazioni per la tutela degli interessi paesaggistici e culturali*, in questo Volume.

bilanciamento tra gli interessi contrapposti, deve assicurare una tutela giurisdizionale effettiva che non può essere ostacolata dal principio della separazione dei poteri.

Al giudizio contabile è dedicato lo scritto di Fortunato Picerno<sup>25</sup>. A giudizio dell'A., il danno causato da un magistrato amministrativo per i gravi e reiterati ritardi nel deposito di numerosi provvedimenti giudiziari di sua pertinenza rientra nella giurisdizione del giudice ordinario adito dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi della l. 13 aprile 1988, n. 117, come modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, e non costituisce un'ipotesi di danno da disservizio, che sarebbe di competenza della Corte dei conti.

Nella Sezione quarta, infine, sono presentati alcuni contributi in cui si espongono questioni attinenti all'indipendenza del giudice penale o di altri organi assimilabili.

Lo scritto di Martina Mandalari è dedicato al tema della giustizia riparativa, introdotta dalla Riforma Cartabia (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)<sup>26</sup>. L'A. osserva come l'istituto ponga a carico del giudice altri gravosi e delicati compiti, cominciando da quello di invitare le parti interessate (autore del reato e vittima) ad un percorso di mediazione, fino a quello, ancora più delicato, di valutare, ai fini della determinazione della eventuale pena, l'esito, positivo o negativo, della partecipazione al percorso di GR da parte dell'autore del reato.

Livia Peronaci<sup>27</sup> affronta la difficile questione dei rapporti tra l'interdittiva prefettizia antimafia, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, e il controllo giudiziario "volontario", cui l'impresa sospettata di rapporti (soltanto) occasionali con la mafia può essere ammessa dal giudice penale. La scelta del legislatore di prescrivere l'inefficacia dell'interdittiva prefettizia antimafia, impugnata dinanzi al giudice amministrativo, in caso di ammissione al controllo giudiziario "volontario" si giustifica in termini di tutela giurisdizionale efficace, potendo l'impresa continuare la propria attività anche se sotto controllo giudiziario, e questo nonostante, secondo il CdS, l'ammissione al con-

---

<sup>25</sup> F. PICERNO, *I limiti del sindacato speciale della Corte dei conti in materia di danno erariale da disservizio*, in questo Volume.

<sup>26</sup> M. MANDALARI, *Il giudice dinanzi all'offesa riparata: tra vecchi problemi e nuove sfide alla luce della Riforma Cartabia*, in questo Volume.

<sup>27</sup> L. PERONACI, *La prevenzione antimafia tra poteri del giudice ordinario e poteri del giudice amministrativo: il Consiglio di Stato chiarisce i rapporti tra il controllo giudiziario "volontario" e le interdittive antimafia*, in questo Volume.

trollo giudiziario “volontario” non comporti la sospensione del giudizio relativo all’impugnazione della interdittiva.

Infine, i contributi di Domenico Ciaburri<sup>28</sup> e di Arianna Giacchino<sup>29</sup> entrambi vagliano la possibilità di estendere ad organi o figure non giurisdizionali le garanzie di indipendenza proprie dei giudici penali.

Nel primo, l’A. si domanda se gli organi che comminano ai detenuti determinate sanzioni disciplinari debbano anch’essi essere caratterizzata dall’indipendenza, se non in senso analogo a quello dei giudici (indipendenza esterna), a quella che richiede la distinzione tra organi dell’amministrazione attiva e organi che decidono le sanzioni, compreso il tipo e la misura.

Il secondo ha ad oggetto l’Organo di vigilanza che le società devono istituire ai sensi degli artt. 6 e 7 del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L’A. ritiene che l’Organo dovrebbe rispondere a requisiti di indipendenza e di autonomia, perché solo in questo modo si potrebbe escludere la responsabilità penale della società in caso di commissione di reati da parte degli organi dirigenti della società stessa.

Nella loro grande varietà, tutti i contributi che compongono il presente Volume mostrano come quello dell’indipendenza del giudice resti un problema aperto a livello europeo, ma anche a livello di ordinamento italiano.

Il lavoro svolto dai singoli Autori ha fatto emergere anche alcuni aspetti meno noti, ma che meritano attenzione.

Nel ringraziare, anche a nome delle altre due curatrici del Volume, Alessia Vignoli e Maria Novella Campagnoli, tutti coloro che hanno contribuito a portare a termine questa non lieve fatica, sento l’obbligo di estendere un pensiero particolarmente grato ai componenti del Comitato di redazione e, in particolare, alla Coordinatrice, Susanna De Stefani.

LUIGI DANIELE

---

<sup>28</sup> D. CIABURRI, *L’indipendenza giustiziale nel procedimento disciplinare penitenziario*, in questo Volume.

<sup>29</sup> A. GIACCHINO, *Organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231/2001 ed effettività della funzione di controllo. Considerazioni in tema di indipendenza*, in questo Volume.

SEZIONE PRIMA

LEZIONI



# GLI “OCCHIALI” DEL GIUDICE EUROPEO DEI DIRITTI DELL’UOMO\*

GUIDO RAIMONDI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Origini della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. – 3. Sviluppo del sistema europeo di tutela. – 4. Tratti caratteristici della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

## 1. Premessa

Il meccanismo europeo della protezione dei diritti umani è stato messo in piedi con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Questo sistema contribuisce a migliorare la nostra vita democratica, il che vuol dire che contribuisce a migliorare la nostra vita *tout court*, se si accetta l’idea che la democrazia sia il migliore dei regimi possibili sotto i quali possiamo vivere. C’è un collegamento molto stretto tra la democrazia e il sistema europeo di protezione dei diritti umani: i diritti umani non possono essere disgiunti dalla democrazia “effettiva”, come dice la giurisprudenza europea della Corte europea dei diritti dell’uomo, e dallo Stato di diritto. Questi tre concetti, dunque, vanno necessariamente insieme (democrazia, Stato di diritto, diritti dell’uomo).

In particolare, la Corte, con la sua giurisprudenza, è un grande ausilio per la conservazione della nostra vita democratica. In un certo senso, è un antidoto, com’è stato detto, contro la tirannia.

Oggi, certamente, la grande crisi che conosciamo a partire dal 24 febbraio dell’anno scorso con l’invasione dell’Ucraina ha condotto ad una separazione netta di qual grande Paese che è la Federazione Russa

---

\* Testo rielaborato dall’Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi il 13 febbraio 2023. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da Autore di chiara fama.

dall'Europa. Separazione forse è una parola grossa ma, indubbiamente, la Federazione Russa è uscita dal Consiglio d'Europa, anche in modo traumatico, e questo ha comportato anche l'estromissione della Russia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Questo ci porta già ad una prima considerazione sul sistema: la Russia non ha denunciato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma è uscita dalla Convenzione grazie ad un meccanismo che è interno alla Convenzione stessa. Questo meccanismo, stabilito essenzialmente nell'art. 58 della Convenzione, riserva la partecipazione alla Convenzione agli Stati che sono membri del Consiglio d'Europa. Di conseguenza se uno Stato perde la qualità di membro del Consiglio d'Europa decade anche, non immediatamente ma dopo un periodo di sei mesi, dalla qualità di parte alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questo, purtroppo, è quello che è successo con la Federazione Russa.

Questo evento, certamente infausto, è l'occasione per spiegare il rapporto che c'è tra la Convenzione e il Consiglio d'Europa.

Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione, una delle più antiche a livello europeo, che è stata creata nel 1949, quindi in piena guerra fredda. Anzi, si può dire che il Consiglio d'Europa è una sorta di prodotto della guerra fredda, nel senso che con questa organizzazione si voleva unire il gruppo dei Paesi dell'Europa occidentale in contrapposizione a quello dei Paesi dell'Europa orientale che erano parte del c.d. blocco sovietico. Per questo i principi fondamentali che ispirano il Consiglio d'Europa sono quelli accennati in precedenza, cioè la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti dell'uomo, tutte cose che il blocco comunista non poteva e non voleva avere e che, inserite nello Statuto del 1949, diventavano una specie di manifesto delle democrazie occidentali.

Il Consiglio d'Europa non ha i poteri sovranazionali dei quali dispone l'Unione europea e quindi è, soprattutto, un produttore di convenzioni (sono state adottate in seno al Consiglio d'Europa moltissime convenzioni, oltre duecento).

Le convenzioni, com'è noto, sono atti che, per essere vincolanti, hanno bisogno della ratifica degli Stati. Di queste convenzioni, alcune non sono riservate agli Stati membri. Per esempio, ce n'è una famosa, la Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate<sup>1</sup>, che è uno strumento che consente l'esecuzione di pene detentive nel Paese di origine del condannato, convenzione della quale sono parte anche gli Stati Uniti d'America. Tale convenzione ha avuto un'appli-

---

<sup>1</sup> Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n. 112), Strasbourg, 21 marzo 1983.



cazione abbastanza visibile e clamorosa con il trasferimento in Italia della signora Baraldini che era stata condannata dagli Stati Uniti per gravi reati di terrorismo.

La Convenzione europea, invece, è un trattato riservato agli Stati membri del Consiglio d’Europa, proprio perché si è voluto preservare una dimensione regionale del sistema europeo di protezione dei diritti dell’uomo. Ma c’è anche un’altra ragione, identificabile nel legame tra la possibilità di assumere gli obblighi stringenti che sono contenuti nella Convenzione (con un meccanismo molto penetrante che serve a far rispettare la Convenzione stessa) e la possibilità materiale dello Stato di assumere e rispettare questi obblighi. L’idea, quindi, è che solo gli Stati che rispettano lo Stato di diritto, la democrazia effettiva e i diritti fondamentali, e che quindi hanno le “carte in regola” per far parte del Consiglio d’Europa, possono far parte della Convenzione europea. Questo è il motivo per cui la Russia ha perso il diritto, se così vogliamo dire, di far parte della Convenzione stessa. Il che è un peccato, perché anche in Russia, nonostante il rapporto tra la Federazione Russa, il Consiglio d’Europa e gli organi della Convenzione sia stato sempre turbolento, la Convenzione aveva iniziato ad avere una certa rilevanza.

È vero, infatti, che la Russia ha sempre rifiutato di riconoscere la legittimità di certa giurisprudenza della Corte europea. Ad esempio, non si è mai accettato da parte della Federazione che, a partire dalla sentenza *Ilascu*<sup>2</sup>, la Corte riconoscesse la responsabilità, quanto all’applicazione della Convenzione, della Federazione Russa sugli accadimenti che si verificano nella c.d. Transnistria, che è una parte del territorio della Repubblica di Moldova che, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, è controllata dalla Federazione Russa. Certamente un atteggiamento selettivo quanto all’accettazione delle decisioni di una giurisdizione indipendente creata da un trattato è di per sé incompatibile con l’applicazione in buona fede dello stesso trattato.

Posso però fare riferimento anche alla mia esperienza personale per dare testimonianza anche di elementi positivi ricollegabili alla partecipazione russa al sistema europeo di tutela dei diritti umani. Durante la mia presidenza della Corte di Strasburgo ho avuto molti contatti con il Presidente della Corte Suprema della Federazione Russa dal 1989, Vyacheslav Lebedev. Lebedev è venuto più volte a Strasburgo a far visita alla Corte anche per illustrare un programma volto a promuovere la conoscenza della Convenzione stessa tra la sterminata massa di giudici

---

<sup>2</sup> C. eur. dir. uomo, 8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99, *Ilascu c. Moldova e Federazione Russa*.

russi, che sono circa trentamila, in un sistema che fa capo in ultima istanza alla Corte Suprema. Il Presidente della Corte Suprema ha tenuto molto a mostrare lo sforzo compiuto dalla Corte Suprema per spingere i giudici russi ad applicare la Convenzione. In questo senso ha anche mostrato delle risoluzioni dell'Assemblea Plenaria della Corte Suprema della Federazione Russa con le quali la Corte stessa proclamava il suo sincero desiderio di applicare fedelmente la Convenzione e delle sentenze della Corte Suprema russa che erano state cassate dalla medesima in seguito a sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Ciò dimostra che la Convenzione può funzionare come una specie di 'virus' benefico che anche nelle situazioni difficili, come quella attuale, un domani potrebbe dare i suoi frutti. Non bisogna perdere la speranza.

A questo punto è necessario riprendere il filo del discorso per inquadrare storicamente la Convenzione, studiarne lo sviluppo e per individuare i tratti caratteristici della sua giurisprudenza.

## **2. Origini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

La Convenzione nasce dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Questo avviene in modo esplicito perché nel Preambolo della Convenzione europea troviamo un chiaro riferimento alla Dichiarazione universale. Ciò rivela già un piccolo problema. Si legge, infatti, nella Convenzione che gli Stati parti della presente Convenzione “...*volendo dare esecuzione ad alcuni dei diritti previsti nella Dichiarazione universale...*”. Questo linguaggio ci dice qualcosa sulla distinzione, che alcuni ritengono artificiale, tra diritti c.d. della prima generazione (cioè, i diritti di natura civile e politica) e quelli della c.d. seconda generazione (cioè, i diritti di natura economica, sociale e culturale). La Dichiarazione universale abbraccia l'una e l'altra categoria di diritti abbastanza esplicitamente. Gli autori della Convenzione europea volevano invece limitare la protezione ai diritti della c.d. prima generazione che sono, poi, i diritti del liberalismo classico, come la libertà di espressione, la tutela del domicilio, il diritto a non essere arrestati arbitrariamente, il diritto a non essere torturati e così via. La Convenzione, dunque, non contiene in principio quelli che vengono comunemente definiti diritti sociali, come il diritto al lavoro, il diritto ad una abitazione dignitosa *etc.*

Ad ogni modo, la Dichiarazione universale, pur non essendo di per sé uno strumento giuridicamente vincolante, è molto importante perché rappresenta uno spartiacque rispetto alla concezione che fino ad allora era stata quella tradizionale del diritto internazionale, nel senso che es-

sa sancisce, anzi scolpisce, il rivoluzionario mutamento di prospettiva del diritto della comunità internazionale che era stato il grande effetto della Seconda guerra mondiale e delle atrocità verificatesi durante la stessa, cioè l’affermazione della responsabilità internazionale di uno Stato per il modo nel quale esso tratta i propri cittadini. Tradizionalmente, infatti, pur se si ammetteva pacificamente – anche prima della Seconda guerra mondiale – che il diritto internazionale potesse contenere dei doveri degli Stati verso gli individui, in genere da un punto di vista internazionalistico, tali doveri erano concepibili praticamente solo nei confronti degli stranieri. Non erano, cioè, immaginabili dei diritti degli individui nei confronti del proprio Stato tutelati internazionalmente. Benedetto Conforti, non a caso, ricordava sempre il suo maestro, Rolando Quadri, che nel 1936 poteva pubblicare una monografia intitolata “*La sudditanza del diritto internazionale*”<sup>3</sup> in cui egli poteva dire, senza sbagliare, che il rapporto che lega il sovrano territoriale agli individui, cittadini o sudditi che vivono su quel territorio, è paragonabile se non identico al rapporto che nel diritto privato lega il proprietario alla cosa da lui posseduta.

Si assiste quindi a questa grande rivoluzione che viene sancita in modo solenne dalla Dichiarazione universale che, di per sé, come si diceva, non è un atto giuridicamente vincolante. Si può eventualmente discutere se le sue previsioni si siano trasformate in norme consuetudinarie ma, comunque, essa non è uno strumento vincolante, avendo la natura di una raccomandazione internazionale. Ciò nonostante, tale dichiarazione è di estrema importanza proprio perché segna questo spartiacque rispetto ad una concezione del diritto internazionale che cambia completamente, nel senso che adesso si riconosce pacificamente che ci sono dei doveri dello Stato verso altri Stati ma anche verso la comunità internazionale nel suo complesso.

L’elemento più visibile di questa rivoluzione sul piano regionale europeo è proprio la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. La Convenzione, infatti, ha un catalogo di diritti che, come già si è detto, nelle intenzioni dei suoi autori dovevano limitarsi a quelli di natura civile e politica. Successivamente, come vedremo, la giurisprudenza della Corte europea ha fatto qualche passo avanti sul terreno dei diritti economici e sociali. Questo peraltro non deve far pensare che la Corte provveda direttamente con la sua giurisprudenza a proteggere in modo compiuto anche i diritti sociali.

---

<sup>3</sup> R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936.

Ad ogni modo, si è quindi voluto creare questo strumento caratterizzato, appunto, da un catalogo dei diritti. Per la verità, non è il catalogo di diritti che rende la Convenzione europea uno strumento originale e particolarmente efficace, ma il meccanismo di controllo: ciò che distingue la Convenzione europea da altri trattati importanti in materia di diritti umani è proprio il meccanismo in questione. Si tratta, infatti, di uno strumento che consente di penetrare effettivamente negli ordinamenti giuridici degli Stati che partecipano al sistema. Il tutto sulla base di uno strumento rivoluzionario che è il ricorso individuale. Chiunque, cioè, si ritenga vittima di una violazione della Convenzione, ovvero della trasgressione della stessa ad opera di uno degli Stati parti della Convenzione, ha oggi il diritto di fare ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il sistema, va detto, funziona in modo sussidiario, nel senso che il ricorso individuale è legato al previo esaurimento dei ricorsi interni. Si tratta di una regola classica del diritto internazionale che viene applicata in materia di protezione diplomatica, per cui uno Stato prima di agire sul piano internazionale contro un altro Stato ha il dovere o, meglio, l'onere, di offrire a quello Stato che intende accusare della violazione la possibilità di rimediare con gli strumenti che esistono nell'ordinamento di quello Stato. Questo stesso meccanismo viene trasposto in materia di diritti umani, per cui si esclude che il singolo possa accusare lo Stato di aver violato un suo diritto se prima non si dà la possibilità a quello Stato, con i suoi giudici e i suoi sistemi interni, di rimediare o di prevenire la violazione che si vuole denunciare.

Al di là del carattere sussidiario, l'aspetto rivoluzionario è questo del ricorso individuale che, se attivato, può dar luogo ad una decisione vincolante per lo Stato. L'art. 46 dice, infatti, che le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono vincolanti per le parti, quindi anche per lo Stato, che è necessariamente la parte convenuta nei procedimenti davanti alla Corte stessa. Questo carattere vincolante delle sentenze, poi, ha anche "un braccio armato", nel senso che c'è un meccanismo per la corretta esecuzione delle sentenze della Corte europea. Tale meccanismo è assicurato da un organo politico, cioè il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che è formato dai Ministri degli Affari Esteri (normalmente siede a livello degli ambasciatori). Tale organo non è esente da critiche: si dice infatti che è difficile nutrire grandi aspettative rispetto ad un organo formato da Stati che deve controllare le decisioni prese dagli stessi Stati.

In ogni caso c'è questo meccanismo, appunto rivoluzionario, del ricorso che può essere azionato da chiunque ritenga di aver subito un torto da parte degli Stati contraenti, sempre che ricorra la giurisdi-

zione. Tale rivoluzione deriva anche dal fatto che le decisioni della Corte hanno poi un seguito: se la Corte si rende conto che effettivamente c’è stata una violazione a danno di una persona, da una parte può accordare un’equa soddisfazione (cioè un risarcimento di tipo pecuniario alla vittima della violazione) e, dall’altra, quando la Corte riconosce una violazione nasce il dovere per lo Stato di rimediare non solo accordando la soddisfazione pecuniaria che la Corte ha deciso ma anche intervenendo per garantire la c.d. *restitutio in integrum*, cioè deve fare tutto ciò che il suo ordinamento consente per collocare la persona che è stata vittima della violazione nella situazione in cui si trovava prima della violazione stessa. Ma non basta: la soddisfazione pecuniaria e la *restitutio in integrum* sono le c.d. misure individuali, a cui si aggiungono le misure di carattere generale. Si ritiene, ormai, che se la decisione della Corte che accerta la violazione rivela che quest’ultima si deve non tanto ad un comportamento individuale di un’autorità qualunque ma ad un problema sistemico, o perché c’è un difetto nella legge nel senso che è la legge stessa ad essere incompatibile con la Convenzione o perché c’è una prassi amministrativa ad essa contraria, lo Stato interessato è tenuto ad adottare delle misure generali volte a scongiurare il ripetersi della violazione, misure la cui esecuzione è pure controllata dal Comitato dei Ministri.

Può darsi, quindi, che l’esecuzione di una sentenza della Corte implichi l’esecuzione di misure generali, che possono essere sia di natura legislativa sia materiale. L’esempio tipico, che molti conoscono, è quello della sentenza *Torreggiani* del 2013 contro l’Italia<sup>4</sup>. Si tratta di una c.d. *sentenza pilota*<sup>5</sup> che ha constatato i gravi difetti del nostro sistema carcerario e in seguito alla quale l’Italia ha preso una serie di misure sia di natura legislativa sia sul piano materiale che, alla fine, sono state considerate soddisfacenti da parte del Comitato dei Ministri.

---

<sup>4</sup> C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, ricorsi n. 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09 e 61535/09, *Torreggiani c. Italia*.

<sup>5</sup> La prassi delle *sentenze pilota*, oggi disciplinata dalla Regola 61 del Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti dell’uomo, consiste nella risposta della Corte a vicende che rivelano un problema strutturale o sistemico nel Paese interessato e sono all’origine di un gran numero di ricorsi. In questi casi, nei quali è particolarmente ricercata la collaborazione dello Stato convenuto, la Corte esamina un numero ristretto di ricorsi (anche solo uno), e dà nella sentenza indicazioni abbastanza precise sulle misure generali interne, anche di natura legislativa, che si impongono, con l’auspicio che lo stesso Stato provveda anche ad istituire efficaci ricorsi interni attivabili anche da coloro – vittime dello stesso problema strutturale – che hanno già presentato ricorso a Strasburgo e che potranno ottenere soddisfazione a livello nazionale, con il “rimpatrio” dei loro ricorsi.

### 3. Sviluppo del sistema europeo di tutela

Secondo il sistema che conosciamo oggi, chiunque può presentare ricorso alla Corte europea. C'è una Corte europea che siede in permanenza e che procede nel contraddittorio. La Corte, se trova una violazione, emette una sentenza che poi viene eseguita dagli Stati destinatari, sotto il controllo del Comitato dei Ministri.

In origine, però, il sistema non era questo. Il meccanismo originario era stato concepito, infatti, "a geometria variabile". Nel 1950 gli Stati, sempre restii a fare concessioni sulla propria sovranità, raggiunsero un compromesso che consisteva nella creazione di due organi (e non di uno solo come adesso): la Commissione europea dei diritti umani e una Corte europea dei diritti umani. Solo la Commissione era accessibile al ricorso individuale, mentre la Corte poteva essere adita solo su richiesta della stessa Commissione o dello Stato accusato della violazione o anche dello Stato di cui era cittadino la vittima.

Tutto questo, però, non funzionava automaticamente. Lo stesso ricorso individuale era assoggettato ad una clausola opzionale e pure la giurisdizione della Corte era assoggettata ad una clausola opzionale. Non era neppure necessario per gli Stati accettare l'una e l'altra contemporaneamente. Questo accadde, per esempio, per la Turchia che, molto tardi, accettò il ricorso individuale davanti alla Commissione ma non accettò la giurisdizione obbligatoria della Corte europea. Si trattava, quindi, di un sistema con obblighi maggiori o minori a seconda dell'accettazione, da parte degli Stati, di queste clausole.

In questo senso il comportamento degli Stati è stato molto diverso. Il Regno Unito, con una scelta che può stupire, praticamente subito accettò tutte e due clausole opzionali; l'Italia lo fece con un atto coraggioso nel 1973, periodo in cui eravamo in pieno terrorismo, mentre la Francia ratificò la Convenzione solo nel 1974 e poi accettò il ricorso individuale solo nel 1981, quando i socialisti andarono al potere.

Il meccanismo è poi cambiato radicalmente grazie ad un protocollo del 1994, il protocollo n. 11, entrato in vigore nel 1998. Tale protocollo è entrato in vigore a quasi dieci anni dalla rivoluzione del 1989, cioè dai fatti storici che si riconducono alla c.d. caduta del muro di Berlino. A partire da questo evento si è assistito ad un cambiamento drammatico della composizione del Consiglio d'Europa e quindi della partecipazione alla Convenzione europea. Infatti, uno dopo l'altro, gli Stati che facevano parte del blocco sovietico sono prima entrati nel Consiglio d'Europa e poi hanno aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ciò ha sicuramente causato un trauma, e quindi delle difficoltà di funzionamento molto gravi. Tutto questo per dire

che questa grande riforma, che comunque ha condotto a questi positivi sviluppi – cioè, il ricorso individuale non più soggetto a nessuna clausola opzionale, natura pienamente giurisdizionale del sistema e apertura massima della Convenzione – era stato pensato prima del 1989 e non aveva potuto tener conto dell’allargamento del Consiglio e quindi dell’esponenziale aumento dei ricorsi che ne sarebbe seguito.

Attualmente, quindi, possiamo dire che la Corte come è oggi è pienamente soddisfacente da un punto di vista concettuale per il suo funzionamento mentre lo è un po’ meno da un punto di vista della sua efficacia. Invero, un po’ come accade per la nostra Corte di cassazione, la Corte europea ha un numero eccessivo di ricorsi che non riesce a gestire con l’efficienza auspicata.

#### **4. Tratti caratteristici della giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

A questo punto è opportuno accennare ai tratti caratteristici della giurisprudenza della Corte europea. Sarebbe impossibile descrivere, anche per grandi linee, il contenuto di questa giurisprudenza, che costituisce un edificio monumentale. È possibile, però, con il richiamo ad alcune grandi decisioni – ormai lontane nel tempo, ma che restano fondamentali – dare un’idea degli elementi concettuali di base, in qualche modo dei “mattoni” con i quali questo edificio è stato costruito. Mi riferisco, essenzialmente, a cinque grandi decisioni, ognuna delle quali riflette un aspetto di fondamentale importanza.

La prima è la sentenza *Golder c. Regno Unito* del 1976<sup>6</sup>. Tale sentenza, tra le altre cose, ha affermato che l’art. 6 della Convenzione, che riguarda il giusto processo, anche se non lo menziona, in realtà comprende implicitamente anche il diritto di adire il giudice. Si tratta di un risultato di per sé importantissimo, ma non è questo l’aspetto che vorrei sottolineare. Oltre a ciò, infatti, questa sentenza ha stabilito quali sono le regole che la Corte deve seguire nell’interpretazione della Convenzione. Da qui è partito tutto: la sentenza *Golder* esordisce dicendo che la Convenzione europea è un trattato internazionale e, quindi, per la sua interpretazione bisogna seguire le regole che il diritto internazionale generale ha posto per l’interpretazione dei trattati.

In tal senso è stato fatto anche un riferimento particolare agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati,

---

<sup>6</sup> C. eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, ricorso n. 4451/70, *Golder c. Regno Unito*.

articoli che, appunto, regolano l'interpretazione dei trattati stessi. Ora, questo riferimento potrebbe sembrare un paradosso: se la Convenzione europea è del 1950 e quella di Vienna del 1969, com'è possibile applicarla? In realtà, la Convenzione di Vienna è un trattato c.d. di codificazione; ciò non vuol dire che tutte le norme contenute in un trattato di codificazione siano norme di diritto consuetudinario, ma la Corte parte dal presupposto che le norme sull'interpretazione dei trattati siano rispondenti al diritto consuetudinario che già vigeva nel 1950, quando la Convenzione è stata firmata a Roma.

Adottando, quindi, i criteri previsti per l'interpretazione dei trattati internazionali veniva ripudiata innanzitutto la tesi, che aveva avuto cittadinanza soprattutto nel periodo delle due guerre, secondo cui i trattati, essendo eccezione al principio della sovranità, devono essere interpretati restrittivamente. Inoltre, veniva anche ripudiata l'affermazione della prevalenza del criterio oggettivo di interpretazione su quello soggettivo. La Corte ha infatti detto, implicitamente, che quel che conta è il senso delle parole come sono convenute nella Convenzione alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, che sono pure criteri indicati nella Convenzione di Vienna. La Corte ha quindi escluso la possibilità di interpretare restrittivamente la Convenzione.

Dopo *Golder* c'è stata la sentenza *Tyrer* del 1978<sup>7</sup>, che afferma la dottrina dello strumento c.d. vivente e quindi della interpretazione evolutiva. È stata così respinta la tesi dell'interpretazione c.d. *originalistica*. Com'è noto, in seno alla Corte Suprema degli Stati Uniti il più grande sostenitore dell'*originalismo*, cioè del rifiuto di ogni possibile interpretazione *evolutiva*, ovvero al passo con i tempi, di un testo normativo è stato il compianto giudice Scalia. Secondo una presentazione un po' caricaturale delle sue idee, a suo parere, per interpretare correttamente la Costituzione degli Stati Uniti, si sarebbe dovuto prima indossare una *redingote* settecentesca e poi ci si sarebbe dovuti mettere nella testa di quelli che l'avevano scritta, senza tener conto del progresso che nel frattempo la società aveva compiuto in tutti i campi. Ebbene, non è questo che bisogna fare secondo la Corte: la Convenzione, dice la sentenza *Tyrer*, è uno "*strumento vivente*" e quindi va interpretata alla luce dell'evoluzione della società in campo sociale, economico, scientifico e culturale.

Questo approccio ha delle conseguenze notevoli. Infatti, si tratta di uno dei luoghi della giurisprudenza della Corte più conflittuali, nel

---

<sup>7</sup> C. eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, ricorso n. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*.



quale sono più forti le critiche degli Stati quando gli stessi vedono intaccata, dal loro punto di vista, la loro sovranità dalle sentenze della Corte europea. Una traccia di ciò si trova già nella sentenza *Tyrer*, in cui c'è un'opinione dissenziente molto vivace del giudice inglese Fitzmaurice. La sentenza aveva ad oggetto la compatibilità con la Convenzione delle pene corporali, ancora in uso sull'isola di Wight, che fa parte del Regno Unito. Fitzmaurice osservava che queste pene esistevano già nel 1950, all'epoca della firma della Convenzione. Di conseguenza, gli autori della Convenzione non potevano non sapere di queste pene, e quindi, se avevano adottato l'art. 3 (che vieta la tortura e gli altri trattamenti umani degradanti), ciò voleva dire che le stesse pene dovevano necessariamente ritenersi compatibili con l'articolo in questione. La Corte non aderisce a questa impostazione e osserva come questo potesse essere vero nel 1950, ma non nel 1978.

Ci sono tanti altri casi nei quali, nel solco di *Tyrer*, la Corte ha interpretato la Convenzione in senso evolutivo, come ad esempio nel caso *Bayatyan* sull'obiezione di coscienza<sup>8</sup>. Certamente si possono citare anche la protezione dei diritti c.d. LGBT, la tutela dell'ambiente attraverso l'art. 8 della Convenzione *etc.* Tutto questo è stato possibile grazie alla dottrina dell'interpretazione evolutiva elaborata per la prima volta con la sentenza *Tyrer*.

Un'altra decisione rilevante è la sentenza *Engel c. Paesi Bassi*<sup>9</sup>, che ha varato una giurisprudenza che pure è di grandissima importanza, perché permette alla Corte di scongiurare la c.d. "truffa delle etichette". *Engel*, cioè, afferma la teoria della *interpretazione autonoma* delle espressioni tecnico-giuridiche che sono contenute nella Convenzione.

Si pensi, ad esempio, all'art. 6, che prevede una serie di garanzie nel processo. Vi è però una distinzione tra processo civile e processo penale. Già all'interno dell'art. 6 vi sono garanzie più intense per il processo penale. Inoltre, tutele specifiche per la materia penale sono contenute in altri luoghi della Convenzione: c'è l'art. 7 sul principio della legalità dei diritti e delle pene, c'è l'art. 4 del protocollo n. 7 che prevede il *ne bis in idem*. Tutto questo è collegato alla nozione di illecito penale. E quindi cosa vuol dire illecito penale? Evidentemente la qualificazione di una sanzione come penale ai sensi della Convenzione determina una serie di obblighi specifici a carico dello

---

<sup>8</sup> C. eur. dir. uomo, 7 luglio 2011, ricorso n. 23459/03, *Bayatyan c. Armenia*.

<sup>9</sup> C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel et al. c. Paesi Bassi*.

Stato interessato. Bisogna fare riferimento all'ordinamento interno dello Stato che viene accusato della violazione? Secondo la Corte non necessariamente, e in ogni caso non in modo decisivo. La Convenzione va interpretata in modo autonomo dalla Corte, a meno che non sia chiaro, e qualche volta accade, che la Convenzione faccia effettivamente rinvio al diritto nazionale. Ma se ciò non accade, la Corte è tenuta ad una *interpretazione autonoma* del concetto che è indicato dalla Convenzione come presupposto di una certa tutela. Così, per esempio, per quanto riguarda la materia penale non basta che un ordinamento interno qualifichi un illecito come penale, civile o amministrativo perché questa qualificazione sia automaticamente importata nel sistema convenzionale, perché la Corte deve utilizzare i criteri ricavabili autonomamente dalla Convenzione, criteri che, per quanto riguarda la delimitazione della materia penale, sono, appunto, quelli elaborati nella sentenza *Engel* del 1976.

La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea cita spesso la sentenza in questione. Non è il caso di affrontare in questa sede il tema della protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea, perché aprirei una parentesi che sarebbe troppo lunga, ma basti dire che anche tale Corte, la Corte di Lussemburgo, applica i diritti umani e, in un certo senso, anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La quarta sentenza da citare è la sentenza *Handyside*: mentre le prime tre sono sentenze che vanno nel senso di allargare la protezione dell'individuo, *Handyside* va un po' nell'altro senso. Ci troviamo sempre negli anni Settanta, nel 1976, sempre in un ricorso diretto contro il Regno Unito<sup>10</sup>.

In questa sentenza troviamo una compiuta illustrazione della c.d. dottrina del *margin of appreciation*. Questo termine identifica lo spazio discrezionale che la Convenzione lascia allo Stato interessato, sia che lo si consideri come legislatore sia che lo si consideri come giudice. Il margine di apprezzamento riflette un concetto che, in fondo, è molto vicino a quello della sussidiarietà che abbiamo richiamato a proposito dell'onere del previo esaurimento dei ricorsi interni. L'idea, cioè, è che il primo difensore, il primo tutore dei diritti fondamentali è lo Stato. Non a caso, solo gli Stati che già proteggono efficacemente al loro interno i diritti dell'uomo sono considerati idonei ad adempiere gli stringenti obblighi della Convenzione. Bisogna, quindi, dal punto di

---

<sup>10</sup> C. eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*.

vista della Corte, essere quanto più possibile deferenti rispetto alle scelte che gli Stati fanno in materia di diritti umani, sia come legislatori sia come giudici. In sostanza, osserva la Corte, in materia di diritti fondamentali sia i legislatori sia i giudici nazionali sono chiamati ad operazioni di *bilanciamento* tra diversi diritti, tutti da tutelare. In effetti, a parte i diritti assoluti (il diritto alla vita o quelli richiamati dall’art. 3 della Convenzione), in genere i diritti convenzionali sono limitabili in funzione della protezione di altri interessi. Di conseguenza, gli Stati sono chiamati ad operazioni di bilanciamento. In questo senso la Corte afferma che, siccome gli Stati sono più vicini alla situazione da regolare, sia in quanto legislatori, sia in quanto giudici, essa deve prestare la più grande attenzione, e il più grande rispetto, al modo con il quale a livello nazionale si è proceduto al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, facendo prevalere sull’assetto fissato a livello nazionale una diversa soluzione europea solo quando ciò sia strettamente necessario.

Vanno tenute presenti, poi, le differenze culturali che esistono tra i 46 (oggi non più 47, dopo l’espulsione della Russia) Stati parte della Convenzione europea, per cui è implicita in questa giurisprudenza la conclusione che non vi è un solo modo di proteggere i diritti umani, essendo tollerabili delle differenze entro certi limiti. Se, poi, lo Stato varca una certa soglia, allora la Corte deve intervenire con il suo “controllo europeo”.

A questo punto possiamo aggiungere un quinto pilastro, rappresentato dalla sentenza *Soering c. Regno Unito*<sup>11</sup>. Questa decisione si occupa dell’applicazione indiretta della Convenzione o, in altre parole, dell’applicazione extraterritoriale della stessa.

Il caso *Soering* riguardava un omicidio negli Stati Uniti che aveva formato oggetto di una grande attenzione mediatica. Il ricorrente, ricercato per questo omicidio, si era rifugiato nel Regno Unito e quindi era richiesto in estradizione dagli Stati Uniti. L’autore dell’omicidio fece valere allora (siamo nel 1989) che egli avrebbe rischiato negli Stati Uniti la pena di morte. Il dato temporale è importante, perché oggi si ritiene che la norma della Convenzione, che in effetti consente la pena di morte, sia stata tacitamente abrogata. Infatti, quando la Corte oggi cita l’art. 2 della Convenzione, la cui lettera permette la pena di morte, omette le parti che si riferiscono a questa. Tuttavia, nel 1989 non era questa l’interpretazione data alla Convenzione. Così la Corte sviluppa una teoria secondo la quale negli Stati Uniti è notorio che prima del-

---

<sup>11</sup> C. eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

l'esecuzione delle sentenze capitali c'è un periodo di tempo molto lungo (detto del "braccio della morte"), un tempo che dura almeno una decina d'anni. Questo periodo, secondo la Corte, è intollerabilmente lungo per lo stato di angoscia in cui costringe a vivere il condannato e crea quindi una situazione incompatibile con la Convenzione, in particolare con il suo art. 3 (divieto di tortura e di trattamenti o pene disumani o degradanti). Di conseguenza, se il Regno Unito avesse accordato l'estradizione agli Stati Uniti, l'autore dell'omicidio si sarebbe trovato esposto a questa situazione e, dunque, con il suo comportamento di collaborazione internazionale il Regno Unito avrebbe creato le condizioni di una violazione dell'art. 3 non nel Regno Unito stesso, ma altrove. Ecco, quindi, la teoria dell'*applicazione indiretta* della Convenzione, un concetto che ha grandissima importanza, soprattutto su un tema come quello, oggi attualissimo, dell'immigrazione. La Corte, invero, non cessa mai di ripetere che l'ingresso degli stranieri sul territorio dello Stato è espressione tipica della sovranità che si traduce nel diritto di regolamentare l'accesso degli stranieri. Tuttavia, una volta che lo straniero è presente sul territorio o comunque sia nella sfera della giurisdizione dello Stato, lo Stato ha delle responsabilità sul piano della Convenzione, per cui non può creare le condizioni per le quali con un respingimento una persona può trovarsi nella situazione in cui o la sua vita o la sua incolumità sarebbero a rischio.

Il sistema europeo di tutela dei diritti umani ha svolto, a sommosso avviso di chi vi parla, un'opera importante a protezione della libertà e della democrazia sul continente europeo. Sono ricorrenti, purtroppo, le manifestazioni di insofferenza verso la Corte di Strasburgo da parte di governi che sentono intaccata la propria sovranità, specialmente quando la giurisdizione europea si occupa di migranti. L'auspicio è che queste manifestazioni non si traducano in azioni concrete volte a ridimensionare i poteri della Corte. Ne soffrirebbe la tutela dello Stato di diritto sul continente europeo e, in definitiva, sarebbe meno sicura anche la pace.

# L'ISTITUZIONE DEL GIUDICE PROFESSIONALE BASTERÀ A GARANTIRE UNA GIUSTIZIA TRIBUTARIA INDIPENDENTE?\*

ALESSIA VIGNOLI

SOMMARIO: 1. La professionalità del giudice è elemento necessario e sufficiente a garantirne l'indipendenza? – 2. Il giudizio sull'operato di una pubblica amministrazione e l'inadeguatezza del riferimento al modello del processo civile. – 3. Funzione, potere e responsabilità. I limiti dell'impugnazione-merito. – 4. I vantaggi di una giurisdizione non sostitutiva ispirata al modello del processo amministrativo.

**Abstract:** The tax justice reform and the focus on the professionalism of the judge and his inclusion in the judiciary system offer the opportunity for a discussion on the judge role when he evaluates the actions of a public administration and on the effects that the 2022 reform may have on the issue of the independence of the tax judge with respect to the MEF which remains an obstacle towards the creation of tax “due process”.

## **1. La professionalità del giudice è elemento necessario e sufficiente a garantirne l'indipendenza?**

Uno degli aspetti fondamentali e più dibattuti della riforma della giustizia tributaria introdotta con la l. 31 agosto 2022, n. 130 è stata la previsione della figura del giudice professionale, che nelle intenzioni

---

\* Testo rielaborato dall'Autrice a margine della *lectio magistralis* tenuta in data 9 giugno 2023 con l'Avvocato dello Stato Gianni De Bellis, sul tema “Il giudice nelle controversie contro una P.A. L'esperienza della giustizia tributaria (alla luce della recente riforma)”. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da Autore di chiara fama.

degli autori della riforma dovrebbe rappresentare il volano per dare un nuovo impulso alla giustizia tributaria; sullo sfondo è rimasto, però, il tema della indipendenza del giudice tributario dal Ministero dell'Economia e delle finanze (MEF), che neanche questa riforma è riuscita a scalfire.

È sufficiente leggere o ascoltare le dichiarazioni di coloro che hanno partecipato all'elaborazione della riforma per rendersi conto di come il tema dell'indipendenza dei giudici dal MEF sia stato affrontato dalla Commissione ministeriale come un tema degno della massima attenzione, e forse anche risolto ipotizzando lo spostamento sotto la Presidenza del Consiglio dei ministri; tuttavia, nel testo della riforma sotto questo aspetto non è cambiato nulla. Come recentemente dichiarato dal Prof. Della Cananea, *“il giudice tributario, al pari di tutti gli altri giudici, non solo deve essere autonomo e indipendente ma deve anche apparire tale. Il fatto che diverse Corti di giustizia tributaria, sia di primo che di secondo grado, si trovino all'interno degli uffici dell'Amministrazione finanziaria può certamente ‘appannare’ tale immagine di indipendenza e terzietà”*<sup>1</sup>.

Sotto questo profilo, purtroppo, la riforma ha rappresentato l'ennesima battuta d'arresto verso la strada che avrebbe dovuto far diventare “giusto” il processo tributario<sup>2</sup>, ossia un processo in cui trovino concreta attuazione i principî del contraddittorio, della parità delle parti e, naturalmente, dell'indipendenza, dell'autonomia e della terzietà del giudice.

Gli stessi giudici tributari<sup>3</sup> hanno sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale relative all'assetto organizzativo dell'ordinamento giudiziario tributario, insistendo in particolare sul legame tra magistratura tributaria e Ministero dell'Economia e delle finanze – che la l. n. 130/2022, come detto, non ha eliminato.

Tuttavia, è ipotizzabile che la Corte costituzionale, che al momen-

---

<sup>1</sup> Così il Prof. Giacinto Della Cananea, ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Bocconi di Milano e componente di nomina parlamentare del Consiglio di presidenza della Giustizia tributaria, in un'intervista del 3 settembre 2023, disponibile su: [www.ildubbio.news/giustizia/siamo-ancora-in-tempo-per-portare-via-i-giudici-tributari-dal-controllo-del-mef-wk3suzik](http://www.ildubbio.news/giustizia/siamo-ancora-in-tempo-per-portare-via-i-giudici-tributari-dal-controllo-del-mef-wk3suzik).

<sup>2</sup> Per una approfondita ricostruzione dei vari interventi si v. F. GALLO, *Il progressivo evolversi del Giudizio tributario verso il modello Costituzionale del “giusto processo”*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1/2020, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>3</sup> La CGT di Venezia, in particolare, con l'ordinanza n. 408/2022 ha evidenziato diversi profili di (il)legittimità costituzionale della riforma tributaria, primo fra tutti proprio quello relativo alla dipendenza amministrativa e strutturale dal MEF.

to non si è ancora pronunciata, non potrà certo risolvere il problema direttamente, ma potrà sicuramente segnalarlo come meritevole di intervento immediato da parte del legislatore.

Del resto, la riforma ha addirittura amplificato il problema, dal momento che sia i nuovi giudici assunti con concorso, sia i togati che transiteranno alla magistratura tributaria per effetto dell'interpello diventeranno direttamente dipendenti del MEF. Il contribuente sarà giudicato da un soggetto (il giudice) dipendente di un ente che al suo interno reca quella stessa Agenzia delle Entrate che è la sua controparte giudiziale e i cui obiettivi sono commisurati al gettito – gettito che in caso di controversia dipende proprio dal riconoscimento della fondatezza o meno dell'atto impositivo impugnato dal contribuente.

## **2. Il giudizio sull'operato di una pubblica amministrazione e l'inadeguatezza del riferimento al modello del processo civile**

Un altro tema che avrebbe dovuto essere valorizzato in occasione della riforma, almeno nell'opinione di chi scrive, al di là delle indicazioni procedurali che continuano a ricalcare il modello del processo civile, è che, comunque, il giudice tributario è un organo sostanzialmente diverso da quello che affronta le controversie tra privati: egli si trova, infatti, a valutare l'esercizio di una funzione pubblica (quella impositiva), e ciò dovrebbe condurre a volgere di più lo sguardo verso il modello del giudice amministrativo.

Come evidenziato<sup>4</sup>, i giudici amministrativi, da antichi organi di collaborazione diretta del governo<sup>5</sup>, sono diventati sempre più indipendenti, cercando di conciliare poteri con contenuti sostanzialmente diversi, senza però sostituirsi agli organi che istituzionalmente erano deputati ad esercitarli. Non è un caso se gli strumenti tipici di impugna-

---

<sup>4</sup> Si v. R. LUPI, *L'imposizione tributaria come diritto amministrativo speciale*, Napoli, 2023, par. 6.7.

<sup>5</sup> Sul tema si rinvia a C. BUCCICO - L. LETIZIA, *Verso la riforma della giustizia tributaria nella prospettiva della terzietà e imparzialità del giudice*, in *Giur. delle imposte*, 4/2019, pp. 264-316, dove in maniera sintetica si ripercorrono le tappe essenziali che hanno condotto al riconoscimento delle (all'epoca) Commissioni tributarie come organi giurisdizionali. Per la ricostruzione del ruolo avuto nella vicenda dalla Corte costituzionale si v. la ricostruzione di G.A. MICHELI, *Reviviscenza delle commissioni tributarie come giudici speciali?*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 321 ss. Per una recente ricostruzione della specialità della giurisdizione tributaria cfr. C. GLENDI, *La "speciale" specialità della giurisdizione tributaria*, in A. GUIDARA (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Torino, 2021, pp. 414 ss.

zione, come il reclamo, avevano sempre la finalità di annullamento dell'atto che veniva impugnato, ma non la sua sostituzione.

Era naturale, infatti, anche nelle forme di reclamo “politico” (una sorta di protesta), che il vertice del gruppo indicasse dei correttivi, o incaricasse altri di provvedere in modo più ragionevole, senza però sostituirsi a nessuno, perché in effetti l'evoluzione della collettività rendeva impensabile ipotizzare di avere il tempo e le competenze per intervenire dappertutto.

Del resto, una soluzione che implicasse l'intervento a trecentosessantasei gradi di un qualsiasi organo al posto di un altro che normalmente si occupa di esercitare una determinata funzione sarebbe utopistica e non efficiente; sarebbe irragionevole pensare che l'autorità politica o la giurisdizione amministrativa possano aver tempo e cognizioni per sostituirsi alle molteplici ed eterogenee funzioni pubbliche (come quella sanitaria, quella di tutela del patrimonio storico-artistico ecc.). Detta conclusione diventa ancora più condivisibile se si considera che all'esercizio del potere deve corrispondere una attribuzione di responsabilità (nel senso della possibilità di essere chiamato a rendere conto della scelta compiuta), responsabilità riconosciuta esclusivamente all'organo istituzionalmente preposto alla cura di quello specifico interesse pubblico.

In quest'ottica di correlazione tra potere, responsabilità e funzione, la creazione della nuova magistratura tributaria potrebbe rappresentare l'occasione per rimeditare il tema dell'impugnazione-merito<sup>6</sup>, in cui il giudice tributario ha finito per assumere il ruolo di supplente dell'ufficio fiscale, sostituendosi a quest'ultimo nella rideterminazione della pretesa impositiva e quindi nell'esercizio della funzione tributaria come conseguenza dell'esercizio di quella giurisdizionale. Numerose sono le decisioni della Corte di cassazione che esprimono e danno attuazione a questo principio<sup>7</sup>; in base, ad esempio, a quanto affermato nell'ordinanza 6 aprile 2020, n. 7695, “*il giudizio tributario non si connota come un giudizio di «impugnazione-annullamento», bensì come un giudizio di «im-*

---

<sup>6</sup> Tale definizione viene utilizzata per la prima volta da P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969, p. 286; si v. anche, dello stesso autore, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1974, p. 79, in nota; G. FRANSONI, *Spunti ricostruttivi in tema di atti impugnabili nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 11/2012, p. 980; G. PORCARO, *Il ruolo del giudice tributario nella dinamica della tutela giurisdizionale. Stato degli atti e prospettive*, in *Dir. e proc. trib.*, 2/2016, pp. 207 ss.

<sup>7</sup> Per una compiuta ricostruzione dei vari orientamenti si v., senza pretesa di completezza, G.M. CIPOLLA, *Processo tributario e modelli di riferimento: dall'onere di impugnazione alla impugnazione facoltativa*, in *Riv. dir. trib.*, 11/2012, p. 957.



*pugnazione-merito», in quanto non è finalizzato soltanto ad eliminare l'atto impugnato, ma è diretto alla pronuncia di una decisione di merito sul rapporto tributario, sostitutiva dell'accertamento dell'Amministrazione finanziaria, previa quantificazione della pretesa erariale, peraltro entro i limiti posti da un lato, dalle ragioni di fatto e di diritto esposte nell'atto impositivo impugnato e, dall'altro lato, sia della dichiarazione resa dal contribuente che dell'accertamento dell'ufficio; – discende che ove il giudice tributario ritenga invalido l'avviso di accertamento per motivi non formali, ma di carattere sostanziale, riconosciuta l'incongruenza dell'accertamento dell'Ufficio, ha il dovere di decidere sul merito ed accertare la maggiore imposta dovuta”.*

Il riconoscimento di un ruolo “supplente” del giudice, se applicato in tutte le ipotesi in cui si deve rideterminare una pretesa in contestazione sulla base delle richieste delle parti, rischia però di alterare completamente i compiti delle parti stesse nell'attuazione della pretesa impositiva e, soprattutto, di deresponsabilizzare gli uffici fiscali.

L'approdo indiscriminato all'impugnazione-merito si è probabilmente autoprodotta per una serie di concause, a partire dalla tradizione storica del contenzioso amministrativo, riguardante la determinazione dell'imposta, e dalla sua *giurisdizionalizzazione* avendo riferimento al giudice civile, che forniva maggiori garanzie di indipendenza e di terzietà<sup>8</sup>.

Sotto il primo profilo, la remota tradizione amministrativa delle Commissioni tributarie consentiva loro la rideterminazione della base imponibile (si parlava infatti di questioni *estimative*), senza necessità di tornare all'ufficio fiscale; anche le Commissioni, infatti, erano portatrici di un pubblico interesse, e non avevano alcun bisogno di rinviare la vicenda controversa ad un altro organo. L'organo amministrativo contenzioso, sovraordinato, può sostituirsi al precedente, proprio grazie alla funzione che è chiamato ad esercitare con imparzialità.

Del resto, l'evoluzione e le oscillazioni che la giustizia tributaria ha incontrato nel suo lungo cammino sono state più volte evidenziate, esaminando la stretta correlazione giudice ordinario-organi del contenzioso fiscale, con l'autorità giudiziaria ordinaria che, ad esempio, nelle prime leggi *post* unità d'Italia ha competenza in materia di imposte in-

---

<sup>8</sup> A. TURCHI, *L'azione tributaria di impugnazione fra modelli tradizionali e recenti interpretazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1/2017, pp. 169 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, 2013, pp. 147 ss.; F. RANDAZZO, *Rapporto tra iscrivibilità a ruolo degli importi non contestati e decadenza dell'Amministrazione finanziaria*, in *Riv. giur. trib.*, 2013, p. 584.; F. FARRI, *Impugnazione-merito e 'vizi formali' nell'attuale processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 6/2018, pp. 659 ss.

dirette (salva la possibilità di ricorrere in via amministrativa prima di proporre l'azione giudiziaria), mentre le imposte dirette restano riservate agli organi speciali, di natura amministrativa<sup>9</sup>.

Progressivamente, spinti dall'esigenza di chiedere tutela ad un organo indipendente e terzo rispetto alle parti coinvolte e di far riconoscere natura giurisdizionale alle originarie Commissioni tributarie per ovviare alle censure di cui all'art. 102 Cost., si è optato per il modello di riferimento più consolidato, ossia il processo civile. Solo quest'ultimo consentiva di confrontarsi con una autorità che fosse indipendente, individuata nel giudice ordinario; si è così realizzato quello che, in altra sede e con altra finalità, è stato definito il passaggio dal contenzioso al processo<sup>10</sup>.

Da un punto di vista sostanziale sarebbe stato più ragionevole il passaggio dal contenzioso amministrativo al processo amministrativo, anziché al processo civile; in quest'ultimo, infatti, le parti chiedono al giudice di trovare la soluzione della controversia che è insorta tra loro, implicando l'abdicazione e la conseguente sostituzione di esse nella risoluzione concreta della controversia e nell'individuazione del più corretto assetto degli interessi contrapposti. La determinazione dei presupposti economici d'imposta, invece, è un potere riservato agli uffici fiscali; pertanto, anche la loro ri-determinazione, dopo che il giudice ne ha dichiarato l'illegittimità, dovrebbe restare riservata all'ambito amministrativo, con le precisazioni che seguono.

### **3. Funzione, potere e responsabilità. I limiti dell'impugnazione-merito**

È evidente come il modello dell'impugnazione-merito implichi commistioni tra funzione sostanziale e funzione giurisdizionale, che nel diritto amministrativo sono invece ambiti tenuti ben distinti.

---

<sup>9</sup> Cfr. D. PELLEGRINI, *La giustizia tributaria tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali: le oscillanti scelte di politica giudiziaria e i motivi della diffidenza verso la giurisdizione ordinaria*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 17 dicembre 2020. Ad esempio, è stato evidenziato che la legge sull'imposta di ricchezza mobile del 14 luglio 1864, n. 1830 ha istituito il doppio ordine di Commissioni tributarie. Tali organi, anche se esteriormente assomigliano alle odierne Commissioni tributarie, sono indubbiamente organi amministrativi, per di più preposti all'accertamento delle imposte piuttosto che alla risoluzione del contenzioso. E contro i loro provvedimenti non era possibile il ricorso all'autorità giudiziaria (possibilità di ricorso che verrà introdotta un anno dopo, e per la prima volta, solo nella legge sui fabbricati del 26 gennaio 1865, n. 2136).

<sup>10</sup> C. CONSOLO, *Dal contenzioso al processo tributario. Studi e casi*, Milano, 1992.

Come rilevato da Lupi, il modello più efficiente, quando la controparte è un soggetto che esercita una pubblica funzione, è la forma del reclamo all'autorità politica, da cui ha preso le mosse la giurisdizione amministrativa; essa, infatti, individua errori, senza sostituirsi alle conoscenze e alle esperienze multiformi dei sottostanti uffici pubblici.

Nel lavoro di F.G. Scoca sull'interesse legittimo<sup>11</sup>, la "separazione" tra il ruolo del giudice e quello dell'amministrazione mi pare ben evidenziata nella formula secondo cui "*i giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi*". Questo perché la cura dell'interesse pubblico spetta all'amministrazione che ne è responsabile – nel nostro caso, agli uffici tributari nella determinazione dei presupposti economici d'imposta.

Sempre in ambito amministrativo, la "confusione" – intendendo con ciò il concentrarsi in un unico soggetto delle due suddette funzioni – tra funzione sostanziale e giurisdizionale è un'ipotesi assolutamente eccezionale. Nell'art. 7, comma 6, del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo), si legge, infatti, che "*il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*".

La sostituzione del giudice amministrativo all'autorità delegata all'esercizio della funzione sostanziale è dunque una ipotesi eccezionale; come, ad esempio, in materia di contenzioso elettorale, dove vi sono delle esigenze di celerità e necessità di particolare indipendenza che rendono più opportuna tale soluzione "sostitutiva"<sup>12</sup>.

Esiste, dunque, come autorevolmente messo in evidenza<sup>13</sup>, una specifica disposizione che legittima, in via del tutto eccezionale, la giurisdizione di merito, ossia quella in cui il giudice si sostituisce all'amministrazione.

In ambito tributario il legislatore non si è soffermato sul punto, ma questo dato non può essere certo interpretato come l'indiscriminata

---

<sup>11</sup> Mi riferisco a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, p. 185.

<sup>12</sup> Per i profili essenziali del contenzioso elettorale cfr. P. SANDULLI, *Il contenzioso elettorale (regolato dal Codice del processo amministrativo)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 9 dicembre 2020.

<sup>13</sup> Sul carattere eccezionale della giurisdizione di merito e sui suoi contenuti salienti cfr., per tutti, A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, pp. 110 ss.

eventualità che, nel silenzio della legge, il giudice possa sostituirsi all'ufficio fiscale.

Certo la recente riforma della giustizia tributaria avrebbe potuto cogliere l'occasione per affrontare anche il tema della sostituzione del potere giurisdizionale a quello impositivo, invece di soffermarsi prevalentemente sulla figura e sull'inquadramento di carriera del giudice.

La riforma avrebbe potuto rappresentare l'occasione per un dibattito e una scelta non solo su chi debba essere il giudice tributario, ma anche (e forse soprattutto) su cosa possa fare quando l'ufficio fiscale non rispetta i canoni delle leggi e non determina correttamente l'imposta.

Tuttavia, non è detto che ogni cosa debba passare attraverso un intervento del legislatore, che spesso, anzi, porta più danni che vantaggi (come si è visto a proposito delle modifiche all'art. 7 del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, con l'inserimento del comma 5-bis<sup>14</sup> sull'onere della prova<sup>15</sup>).

L'inadeguatezza a sostituirsi agli uffici tributari non è tanto questione di attitudine o professionalità del giudice, che riesce a districarsi agevolmente con questioni di liquidazione dei dati dichiarati (come ad esempio il mancato versamento di imposte dichiarate, deducibilità di oneri e spese personali, detrazioni varie, redditi non dichiarati da contratti registrati, o segnalati dai sostituti) oppure nelle controversie su "tributi minori" o con la determinazione delle rendite catastali o con le c.d. questioni di rito (ad esempio riguardanti la corretta notifica degli atti impositivi).

Spesso si tratta di pratiche di importi di ammontare non elevato, ma che sono le più numerose in materia tributaria o che comunque possono essere agevolmente risolvibili attraverso riscontri documentali o basandosi su una formazione giuridica di base, per ovvie ragioni richieste a chi ricopre una carica giurisdizionale. Anche se, ad onore del vero, la maggior parte di queste cause non dovrebbe neanche arri-

---

<sup>14</sup> Sul tema si v. G. MOSCHETTI, *Il comma 5-bis dell'art. 7 D.lgs. n. 546/1992: un quadro istruttorio per ora solo abbozzato, tra riaffermato principio dispositivo e diritto pretorio acquisitivo*, in *Riv. dir. trib.* (supplemento telematico), 28 gennaio 2023.

<sup>15</sup> Sul tema, senza pretesa di esaustività e per i richiami ad altra dottrina, si rinvia a F. TESAURO, *L'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1/1986, p. 81, ora in F. FICHERA - M.C. FREGNI - N. SARTORI (a cura di), *Francesco Tesaurò. Scritti scelti di diritto tributario*, vol. II, Torino, 2022, pp. 272 ss.; S. MULEO, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, pp. 603 ss.

vare ad impegnare la funzione giurisdizionale, potendo benissimo essere affrontate nella sede più opportuna, ossia quella amministrativa in fase di riesame.

La mediazione ai sensi dell'art. 17-*bis* del d. lgs. n. 546/1992 ha cercato di rimediare a tale fenomeno di "ingolfamento" della giustizia tributaria, ma ancora una volta non ha fatto altro che testimoniare la necessità di un intervento legislativo, anche quando le cose potrebbero essere gestite, proprio perché vi è coinvolto un soggetto pubblico, attraverso il corretto esercizio di una funzione, con il giudice che interviene solo in via residuale, come clausola di salvaguardia.

Considerare l'intervento del giudice come una tappa obbligata può andare bene nel caso della risoluzione delle controversie privatistiche, comprese quelle che coinvolgono amministrazioni pubbliche nella loro attività contrattuale. L'intervento del giudice rappresenta, invece, un appesantimento nel momento in cui il privato si confronta con una pubblica funzione, nel nostro caso quella impositiva.

La necessità di distinguere la funzione giurisdizionale da quella sostanziale impositiva è più evidente nelle controversie in cui si tratta di stimare l'evasione per le piccole attività di commercio e servizi al consumo finale, o quando si tratta di affrontare le questioni interpretative specialistiche delle grandi aziende. E sono proprio questi gli ambiti in cui il giudice incontra le maggiori difficoltà, finendo per orientarsi in favore del fisco (che comunque è e resta la parte "pubblica" della vicenda).

Infatti, se il giudice in un processo "sbrigativo" come quello tributario (che, ricordiamolo, si esaurisce spesso in un'unica udienza) per giudicare deve sostituirsi all'ufficio, che dalla sua magari avrà effettuato le indagini come riportate nel PVC, il giudice stesso sarà naturalmente e comprensibilmente orientato a dare ragione alla parte pubblica se il contribuente non riesce ad evidenziare un vizio "forte" dell'atto impositivo.

Trovo evocativa un'espressione frequentemente contenuta nei testi di Lupi, secondo cui: *giudice frastornato ricorso rigettato*; perché nell'impugnazione-merito il giudice, se non è in grado di sostituirsi agli uffici fiscali nella determinazione dell'imposta, finirà inevitabilmente per avallare l'atto impositivo.

Non è un caso che le controversie specialistiche o in cui si tratta di compiere valutazioni presentino un alto tasso di vittoria del fisco – e questo accade anche dinanzi alla Corte di cassazione, circostanza che sta a testimoniare come il "giudice a tempo pieno" non sia una variabile determinante quando il giudice stesso deve decidere una questione sostanziale senza che gli sia chiaro il retroterra della causa.

Questo stato di cose non viene minimamente scalfito da espressioni come la parità delle parti, la nuova concezione dell'onere della prova ecc, in quanto si tratta di condizionamenti ambientali comprensibili, evitabili solo rimeditando il pregiudizio dell'impugnazione-merito.

#### **4. I vantaggi di una giurisdizione non sostitutiva ispirata al modello del processo amministrativo**

Gli inconvenienti di cui al termine del punto precedente sarebbero molti di meno se la giurisdizione tributaria si limitasse al controllo della determinazione dell'imposta, senza la suddetta sostituzione dei giudici agli uffici; sarebbe una soluzione in linea col resto della giurisdizione sulle altre funzioni pubbliche, laddove è doveroso emettere un nuovo atto, ovviamente tenendo conto delle indicazioni della sentenza di annullamento (come avviene, ad esempio, quando si tratta di concorsi pubblici). Chi si occupa di diritto tributario spesso obietta che il potere dell'ufficio fiscale deve essere esercitato entro un termine stabilito a pena di decadenza e quindi non sia reiterabile. Tuttavia, se l'atto, sebbene annullato, è provvisto degli elementi essenziali, compresa la motivazione, non vi è nessuna disposizione che ne vieti la riemissione.

Questa soluzione consentirebbe anche di dare attuazione concreta a tutte quelle norme procedurali (ad esempio: diritto al contraddittorio, rispetto di termini procedurali, obbligo di valutazione delle osservazioni al PVC) che finiscono per restare lettera morta perché altrimenti rischierebbero di travolgere un accertamento fondato nel merito.

Questi passaggi "procedurali" (come, ad esempio, l'obbligo di sentire preliminarmente la parte oppure di attendere sessanta giorni dalla notifica del processo verbale prima della notifica dell'avviso di accertamento), di cui il contribuente lamenta la mancanza, potrebbero avvenire anche a posteriori, con una rideterminazione dell'imposta nei limiti della motivazione del primo atto.

L'impugnazione-merito impone, invece, all'interno del giudizio sull'atto impugnato, rielaborazioni troppo articolate e fuori dalla portata del giudice, sia come competenze che come tempi.

Non dimentichiamo, infatti, la "concentrazione" del processo tributario, che tradizionalmente si esaurisce in un'unica udienza.

Sarebbe pertanto auspicabile che il giudice, resosi conto dei vizi, annulli l'atto, e che l'ufficio tributario proceda a una rideterminazione dell'imposta dovuta nei limiti nella materia del contendere così come determinata dalle parti (con motivazione e motivi di ricorso).

La giurisdizione sulle funzioni non giurisdizionali, come quella

tributaria, deve in sostanza correggere ed orientare l'azione amministrativa, garantendone l'efficienza, la correttezza e la legittimità. Annullando gli atti, o comunque rinviandoli all'ente impositore corredati di indicazioni per esercitare al meglio il potere, il neoriformato giudice tributario – professionale o meno che sia – può porre le basi per un più efficiente e proficuo esercizio del potere impositivo.





SEZIONE SECONDA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE: QUESTIONI GENERALI



# L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE E L'OPINIONE PUBBLICA: UNA PROSPETTIVA PRAGMATICA

CAMILA ALMEIDA PORFIRO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'influenza dell'opinione pubblica sulla giurisdizione costituzionale. – 3. L'imparzialità del giudice e il populismo giudiziario. – 4. Corti blindate o reattive? – 5. Decisioni impopolari e stabilità istituzionale: una prospettiva pragmatica. – 6. Conclusioni.

**Abstract:** Public opinion and media reaction have historically interfered with the development of jurisprudence. Constitutional courts tend to reproduce theses that will have positive repercussions in the media, aligning their positions with the will of the majority. This judicial posture, however, may not be desirable in a democracy when it undermines the counter-majoritarian role of the courts. The loss of impartiality of the judges and the risks of institutional dysfunction are some factors that show the danger of an irresponsible opening to the will of the people. In this perspective, this article will examine if the courts have a republican duty to take public opinion into account or if a disconnect with the will of the majority is advisable to protect fundamental rights. It argues the need for a pragmatic strategy, reconciling unpopular decisions with constitutional stability, so that the courts always maintain a reserve of political capital, especially in times of crisis.

## 1. Introduzione

Le corti costituzionali devono considerare l'opinione pubblica nelle loro sentenze? Il tema è oggetto di grandi controversie nel diritto comparato, in quanto intreccia aspetti non solo del diritto, ma anche della scienza politica, della psicologia sociale e della teoria della

comunicazione.<sup>1</sup> A livello empirico si può notare che la reazione dell'opinione pubblica interferisce con l'evoluzione della giurisprudenza, motivando i giudici costituzionali a riprodurre le tesi che hanno un riscontro positivo nei media e ad allineare le proprie posizioni all'interpretazione della maggioranza<sup>2</sup>. Occorre tuttavia verificare se una simile posizione giudiziaria sia auspicabile in uno Stato di diritto democratico o se, al contrario, pregiudichi il ruolo contro-maggioritario su cui si basa l'esistenza stessa delle corti costituzionali.

Dato che il ruolo di questi corti è proprio quello di proteggere la Costituzione dalla volontà di maggioranze occasionali, come si può spiegare la loro eventuale deferenza nei confronti della voce del popolo? D'altra parte, se i giudici la ignorano, quali rischi si creano per la stabilità istituzionale del giudiziario? Poiché questo ramo "*dipende quasi interamente dalla sua reputazione per garantire il rispetto delle sue decisioni, ottenere risorse e mantenere la sua influenza politica*"<sup>3</sup>, come è possibile preservare la teoria classica che sostiene una completa dissociazione dall'opinione pubblica? In breve, questa apertura rafforza la democrazia o è incompatibile con il ruolo dei corti in uno Stato di diritto<sup>4</sup>?

In primo luogo, verranno presentati gli argomenti a favore e contro l'influenza della volontà delle maggioranze nelle decisioni delle corti costituzionali. Si cercherà di capire le ragioni per cui tendono ad armonizzare le loro posizioni con il "pensiero popolare" e l'uso pragmatico di questo fattore extra-giuridico. Successivamente, verrà analizzato l'impatto negativo che l'opinione pubblica ha sull'imparzialità dei giudici e i rischi per la legittimità dell'attività giurisdizionale. Infine, si sosterrà che le decisioni "maggioritarie" delle corti dovrebbero essere oggetto di un'analisi altrettanto approfondita di quella conferita alle decisioni "contro-maggioritarie", in modo da valutare criticamente la performance rappresentativa delle Corti.

In sintesi, l'articolo analizza il rapporto tra i poteri dello Stato e la società civile da una prospettiva politica e giuridica. Sebbene alcune

---

<sup>1</sup> B. FRIEDMAN, *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, New York, 2009, pp. 368-376.

<sup>2</sup> N. GAROUPA - T. GINSBURG, *Judicial reputation: A comparative theory*, Chicago, 2015, p. 20.

<sup>3</sup> *Id.* p. 20.

<sup>4</sup> M. NOVELINO, *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF*, in A. FELLET (a cura di), *Constitucionalismo e democracia*, 2013, pp. 271-272.

considerazioni possano essere trasposte alla realtà delle corti costituzionali di altri Paesi, il modello di riferimento sarà la Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa è composta da nove membri che, come in Brasile, sono nominati dal Presidente della Repubblica e confermati dalla maggioranza del Senato. La posizione è vitalizia, senza limiti di tempo o di età. Il compito principale della Corte è quello di controllare la costituzionalità delle leggi<sup>5</sup>.

## 2. L'influenza dell'opinione pubblica sulla giurisdizione costituzionale

L'opinione pubblica è generata dall'interazione di diversi agenti sociali: media, *social network*, autorità pubbliche, movimenti sociali e organizzazioni della società civile. Secondo la scienza politica, è sempre in uno stato di frammentazione e spesso esprime la manifestazione del gruppo sociale più potente e dominante nella comunità.<sup>6</sup> Come evidenziato da Pierre Bourdieu, di frequente non si tratta di un fenomeno spontaneo, libero e razionale, ma di una manifestazione "artificiale" che può essere creata contro o per una determinata situazione sociale<sup>7</sup>.

Nelle dittature totalitarie del XX secolo, ad esempio, l'opinione pubblica è stata trasformata in una linea ausiliaria molto potente della ragione di Stato. La tecnica dei media radiotelevisivi di creare un consenso sociale e di indirizzarlo verso determinati fini è stata ampiamente sfruttata. La volontà delle masse può quindi essere "prodotta" o "influenzata" per sostenere la legittimità delle rivendicazioni di particolari gruppi sociali. Infatti, non si deve confondere l'opinione pubblica con l'opinione pubblicata, quella creata da mezzi di comunicazione che emettono "un pensiero confezionato" e lo impongono alle masse docili, che avranno la sola funzione di riprodurlo<sup>8</sup>.

In questa prospettiva, lo studio giuridico-costituzionale dell'in-

---

<sup>5</sup> Storicamente, sono emersi due modelli di corti costituzionali: la Corte costituzionale statunitense e le corti costituzionali europee, che si differenziano, tra l'altro, per le differenze tra i sistemi di *common law* e di *civil law* e per le peculiarità giuridiche, politiche e culturali di ciascun luogo (L. FAVOREU - W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Parigi, 2016, pp. 17-20).

<sup>6</sup> P. BONAVIDES, *Ciència política*, São Paulo, 2016, p. 482.

<sup>7</sup> P. BOURDIEU, *L'opinione pubblica non esiste*, in *Problemi dell'informazione*, 1/1976, pp. 71-88.

<sup>8</sup> P. BONAVIDES, *Op. cit.*, p. 500.

fluenza dell'opinione pubblica sulle decisioni giudiziarie non dovrebbe accontentarsi di una definizione semplicistica di questa forza politica. È sempre necessario interrogarsi sull'esattezza, l'origine e la veridicità del "clamore popolare" per individuare una possibile artificiosità della posizione assunta come egemonica. Pertanto, un costituzionalismo che cerca di creare un dialogo diretto tra la corte e i cittadini deve sempre tenere presente la differenza tra opinione pubblica "spontanea", "opinione pubblicata" e mera propaganda politica.

In questo contesto, è certo che in Italia, come in altri Paesi, cresce la tendenza delle corti costituzionali ad avvicinare le proprie decisioni alle opinioni pubblicate dai media<sup>9</sup>. I giudici non sono al di sopra delle dispute dei gruppi di potere e di influenza, che intervengono nel processo decisionale sia in ambito legislativo che giudiziario<sup>10</sup>. L'impatto mediatico tende a influenzare non solo l'esito del processo, ma anche aspetti importanti come la durata del procedimento o la concessione di un provvedimento provvisorio<sup>11</sup>. Negli Stati Uniti, ad esempio, gli studi empirici dimostrano che le decisioni contro-maggioritarie sono una mera eccezione nella Corte Suprema e che, nella maggior parte dei casi, le sentenze erano convergenti con i risultati dei sondaggi d'opinione sui rispettivi argomenti.<sup>12</sup>

Secondo Thomas Marshall, la Corte Suprema ha mostrato un comportamento tanto allineato con l'opinione pubblica quanto i rami Esecutivo e Legislativo<sup>13</sup>. In realtà, anche le decisioni considerate contro-maggioritarie hanno avuto origine dalle crescenti mobilitazioni di settori organizzati della società che, a poco a poco, sono riusciti a cambiare il vento dell'opinione pubblica a loro favore. Come ha ben sintetizzato Michael Klarman, "*i tribunali proteggono solo quelle minoranze che sono viste favorevolmente dalla maggioranza: Ironicamente, nei momenti di maggiore oppressione, quando i gruppi minoritari hanno più bisogno di protezione giudiziaria, è improbabile che la ricevano.*"

---

<sup>9</sup> B. FRIEDMAN, *The politics of judicial review*, in *Tex. L. Rev.*, 84/2005, p. 257; C. BARRETT LAIN, *Upside-down judicial review*, in *Geo. L. J.*, 2012, p. 113; G. CALDEIRA, *Neither the purse nor the sword: Dynamics of public confidence in the Supreme Court*, in *American Political Science Review*, 4/1986, pp. 1209-1226.

<sup>10</sup> P. PERRONE CAMPOS MELLO, *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 2015, p. 293; E.R. ELHAUGE, *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?*, in *Yale Law Journal*, 1991, pp. 31-110.

<sup>11</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>12</sup> C. BARRETT LAIN, *Op. cit.*, p. 158; R.A. DAHL, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*, in *Journal of Public Law*, 6/1957, p. 285.

<sup>13</sup> T.R. MARSHALL, *Public opinion and the Supreme Court*, Boston, 1989, p. 192.

*I giudici non avrebbero nemmeno sognato di proteggere i diritti delle donne o degli omosessuali in base alla clausola di uguale protezione legale prima del movimento femminista e del movimento LGBT. Allo stesso modo, la segregazione razziale e le violazioni dei diritti hanno cominciato a sembrare discutibili per i giudici solo quando i neri sono diventati una parte vitale del New Deal, raggiungendo lo status di classe media, il successo professionale e ottenendo incarichi giudiziari e un premio Nobel per la pace*<sup>14</sup>.

Inoltre, nel modello di Stato democratico, ci si aspetta che l'opinione pubblica guidi le azioni dell'Esecutivo e del Legislativo, poiché questi poteri sono composti da rappresentanti eletti dal voto popolare e dovrebbero sempre essere attenti alla "voce del popolo"<sup>15</sup>. La magistratura, tuttavia, è stata concepita diversamente da questo modello: il suo funzionamento richiede imparzialità, che può essere ottenuta solo con un certo grado di isolamento dal clamore popolare<sup>16</sup>. Infatti, il ruolo contro-maggioritario della giurisdizione costituzionale presuppone un'istituzione relativamente isolata dalle pressioni sociali, che agisce per salvaguardare i diritti fondamentali e le regole del gioco democratico contro le maggioranze<sup>17</sup>. Così, a prima vista, la deferenza nei confronti dell'opinione pubblica può significare una violazione frontale della ragione stessa dell'esistenza delle corti.

Tuttavia, la questione è più complessa e richiede una panoramica dei meccanismi che guidano il comportamento giudiziario. In primo luogo, l'influenza dell'opinione pubblica su una Corte costituzionale è difficile da misurare. A volte l'allineamento con la "voce del popolo" è solo incidentale: altre tendenze decisionali o addirittura le precomprensioni dei giudici hanno influenzato la decisione<sup>18</sup>. In più, questa deferenza è raramente menzionata esplicitamente nei pronunciamenti ufficiali e sentenze. Nella Corte Suprema brasiliana, ad esempio, le poche manifestazioni a favore dell'apertura alla volontà popolare sono generalmente fatte con cautela ed eufemismi<sup>19</sup>. I riferimenti all'opinione pubblica sono deliberatamente omessi, spesso perché considerati un'influenza indebita o per evitare che la corte sia vista come un'istituzione simile ad altre.

---

<sup>14</sup> M.J. KLARMAN, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, New York, 2007, p. 218.

<sup>15</sup> P. PERRONE CAMPOS MELLO, *Op. cit.*, p. 294.

<sup>16</sup> *Id.* pp. 294-295.

<sup>17</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, pp. 169-175.

<sup>18</sup> G. CALDEIRA, *Op. cit.*, p. 1.211.

<sup>19</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, p. 181.

Va anche notato che i giudici fanno parte dell'opinione pubblica e sono soggetti agli stessi eventi e forze che influenzano altri membri della società<sup>20</sup>. Non vivono in isolamento, né sono esseri senza radici: entrano in contatto con gli stessi flussi sociali che provocano cambiamenti nelle credenze della maggioranza<sup>21</sup>. Come chiunque altro, vogliono preservare la loro immagine e ottenere il riconoscimento e la stima dei membri della loro comunità. Pertanto, il riconoscimento pubblico e la popolarità possono costituire un importante oggetto di desiderio per i giudici, soprattutto quelli delle corti costituzionali<sup>22</sup>.

Può anche esserci una forte preoccupazione per il prestigio del tribunale e per la sua reputazione istituzionale. In *"Judicial Reputation"*, Nuno Garoupa e Tom Ginsburg spiegano come la reputazione non è solo una qualità essenziale per i giudici, ma anche per il sistema giudiziario come istituzione<sup>23</sup>. Infatti, considerando che la magistratura non dispone di "eserciti permanenti" per garantire il rispetto dei suoi ordini, si dovrebbe sempre cercare di costruire una buona immagine di fronte all'opinione pubblica<sup>24</sup>. Infine, i giudici che compongono le corti costituzionali sono scelti dai rappresentanti degli organi maggioritari, che sono stati eletti dalle maggioranze occasionali. Pertanto, i cambiamenti nella composizione delle corti possono anche promuovere una maggiore tendenza ad allinearsi all'opinione pubblica maggioritaria<sup>25</sup>.

### 3. L'imparzialità del giudice e il populismo giudiziario

I principali argomenti contro l'influenza dell'opinione pubblica sulle decisioni giudiziarie sono: (i) la perdita di imparzialità dei giudici; (ii) il travisamento del ruolo contro-maggioritario; (iii) la natura fluida e imprecisa dell'opinione pubblica; (iv) il culto delle singole personalità, lo stimolo alla demagogia e al populismo giudiziario e, infine, (v) l'effetto silenzioso e inibitorio delle pressioni esterne.

In primo luogo, l'opinione pubblica e la spettacolarizzazione dei

<sup>20</sup> L. EPSTEIN - A. D. MARTIN, *Does public opinion influence the Supreme Court – Possibly yes (but we're not sure why)*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 13/2010, p. 263.

<sup>21</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, p. 183.

<sup>22</sup> L. BAUM, *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*, Princeton, 2009, p. 66.

<sup>23</sup> N. GAROUPA - T. GINSBURG, *Op. cit.*, pp. 5-20.

<sup>24</sup> S.D. O'CONNOR, *Public trust as a dimension of equal justice: Some suggestions to increase public trust*, in *University of Chicago Law Review*, 1999, pp. 10-13.

<sup>25</sup> P. PERRONE CAMPOS MELLO, *Op. cit.*, pp. 308-314.



processi possono indurre i giudici a cambiare idea in base ai possibili applausi o fischi che riceveranno dal pubblico e, soprattutto, dai media. In questo scenario, l'imparzialità sarebbe profondamente compromessa, soprattutto se si osserva che le garanzie che circondano il potere giudiziario mirano proprio a proteggerlo dai possibili danni causati da decisioni impopolari. I magistrati, quindi, non dovrebbero prendere decisioni pensando alle notizie del giorno dopo o reagendo a quelle del giorno prima, cosa che li trasformerebbe in ufficiali giudiziari delle redazioni dei giornali. Le loro azioni, per quanto permeabili, non dovrebbero essere asservite all'opinione pubblica<sup>26</sup>.

Per quanto riguarda il travisamento del ruolo contro-maggioritario, va notato che la principale risorsa della magistratura in un sistema democratico è proprio il suo isolamento politico e la sua capacità istituzionale di proteggere i diritti fondamentali delle minoranze escluse dal sistema politico. Pertanto, una corte ostaggio dei media e dell'opinione della maggioranza sarebbe irrilevante. Nel peggiore dei casi, diventerebbe un fantoccio che riproduce le concezioni dominanti, creando un ciclo dannoso e disfunzionale che minerebbe l'autorità della Costituzione<sup>27</sup>. A lungo termine, un tribunale che segue sempre il clamore del pubblico tenderebbe anche a veder sminuita la propria legittimità. Da questo punto di vista, considerando che uno dei fondamenti della giurisdizione costituzionale è proprio quello di fungere da "rifugio" delle minoranze contro le eventuali maggioranze, non avrebbe alcun senso istituzionale una corte che agisca in modo identico alle istanze della maggioranza e ai poteri legislativo ed esecutivo.

Per quanto riguarda l'imprecisione e la fluidità dell'opinione pubblica, si osserva che i giudici sono influenzati da diversi segmenti della volontà popolare, che è intrinsecamente frammentata e raramente consensuale. In questa prospettiva, un punto interessante del dibattito è sapere quali siano i segmenti sociali più influenti nelle decisioni giudiziarie. Negli Stati Uniti, ad esempio, Lawrence Baum spiega che la Corte Suprema non si preoccupa dell'opinione dominante del popolo americano nel suo complesso, ma prende in considerazione le opinioni di accademici, giornalisti e altre *élite*<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> L.R. BARROSO - E. MENDONÇA, *Retrospectiva 2011: STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*, in *conjur.com.br*, 3 gennaio 2012, pp. 1-2.

<sup>27</sup> J.R.G. PEREIRA, *O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias*, in *osconstitucionalistas.com.br*, 30 ottobre 2012, pp. 1-2.

<sup>28</sup> L. BAUM - N. DEVINS, *Why the Supreme Court cares about elites, not the American people*, in *Geo. L. J.*, 2009, p. 1515.

In questo scenario, la tesi secondo cui la riverenza per le pressioni sociali rafforza la legittimità della Corte sarebbe sbagliata e fallace. Se si ascoltano solo le élite intellettuali ed economiche, l'effetto delle pressioni esterne può essere esattamente l'opposto, ovvero rafforzare il carattere aristocratico della giurisdizione costituzionale. Infatti, se i giudici sono permeabili solo all'opinione di alcuni gruppi di interesse o all'opinione creata artificialmente dai media, la natura democratica e "popolare" di questa apertura è ampiamente compromessa.

La costante deferenza nei confronti dell'opinione pubblica avrebbe anche il potere di produrre un culto della personalità dei giudici, contribuendo a una diffusa perdita di imparzialità e rendendo difficile la costruzione del consenso negli organi collegiali. Soprattutto all'interno delle corti, l'ossequio al clamore popolare può contribuire alla formazione di stereotipi positivi o negativi idealizzati, che lasciano spazio all'esacerbazione dei conflitti interni. All'interno della Corte Suprema brasiliana, la copertura televisiva e l'eccessiva preoccupazione per l'opinione pubblica fanno sì che alcuni giudici si rivolgano a volte esclusivamente al pubblico, piuttosto che interagire tra loro nel migliore spirito di deliberazione collegiale. Diventano delle celebrità, il che è pericoloso e può produrre un populismo giudiziario indesiderato<sup>29</sup>.

Infine, è possibile che l'intensa copertura mediatica generi un effetto inibitorio sull'esposizione di argomenti che sono in minoranza nella Corte stessa o disapprovati dalla società civile. Le pressioni sociali, in questo senso, possono provocare un'omogeneizzazione artificiale delle opinioni dei giudici. Si nota, quindi, che la permeabilità delle corti costituzionali all'opinione pubblica può generare rischi importanti per la loro salute istituzionale. In questo contesto, è necessario soppesare, in modo chiaro e oggettivo, i benefici e i danni di una condotta giudiziaria coscienziosa nei confronti degli applausi e dei fischi del pubblico.

#### **4. Corti blindate o reattive?**

I principali argomenti a favore dell'apertura dei tribunali alla voce del popolo sono legati al rischio di crisi politiche, instabilità e rappresaglie in caso di ermeticità. Autori come Barry Friedman sostengono

---

<sup>29</sup> V.A. SILVA - C.H. MENDES, *Entre a transparência e o populismo judicial*, in *Folha de São Paulo*, 11 maggio 2009, p. 2.

che i giudici si avvicinano all'opinione pubblica e alle istanze della maggioranza in modo strategico, a causa dei limiti istituzionali a cui sono sottoposti<sup>30</sup>. Considerando che la magistratura non ha né le “chiavi della cassaforte”, né il “potere della spada”, dipende dagli altri poteri per sopravvivere e per garantire il rispetto delle sue decisioni<sup>31</sup>. Il sostegno popolare sarebbe quindi fondamentale affinché una corte rimanga efficace e le sue decisioni vengano applicate<sup>32</sup>.

Si può anche sostenere che in un regime repubblicano tutte le istituzioni dipendono dal credito pubblico per preservare la loro autorità<sup>33</sup>. Da questo punto di vista, come altre istituzioni, le corti dovrebbero essere attente alla volontà del popolo e non dovrebbero mai essere lontane dalla società civile. Pertanto, una posizione giudiziaria contraria alle visioni egemoniche potrebbe comportare un indebolimento istituzionale della magistratura.

Infatti, partendo dalla premessa che la magistratura si fonda sul suo capitale istituzionale, reazioni molto negative da parte dell'opinione pubblica possono compromettere la sua stabilità e inaugurare scenari di profonda crisi politica e istituzionale. Inoltre, quando la magistratura entra in conflitto con l'opinione pubblica o con l'Esecutivo, il rischio di ritorzioni istituzionali è elevato: nella storia, non sono rari i casi di abolizione di tribunali, di modifica del numero dei membri, di soppressione di competenze, di *impeachment* di magistrati, di limitazione del bilancio delle corti e della remunerazione dei suoi membri<sup>34</sup>. Soprattutto in scenari di crisi, il sostegno popolare può proteggere l'autonomia delle corti costituzionali, mettendole al riparo dagli attacchi dell'Esecutivo o del Legislativo. Nelle parole di Corinna Barrett Lain, “*la migliore protezione che la Corte suprema ha contro i rappresentanti del popolo è il popolo stesso*”<sup>35</sup>.

In questo senso, in un sistema democratico, le istituzioni pubbliche devono convincere i cittadini di esercitare il potere in modo legittimo e devono essere sempre aperte al dibattito e alla critica sociale<sup>36</sup>. I cittadini dovrebbero sentirsi rappresentati da questo ordine istituzio-

---

<sup>30</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, p. 173.

<sup>31</sup> N. GAROUPA - T. GINSBURG, *Op. cit.*, pp. 15-25.

<sup>32</sup> B. FRIEDMAN, *The will of the people*, cit., p. 368; G. VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge, 2004, p. 137.

<sup>33</sup> B. FRIEDMAN, *The will of the people*, cit., p. 376.

<sup>34</sup> *Id.* p. 205.

<sup>35</sup> C. BARRETT LAIN, *Op. cit.*, p. 49.

<sup>36</sup> F.M. FONTE, *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*, Rio de Janeiro, 2016, p. 32.

nale e influenzare la costruzione del significato della Costituzione. Per Mark Tushnet, uno dei principali difensori del costituzionalismo popolare, la magistratura non ha la legittimità democratica per dare l'ultima parola sull'interpretazione costituzionale, e quindi dovrebbe adottare una postura di grande deferenza nei confronti delle deliberazioni della maggioranza<sup>37</sup>. Soprattutto nella giurisdizione costituzionale, quindi, si può notare che un'ampia corrente di dottrina, soprattutto negli Stati Uniti, difende la permeabilità del potere giudiziario alla volontà delle maggioranze<sup>38</sup>.

## 5. Decisioni impopolari e stabilità istituzionale: una prospettiva pragmatica

Certamente, nessuna istituzione è in grado di confrontarsi in modo continuo e permanente con il consenso prevalente nella società su questioni controverse. Adottando un punto di vista pragmatico, Cass Sunstein riconosce che, se una sentenza può suscitare reazioni che minacciano il funzionamento di una Corte costituzionale, forse la decisione non dovrebbe essere presa, anche perché potrebbe essere disattesa, senza alcun beneficio per la società e a scapito della sua forza istituzionale<sup>39</sup>.

Le corti devono quindi essere consapevoli sia del “sostegno popolare specifico” che del “sostegno popolare diffuso”. Il primo si riferisce all'approvazione di una particolare decisione in un determinato momento. Il sostegno popolare diffuso, invece, si riferisce alla credibilità nella comunità in generale. È il prodotto della sua storia, della correttezza delle decisioni prese in passato, della fiducia che si è guadagnata presso la popolazione<sup>40</sup>. In questa prospettiva, alcuni autori sostengono che le corti dovrebbero mescolare, nel tempo, molte decisioni popolari con alcune impopolari. Le decisioni popolari genererebbero una sorta di “riserva di credibilità” o capitale istituzionale: quindi, maggiore è questa “riserva”, maggiore è la libertà della Corte di prendere de-

---

<sup>37</sup> M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999, pp. 175-182.

<sup>38</sup> L. KRAMER, *Popular constitutionalism*, in *California Law Review*, 2004, p. 959; L. KRAMER, *The people themselves*, Oxford, 2004; M. TUSHNET, *Popular constitutionalism as political law*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2006, pp. 999-1000.

<sup>39</sup> C.R. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton, 2009, p. 159.

<sup>40</sup> P. PERRONE CAMPOS MELLO, *Op. cit.*, p. 319.

cisioni contro-maggioritarie e, di conseguenza, di “spendere” parte del capitale politico accumulato<sup>41</sup>.

È possibile, quindi, costruire strategicamente la loro immagine, cedendo a volte all'opinione pubblica e altre volte restandone immuni. A volte devono agire in modo intuitivo e avere un senso di autoconservazione. Le corti sono gruppi umani e come tali possono agire in base a un calcolo delle ripercussioni delle loro azioni, alternando periodi di moderazione ad altri di maggiore audacia. I giudici possono anche prendere a turno decisioni impopolari con altri che aumentano il loro credito pubblico, in un processo di equilibrio e compensazione tra perdite e guadagni.

Pertanto, da un lato, le corti non devono sempre decidere temendo possibili *backlash*<sup>42</sup>. Secondo la classica lezione di Dworkin, i diritti sono una briscola contro la maggioranza e la loro applicazione non dovrebbe sempre cedere ai venti dell'opinione pubblica<sup>43</sup>. La reazione sociale è spesso imprevedibile e non spetta ai giudici prevedere in anticipo le conseguenze delle loro decisioni sul pubblico. Le corti non dovrebbero fungere da “organo di legittimazione” delle politiche dell'alleanza dominante, ritirandosi sempre ed evitando il confronto con l'opinione della maggioranza o con i poteri politici<sup>44</sup>. D'altra parte, tuttavia, le corti costituzionali non dovrebbero mai adottare una posizione suicida: in periodi di grave crisi istituzionale tra i rami del governo o in cui il prestigio della corte è seriamente minacciato, ci si può aspettare una maggiore preoccupazione per il sostegno pubblico<sup>45</sup>.

## 6. Conclusioni

L'influenza dell'opinione pubblica sulle decisioni giudiziarie è un fenomeno che difficilmente si fermerà. Da una parte, l'attenzione al pubblico e l'avvicinamento dei tribunali ai cittadini ossigena la giurisdizione costituzionale e attira un ambiente più democratico nel sistema giudiziario, prima ermetico e isolato. L'influenza dell'opinione

---

<sup>41</sup> P.J. ALMEIDA RIBEIRO, *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF*, Rio de Janeiro, 2017, *passim*.

<sup>42</sup> R. POST - R. SIEGEL, *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*, in *Harv. CR-CLL Rev.*, 2007, p. 373.

<sup>43</sup> R. DWORKIN - J. WALDRON, *Rights as trumps: Arguing about the Law*, 1984, p. 335-344.

<sup>44</sup> P. PERRONE CAMPOS MELLO, *Op. cit.*, p. 296.

<sup>45</sup> M. NOVELINO, *Op. cit.*, p. 194; C. BARRETT LAIN, *Op. cit.*, p. 49.

pubblica, in questa prospettiva, può contribuire a una maggiore attenzione popolare al significato della Costituzione e alla permeabilità delle istituzioni all'esercizio della cittadinanza.

D'altra parte, però, decidere sotto l'intensità di applausi e fischi può danneggiare l'imparzialità dei giudici e andare contro il ruolo contro-maggioritario delle corti costituzionali, generando a sua volta difetti nei processi decisionali, conflitti negli organi collegiali e populismo giudiziario. In effetti, la preoccupazione per il prestigio istituzionale di una Corte Suprema non dovrebbe portare alla demagogia giudiziaria o alla costante paura della reazione dell'opinione pubblica. La credibilità di una Corte costituzionale si basa proprio sulla sua capacità di svolgere i ruoli per cui è stata creata: proteggere i diritti fondamentali dagli attacchi di eventuali maggioranze e monitorare le regole del gioco democratico.

In questo senso, si sostiene che la magistratura dovrebbe adottare una posizione pragmatica, al fine di costruire un solido "sostegno diffuso" e utilizzare la sua "quota di decisioni contro-maggioritarie" solo occasionalmente. Come già sottolineato, una prospettiva pragmatica indica una proposta strategica di decisioni contrarie al consenso sociale. La Corte Suprema brasiliana, ad esempio, non si esime dal decidere su questioni controverse, come l'unione civile tra persone dello stesso sesso<sup>46</sup> o la costituzionalità delle quote razziali nei concorsi pubblici<sup>47</sup>. Tuttavia, tali decisioni sono state prese in mezzo a innumerevoli altre che non hanno suscitato tanta attenzione da parte dei media e con una certa distanza temporale. Le corti non dovrebbero rifuggire da decisioni controverse, ma non dovrebbero nemmeno vivere solo di polemiche, a rischio di una grave crisi istituzionale.

---

<sup>46</sup> Tribunale Supremo Federale brasiliano (STF), 5 maggio 2011, ADI n. 4277 e ADPF n. 132.

<sup>47</sup> Tribunale Supremo Federale brasiliano (STF), 8 giugno 2017, ADC n. 41.

## DIVIETO DI ANALOGIA E VINCOLI TESTUALI PER L'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA DEL GIUDICE PENALE

COSTANTINA CARAVATTA

SOMMARIO: 1. Attività interpretativa e derive analogiche. – 2. Il divieto di analogia *in malam partem* come corollario indefettibile del principio di legalità. – 2.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021. – 3. La nuova direzione intrapresa dalla giurisprudenza della VI sezione della Corte di cassazione.

**Abstract:** The prohibition of the analogical application of the penal law represents a direct projection of the principle of legality, in the dual perspective of the protection of the principle of separation of powers and the guarantee for the associate of the predictability of the punitive consequences of his own conduct.

From this point of view, therefore, it appears necessary – as observed by the Constitutional Court in sentence n. 98 of 2021 – circumscribe the hermeneutic activity of the judge within the confines of the literal text, in order to stem the risk of a substantial circumvention of the absolute reserve of the law in criminal matters, also emptying of meaning that constraint of determination which imposes clarity and semantic intelligibility in the legislative formulation of the incriminating case.

In other words, the space of discretion of the judicial authority meets the limit of the mandatory nature of an interpretation compliant with the *littera legis*, which therefore does not extend beyond the area of the possible literal meanings of the terms used in the text. Thus, starting from the admonition of the Judge of laws, the present contribution aims to deepen in the jurisprudential approach the effective operation of the prohibition of analogy *in malam partem*, through the examination, in particular of two recent rulings, n. 5536/22 and n. 24772/22, of the Sixth section of the Court of Cassation relating, respectively, to the configurability of the case referred to in art. 353-*bis* of the criminal code in case of direct assignment of works illegitimately arranged as a result of a disruptive

conduct aimed at avoiding the tender, and to the punishment pursuant to art. 353 criminal code of the mendacious preliminary to admission to the tender and prior to its performance.

## 1. Attività interpretativa e derive analogiche

L'istinto giudiziario di soddisfare in via interpretativa avvertite esigenze sociali di criminalizzazione ha rischiato, nel tempo, di annacquare il principio di legalità penale e le sue dimensioni garantistiche.

Accade infatti che, nell'intento di colmare presunte lacune normative o di sanare l'indeterminatezza semantica della norma, l'opzione ermeneutica celi un'applicazione analogica "creativa" a sfavore del reo<sup>1</sup>, sfumando così la netta linea di demarcazione tra *ius dicere* e *ius facere*, con il conseguente indebolimento della funzione di garanzia individuale svolta dal testo di legge<sup>2</sup>.

È possibile scorgere il carattere diffuso delle potenziali derive analogiche attraverso una esemplificativa panoramica dell'atteggiamento giurisprudenziale degli ultimi anni: si pensi, nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, alla peculiare inclusione nel perimetro interpretativo della nozione di "cosa mobile" del *file* informatico<sup>3</sup> ovvero degli ovociti<sup>4</sup>; nonché all'ampliamento del concetto di "sottrazione" nel reato di rapina impropria, tale da ricomprendere qualsiasi atto in forza del quale la cosa sia passata dalla vittima all'autore e non più necessariamente un furto seguito da violenza o minaccia<sup>5</sup>.

Nella medesima prospettiva, si consideri l'approccio ermeneutico

---

<sup>1</sup> In tema di creazionismo giudiziario e divieto di analogia si v. C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Sist. pen.*, 3/2023, pp. 693 ss. Più in generale, cfr. anche F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2022, pp. 975 ss.

<sup>2</sup> Sulla distinzione tra *ius facere* e *ius dicere* si v. più approfonditamente V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 12/2022, p. 123, il quale evidenzia, a commento della sentenza della Corte costituzionale n. 115/18, il carattere di strumentalità applicativa e funzionale dello *ius dicere* in quanto "*ausilio interpretativo*" e "*posterius*" rispetto all'enunciato normativo offerto alla conoscenza dei consociati, assolvendo quest'ultimo la duplice funzione di regola dell'agire individuale e limite alle decisioni giudiziali.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. II, 25 novembre 2020, n. 37818.

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. II, 16 giugno 2021, n. 23779, con nota critica di E. MEZZETTI,



adottato dalle sezioni unite<sup>6</sup>, nel tentativo di circoscrivere l'ambito applicativo della causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p., in tema responsabilità colposa degli operatori sanitari. In particolare, muovendo da una discutibile premessa metodologica secondo la quale è consentito all'interprete di andare “*oltre*” la letteralità del testo, soprattutto se la sua attività è tesa a raggiungere un “*risultato costituzionalmente adeguato*”, si recupera la gradazione della colpa – obliterata in sede di riforma – al fine di limitare l'operatività della norma alle sole ipotesi di imperizia “*lieve*” (nella fase esecutiva)<sup>7</sup>.

La tendenza della discrezionalità giudiziaria a travalicare i confini della legalità presidiati dal divieto di analogia poggia spesso su asserite ragioni di carattere teleologico e sistematico che attengono più propriamente al piano della giustizia sostanziale; tuttavia, pur considerando l'analogia una “*valvola respiratoria del diritto*” e, alla fine, anche uno “*strumento di giustizia*”, come è stato nitidamente osservato, “*il diritto penale, quantomeno nel suo versante «punitivo», «sfavorevole», deve mantenersi rinserrato nelle colonne d'Ercole della legalità*”<sup>8</sup>.

## 2. Il divieto di analogia *in malam partem* come corollario indefettibile del principio di legalità

Il principio di legalità<sup>9</sup> – cristallizzato nell'art. 25, comma 2 della Costituzione – nella sua duplice *ratio* democratica e liberale, riserva la potestà normativa in materia penale al legislatore ordinario in quanto organo massimamente rappresentativo della volontà popolare, con l'intento di sottrarre le scelte punitive a possibili forme di arbitrio del po-

---

*Una singolare pronuncia sul concetto di «sottrazione» nel delitto di rapina impropria*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 2765-2771.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, *Mariotti*.

<sup>7</sup> Sulle perplessità circa la tenuta della soluzione individuata dalle sezioni unite si v. C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4/2021, pp. 1810-1811. Più in generale, per un approfondimento sul tema v. ID., *I profili penali della legge Gelli-Bianco (art. 590-*sexies* c.p.)*, in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019.

<sup>8</sup> In questi termini F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021, p. 1221.

<sup>9</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pp. 47 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, pp. 45 ss.; C. CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in G. LATTANZI - E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Milano, 2021, pp. 1 ss.; ID., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 51 ss.

tere esecutivo e del potere giudiziario e proietta – sia sul piano della determinatezza/tassatività della fattispecie sia sul piano dell’irretroattività della legge penale – la garanzia della libertà personale del cittadino.

Va altresì annoverato tra i corollari del principio del *nullum crimen sine lege* il divieto di analogia, che, in un’ottica di reciproca complementarietà, si connette al principio di tassatività, vincolando il giudice ad un’interpretazione che non forzi i limiti di tipicità così come legalmente configurati.

Il procedimento analogico è, infatti, vietato per le leggi penali (e per le leggi eccezionali) dall’art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale nonché, in via implicita, dagli artt. 1 e 119 del Codice penale che stabiliscono, rispettivamente, la non punibilità per un fatto che non sia “*espressamente*” preveduto dalla legge come reato e la non sottoponibilità a misure di sicurezza “*fuori dai casi dalla legge preveduti*”.

Com’è noto, l’analogia consiste in un procedimento di integrazione dell’ordinamento a cui si ricorre, in presenza di una lacuna normativa, attraverso l’applicazione di disposizioni che disciplinano casi simili o materie analoghe, sul presupposto dell’identità di *ratio*.

Più precisamente, nell’ipotesi di *analogia legis* si sussume nell’ambito di operatività di una disposizione un caso non previsto – assegnandole, dunque, un significato più ampio rispetto a quello risultante dal suo tenore letterale – sulla scorta di un rapporto di similitudine con il caso espressamente considerato; diversamente, nell’ipotesi di *analogia iuris* si ricorre all’applicazione dei principi generali dell’ordinamento.

In altre parole, l’analogia estende la validità della norma all’area di similarità della fattispecie in essa considerata, a differenza dell’interpretazione estensiva che, invece, mantiene il campo di validità entro l’area di significanza dei segni linguistici con i quali la norma stessa si esprime<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> In questo senso Cass. pen., sez. V, 3 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, p. 146. Sul tema in dottrina si v., *ex multis*, F. GIUNTA - G. CARCATERRA - O. DI GIOVINE - N. MAZZACUVA - V. VELUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, pp. 347 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979; ID., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 693 ss.; G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; F. BRICOLA, *La*

Tuttavia, la distinzione appena tracciata a livello teorico tende a perdere nitidezza all'interno di un contesto giurisprudenziale in cui, come si accennava, l'attività interpretativa spesso, più o meno occultamente, travalica i limiti imposti dal divieto di analogia sfavorevole<sup>11</sup>.

## 2.1. *La sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021*

Il Giudice delle leggi è di recente intervenuto in tema di analogia *in malam partem*, rimarcando come il relativo divieto impedisca “*di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali*”, costituendo così “*un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo*”.

Sebbene la questione principale afferisse al dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p. in relazione alla mancata possibilità di richiedere il rito abbreviato a seguito di riqualificazione giuridica (*in peius*) del fatto contestato, l'effettivo baricentro della sentenza ha riguardato l'omesso confronto, nel giudizio *a quo*, con il canone ermeneutico del divieto di analogia a sfavore del reo, che trova fondamento costituzionale all'interno del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione.

In particolare, i giudici costituzionali hanno ritenuto la riqualificazione giuridica del fatto – dalla quale dipendeva la rilevanza della questione processuale sollevata – carente sul piano argomentativo e comunque di dubbia conformità al canone del divieto di analogia.

Il giudice *a quo* aveva riqualificato i fatti – da atti persecutori aggravati (*ex art. 612-bis*, comma 2) a maltrattamenti in famiglia (*ex art. 572 c.p.*) – valorizzando la sussistenza di una relazione affettiva stabile tra imputato e persona offesa, pur in assenza di convivenza.

---

*discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Nss. D.*, I, Torino, 1957, pp. 607 ss.; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 158 ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

<sup>11</sup> In opposta prospettiva si segnala, invece, l'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*, cui hanno fatto recentemente ricorso le sezioni unite (Cass. pen., sez. un., 17 marzo 2021, n. 10381) all'esito di un contrasto interpretativo sull'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p. al convivente *more uxorio*. Per approfondimenti v. E. GALLUCCI, *Le Sezioni unite risolvono la questione dell'applicabilità dell'art. 384, comma 1 c.p. ai conviventi more uxorio*, in *Cass. pen.*, 6/2021, pp. 1944 ss., e F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sist. pen.*, 5/2021.

Siffatto esito decisivo poggiava su una peculiare lettura – asseritamente supportata da un orientamento giurisprudenziale (invero antecedente all’introduzione del reato di *stalking*, nonché riferibile ad ipotesi dissimili rispetto al caso di specie) – del sintagma “*persona della famiglia o comunque convivente*” (contenuto nell’art. 572 c.p.), secondo la quale il reato poteva ritenersi integrato laddove vi fosse un “*contesto affettivo protetto*” caratterizzato da “*legami forti e stabili*” e dalla “*condivisione di spazi e progetti di vita*”.

Il rispetto del canone ermeneutico del divieto di analogia *in malam partem* avrebbe imposto, invece, la dimostrazione che quel rapporto affettivo dipanatosi nell’arco di pochi mesi e caratterizzato da saltuarie permanenze di un partner nell’abitazione dell’altro potesse già considerarsi “*alla stregua dell’ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di convivenza*”.

La sentenza n. 98 del 2021<sup>12</sup> sembra, dunque, dare nuovo vigore al principio di legalità di cui il divieto di applicazione analogica della norma penale rappresenta una diretta proiezione, nella duplice prospettiva della tutela del principio di separazione dei poteri e della garanzia “soggettiva” per il consociato della prevedibilità delle conseguenze punitive delle proprie condotte.

La Corte ribadisce, infatti, che l’interpretazione giudiziale costituisce un “*posterius*” rispetto al testo della legge e non può che muoversi entro i confini della literalità del testo: se così non fosse si verificherebbe una sostanziale elusione della riserva assoluta di legge in materia penale, svuotando altresì di significato quel vincolo di determinatezza che impone a monte chiarezza e intellegibilità semantica nella formulazione legislativa della fattispecie incriminatrice.

Il divieto di analogia, precisano i giudici costituzionali, presidia da un lato il principio di separazione dei poteri, che attribuisce al legislatore – e non al giudice – il compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, nonché tra le diverse figure di reato; dall’altro, si pone a tutela delle libere scelte d’azione del cittadino, garantendo la prevedibilità e la conoscibilità della legge penale, che sa-

---

<sup>12</sup> A commento di tale sentenza, v. C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione*, cit., p. 1807; F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., pp. 1218 ss.; L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio AIC*, 5/2021, pp. 196 ss.; R. RAMPIONI, *Ragioni di giustizia vs. divieto di analogia in malam partem. Il richiamo all’ordine del giudice costituzionale*, in *Diritto di difesa*, 20 dicembre 2021.

rebbe frustrata qualora fosse consentito al giudice di assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello desumibile dalla sua immediata lettura<sup>13</sup>.

In definitiva la sentenza, che ha il merito di aver ribadito in modo chiaro la portata del divieto di analogia e l'importanza delle funzioni garantiste correlate<sup>14</sup>, rappresenta un monito nei confronti dei giudici affinché il loro spazio di discrezionalità incontri un limite invalicabile nella tassatività di un'interpretazione conforme alla *littera legis*, che non si estenda oltre l'area dei possibili significati letterali dei termini impiegati nel testo<sup>15</sup>.

In una prospettiva speculare, è possibile cogliere tra le righe anche un invito al legislatore ad un maggiore sforzo di precisione nella descrizione del tipo criminoso al fine di ridurre le difficoltà e i rischi interpretativi connessi all'ambiguità e alla vaghezza semantica delle parole talvolta utilizzate.

### 3. La nuova direzione intrapresa dalla giurisprudenza della VI sezione della Corte di cassazione

Il timore che il monito della Corte costituzionale restasse inascoltato si è dimostrato infondato, se si considera l'eco che ha avuto anche in ambito diverso dalla tutela della persona. Si pensi alla giurisprudenza più recente della VI sezione penale della Corte di cassazione in tema di turbativa d'asta e di scelta del contraente.

A proposito si può osservare preliminarmente come il microsistema delle fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.) si connota per una certa vaghezza dei precetti, espressi con elementi linguistici dal nucleo semantico piuttosto generico e polivalente, che ha fatto emergere la loro “*intrinseca capacità onnivora*”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Lo evidenzia in questi termini F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1220.

<sup>14</sup> Per un'efficace sintesi dei meriti e degli effetti della sentenza in esame si v. C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione*, cit., pp. 1813-1814.

<sup>15</sup> Parla di debolezza in sé dell'argine del “significato letterale” della disposizione legislativa, a causa delle sfere di incertezza semantica spesso insite nello stesso significato linguistico delle parole – cui si può tuttavia sopperire con un'attenta ponderazione ed un'argomentazione scrupolosa da parte del giudice – M. SCOLETTA, *Op. cit.*, pp. 203-204.

<sup>16</sup> L'espressione è di N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*:

In particolare, la sentenza n. 5536 del 16 febbraio 2022 (ud. 28 ottobre 2021), riguardante il caso di un affidamento diretto di lavori illegittimamente disposto per effetto di una condotta perturbatrice volta ad evitare la gara, si snoda in una serie di ponderati passaggi argomentativi attorno al tema dell'esatta interpretazione del sintagma "*contenuto del bando e di altro atto equipollente*" ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 353-bis c.p.<sup>17</sup>.

Secondo un primo indirizzo interpretativo<sup>18</sup> – favorevole alla ravvisabilità del reato – per "*altro atto equipollente*" dovrebbe intendersi qualsiasi atto che "*abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente*" inclusa "*la deliberazione a contrarre qualora la stessa, proprio per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto*"<sup>19</sup>.

A ben vedere, siffatta soluzione ermeneutica finisce tuttavia per introdurre all'interno del perimetro di tipicità della norma un elemento nuovo e diverso rispetto all'inquinamento volto a condizionare la gara: ossia l'inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara.

Si realizzerebbe così una torsione interpretativa che, come chiarito nella pronuncia richiamata, attribuisce al dato testuale "*un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura*".

Quel tipo di ricostruzione, ad avviso della Corte, si avvale del ricorso alla *eadem ratio* per evidenziare la necessità di colmare un vuoto di tutela e, conseguentemente, attribuire rilevanza penale a condotte *sostanzialmente* sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice, dando vita però ad un'interpretazione "extratestuale", camuffata da interpretazione estensiva, che non può pertanto essere condivisa<sup>20</sup>.

---

*fattispecie a rischio overbreadth*, in *Arch. pen.*, 2/2022, cui si rimanda per un'analisi del rischio di applicazione in modo omnicomprensivo delle fattispecie.

<sup>17</sup> Per un'approfondita analisi della pronuncia, considerata un *leading case*, si v. V. MAIELLO, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 11/2022, pp. 2487-2494.

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. VI, 20 marzo, 2017, n. 13431. In senso adesivo, più di recente, Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 1016.

<sup>19</sup> Considera siffatta lettura "*esempio eclatante di analogia in malam partem, pur ammantata sotto le candide vesti della ratio legis e, dunque, «pudicamente» nascosta – come di consueto – sotto la maschera dell'interpretazione estensiva*", V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2021, pp. 1233 ss.

<sup>20</sup> Sul cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità v. A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023, pp. 115 ss.

I giudici di legittimità, nel solco degli insegnamenti espressi dalla Corte costituzionale in tema di divieto di analogia sfavorevole al reo, ribadiscono che la necessaria osservanza del principio di legalità impedisce all'interprete di “*abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice ed il suo significato semantico, per ricercare profili ulteriori in grado di colorare ulteriormente il perimetro dell'illecito*”<sup>21</sup>.

Muovendo, dunque, dal rispetto della testualità della legge, si osserva che il turbamento del procedimento amministrativo, quale evento del reato, può consistere nell'alterazione, nel disturbo, nel condizionamento o nello sviamento del suo normale iter di svolgimento diretto a stabilire il contenuto del bando o di un altro atto equivalente, così da strumentalizzare la fissazione delle regole di partecipazione al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Pertanto – precisa la Corte – la condotta perturbatrice per essere rilevante ai sensi dell'art. 353-*bis* c.p. deve interessare un procedimento amministrativo funzionale ad una *gara*: deve cioè sussistere pur sempre un *segmento valutativo concorrenziale*, anche di carattere informale, in quanto, in assenza di qualsivoglia spinta “agonistica” tra le parti, viene meno in radice la possibilità stessa che il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità per gli appalti pubblici subisca un nocimento<sup>22</sup>.

Di poco successiva, la sentenza n. 24772 del 28 giugno 2022 (ud. 24 febbraio 2022) è anch'essa paradigmatica della nuova direzione intrapresa dalla giurisprudenza della VI sezione.

La questione, per certi versi contigua alla precedente, riguardava la punibilità *ex art. 353 c.p.* del mendacio preliminare all'ammissione alla gara e anteriore rispetto al suo svolgimento.

Il cono d'ombra generato dall'utilizzo dell'espressione “*altri mezzi fraudolenti*” viene scrutato dalla Corte, attenta al rispetto del principio di tassatività, coniugando il criterio d'interpretazione della *littera legis* con quello della *ratio* della norma<sup>23</sup> e valorizzando espressamen-

---

<sup>21</sup> Così la menzionata Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5536.

<sup>22</sup> Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 57000.

<sup>23</sup> La VI sezione afferma, infatti, che “*verso questo risultato convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 c.p. e la valutazione della sua ratio in linea con l'endiadi esegetica posta dall'art. 12 preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»*” (Cass. pen., sez. VI, 28 giugno 2022, n. 24772).

te il ruolo primario del primo rispetto al quale il secondo si pone in funzione servente<sup>24</sup>.

I giudici di legittimità precisano che il mendacio riconducibile all'interno della categoria degli “*altri mezzi fraudolenti*”<sup>25</sup>, ai sensi dell'art. 353 c.p., deve essere idoneo ad incidere sul corretto svolgimento di una gara già avviata; diversamente, condotte di questo tipo andrebbero a ledere i beni giuridici tutelati dalle fattispecie di falso ma senza effettivamente attentare alla libera concorrenza, anche perché “*ordinariamente neutralizzabili dai controlli che la pubblica amministrazione effettua sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara e, quindi, sul suo stesso allestimento*”<sup>26</sup>.

Nel caso in esame le omissioni e i mendaci si collocano in una fase anteriore allo svolgimento della gara e preliminari all'ammissione alla stessa; pertanto, non integrano quei comportamenti manipolatori atti ad incidere sulla formazione del bando di gara o collusivi con altri per alterare il normale svolgimento delle offerte.

Stando alla lettera della norma, l'espressione “*impedisce o turba la gara*” impone di lasciare fuori dal perimetro della sua tipicità penale le condotte che si collocano in una fase cronologicamente anteriore all'allestimento della stessa.

In altre parole, obliterare la correlazione con una gara già imposta significherebbe favorire un'eccessiva (ed ingiustificata) dilatazione del raggio di azione della norma.

Nel segmento temporale che precede l'allestimento della gara, infatti, la lesione al bene dell'effettività della libera concorrenza potrebbe tutt'al più registrarsi in termini di “*mera potenzialità*”, che è condizione anteriore a quella di “*pericolo*”, rischiando così di determinare un ulteriore arretramento della soglia di punibilità della fattispecie<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Lo mette bene in evidenza V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 129.

<sup>25</sup> Essi consistono in ogni genere di artificio, inganno, menzogna idoneo ad alterare il regolare funzionamento della gara, anche con anomalie nella procedura (quali il ricorso a prestanomi o l'indicazione di informazioni scorrette ai partecipanti volte, per esempio, a produrre alterazioni dei prezzi o delle offerte) e a pregiudicare l'effettività della libera concorrenza, che presuppone la possibilità per tutti gli interessati di determinarsi sulla base di corrette informazioni (Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2014, n. 42770; Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2012, n. 20211). In dottrina si v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2021, pp. 338-339; M.M. ALMA, *Commento all'art. 353 c.p.*, in G. LATTANZI - E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2022, vol. III, p. 688.

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. VI, 28 giugno 2022, n. 24772.

<sup>27</sup> Ponendosi evidentemente – come chiarito dalla citata sentenza n. 24772 del



Sulla scia del fenomeno di sovra-estensione del tipo legale (c.d. *overbreadth*)<sup>28</sup> va, altresì, segnalata la tendenza ad attrarre nell'orbita della turbativa d'asta anche condotte abusive commesse nello svolgimento di concorsi pubblici.

Ancora una volta un segnale positivo giunge dalla VI sezione della Corte di cassazione che con estremo rigore e chiarezza pone un freno alla dilatazione interpretativa del concetto di "gara" ex art. 353 c.p.

Nello specifico, i giudici, con la sentenza n. 26225 del 2023<sup>29</sup>, hanno evidenziato come l'estensione applicativa della fattispecie ai concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici o alle connesse procedure di mobilità del personale tra diverse pubbliche amministrazioni rappresenterebbe "il risultato di una non consentita operazione di interpretazione analogica in malam partem"<sup>30</sup>.

Analogamente, la pronuncia n. 32319 del 2023<sup>31</sup>, valorizzando il dato testuale, chiarisce la riferibilità della fattispecie "alle sole procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera e della gestione di un servizio" e non anche alle condotte di "turbativa" dei concorsi universitari.

In conclusione, questa seppur breve analisi ci restituisce un'immagine composita che fotografa a monte il problema di formulazioni legislative talvolta poco "determinate" e a valle le difficoltà e i rischi connessi all'attività dell'interprete. Tuttavia, il nuovo solco tracciato dalla giurisprudenza della VI sezione, sulla scorta del monito della Consulta, lascia ben sperare nell'inizio di una nuova stagione di "virtuosa convivenza tra legge e giudice"<sup>32</sup>.

---

2022 – "in contrasto con i canoni dell'offensività e della ragionevolezza ispirati a principi di sussidiarietà e proporzionalità nella definizione dei rapporti logico-giuridici fra le fattispecie normative astratte incriminatrici rilevanti per le varie fattispecie storiche".

<sup>28</sup> In questi termini N. MADIA, *Op. cit.*, p. 4, che sul punto richiama V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1143 ss.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 2023, n. 26225, rel. E. Gallucci, con nota di G.L. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 19 giugno 2023.

<sup>30</sup> Analoga conclusione viene sostenuta in dottrina da N. MADIA, *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. VI, 25 luglio 2023, n. 32319, con nota di G.L. GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 26 luglio 2023.

<sup>32</sup> L'espressione è di V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 128.



# LA “DIPENDENZA” DEL GIUDICE DALLA SCALA DI VALORI DEL GRUPPO SOCIALE: QUALI SONO I LIMITI DELL’ATTIVITÀ INTERPRETATIVA GIURISDIZIONALE?

MATTEO CECILIA

SOMMARIO: 1. Premessa: i valori del gruppo sociale e il condizionamento all’esercizio della giustizia. – 2. Il problema dell’attività interpretativa. – 3. Il “limite inferiore” dell’attività ermeneutica giudiziale: la dialettica giudice-legge-società. – 4. Il “limite superiore” all’attività ermeneutica giudiziale: l’assenza di poteri di indirizzo politico. – 5. Conclusioni e prospettive future.

**Abstract:** The organs of justice have always been conditioned, in their activity, by an external parameter represented by the scale of values of the social group of reference. Even when judges are subject only to the Law, as in our current legal system, given the imperfect coincidence between legal formalization and reality, they do not limit themselves to declaring the law, but contribute to its formation and also become direct interpreters of the common values of society. Thus, a complex dialectic involving judge, law and society is established. The external limit of jurisdictional interpretation is represented by the absence of powers to direct, proper, on the contrary, to politics and, albeit limitedly, to non-judicial functions. Within this framework, the interpreter has ample room for operation. However, in order for this activity not to result in arbitrariness, it is necessary to identify, through a shared reflection, certain predetermined criteria for decision-making. In doing so, one must always keep in mind the various needs at stake.

## **1. Premessa: i valori del gruppo sociale e il condizionamento all’esercizio della giustizia**

Da sempre, gli organi che svolgono una funzione di giustizia sono

condizionati, nello svolgimento di tale funzione, da un parametro esterno rappresentato dalla scala di valori del gruppo di appartenenza e subiscono, in questa prospettiva, una qualche forma di controllo sociale.

Così, era già, ad esempio, per le antiche istituzioni politiche esercenti la cosiddetta *giustizia ritenuta*. La società, infatti, si aspettava che esse tenessero in conto, dopo essersene fatte interpreti, i propri valori comuni, anche dando a questi un certo indirizzo.

Man mano che la complessità della vita associata aumentava, si è, però, sentito il bisogno di delimitare maggiormente i margini di operatività delle suddette istituzioni, a partire dalla funzione giurisdizionale<sup>1</sup>. Pertanto, questa è stata delegata a specifiche figure tecniche soggette a determinate regole.

È questa l'origine della problematica dialettica legge-giudice: il punto di riferimento dell'organo di giustizia è diventato, in tal modo, prima di tutto, la legge, prodotta dalla politica in quanto espressione della sovranità popolare.

L'attività del giudice è, quindi, sempre, prima di tutto, un'attività di interpretazione.

---

<sup>1</sup> Così scrive, per esempio, R. LUPI in *Studi sociali e diritto*, Roma, 2022: “*Funzioni giuridiche, senza organi specificamente giuridici, erano individuabili negli antichi organi politici esercenti la giustizia ritenuta, come i re (esempio biblico di Salomone), l'Areopago ateniese, il Pretore dell'antica Roma, il parlamento di Parigi, la Camera dei Lords. Questi organi erano già condizionati dai valori dell'ambiente sociale, di cui avevano margini per farsi interpreti e anche margini di indirizzo (...); la società si aspettava, cioè, che, nello svolgere questi compiti, tali organi tenessero conto dei valori comuni del gruppo, anche dando loro una qualche direzione. Il controllo del gruppo sociale su questa valutazione la rende però già giuridica (...); si tratta infatti di un incarico condizionato da parametri di cui il delegato si fa interprete, subendo socialmente un qualche controllo (...). Man mano che si articolano le istituzioni politiche, si sente maggiormente il bisogno di condizionare maggiormente i rispettivi incaricati con regole. Questo avviene prima di tutto per la funzione di giustizia, delegata ad appositi incaricati con regole che innescano la dialettica legge-giudice. Gli incarichi conferiti con regole si estendono poi a funzioni non giurisdizionali, anch'esse affidate ad apposite articolazioni politico-amministrative, come difesa, infrastrutture, amministrazione patrimoniale e via enumerando. Il diritto assume così sempre più anche il carattere di un sapere per tecnici, conoscitori di regole, innestate sul bagaglio cultural-esperienziale diffuso (...). Quest'ultimo può però non bastare a comprendere adeguatamente la materia sottostante, il che determina non tanto regole inopportune sul piano di valori trascurati o contraddetti, quanto regole fuori fase rispetto alla realtà sociale che intendono disciplinare. Vedremo (...) come a un certo punto, in mancanza di spiegazioni sociali, le regole comincino a non considerare la realtà della prassi cui dovrebbero applicarsi. Servono a questo punto le spiegazioni del diritto come studio sociale (...) coi possibili circoli virtuosi tra diritto come sapere per tecnici e come studio sociale”.*

## 2. Il problema dell'attività interpretativa

Esiste un problema proprio di ogni attività ermeneutica e, dunque, anche quella del giudice. Si tratta di un problema comunicativo<sup>2</sup>.

I concetti si formano in base a ciò che si percepisce con i sensi (referente). Per poter, però, comunicare i concetti ad altri soggetti è necessario collegarli a certi simboli fisici (significante). Tali segni, infine, dovranno essere interpretati dal destinatario.

La questione si pone in quanto la relazione tra referente e significante ha natura convenzionale e può essere intesa in modo diverso dagli altri soggetti con cui si comunica: il simbolo, infatti, non ha un significato di per sé, ma sono gli individui che gli attribuiscono un significato: non necessariamente i destinatari della comunicazione attribuiscono a quel segno lo stesso significato che gli aveva dato il soggetto che lo aveva utilizzato per comunicare un concetto<sup>3</sup>.

Il cuore della questione è allora capire se ai fini del procedimento ermeneutico occorra attribuire prevalenza alla ricerca dell'effettiva volontà dell'autore della comunicazione ovvero al significato del simbolo fisico in sé e per sé considerato ovvero se l'interprete vi possa aggiungere qualcosa di suo.

Le stesse problematiche teoriche si pongono in materia di interpretazione giudiziale della legge<sup>4</sup>: l'obiettivo è sempre quello di attribuire un significato ad un simbolo oggettivo.

---

<sup>2</sup> Cfr. F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari, 1970; J. ESSER, *Pre-comprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983; A. GARGANI, *Wittgenstein: dalla verità al senso della verità*, Pisa, 2003; P. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Bologna, 1993; B. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, 2016; ID., *Interpretazione della legge, interpretazione del diritto e interpretazione nel diritto*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016; F. POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino, 2019; R. POSNER, *Law and Literature*, Cambridge, 1984.

<sup>3</sup> Certamente esistono dei simboli che esprimono un significato univoco e che non sono, quindi, "interpretabili".

<sup>4</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007; S. FERRERI, *Canoni inglesi di interpretazione dei testi scritti: un colloquio tra civil law e common law*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994; F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021; V. ROPPO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del*

In questo campo, però, vengono in rilievo peculiari esigenze. C'è infatti un interesse collettivo a conciliare la soggettività dell'interpretazione con la certezza giuridica, intesa come prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti sociali.

Alla luce del principio di separazione dei poteri, poi, non è, in ogni caso, ammissibile che, avvicinandosi l'interprete al testo normativo da interpretare con il proprio bagaglio ideale e culturale, l'attività ermeneutica si sovrapponga a quella del legislatore.

Occorre, dunque, prima di tutto individuare, in generale, i margini propri dell'attività interpretativa del giudice nel nostro attuale ordinamento giuridico statale.

### 3. Il “limite inferiore” dell'attività ermeneutica giudiziale: la dialettica giudice-legge-società

I rapporti tra giudice e legge sono caratterizzati da un elevato grado di complessità.

L'art. 101, co. 2, Cost. afferma enfaticamente la soggezione dei giudici soltanto alla legge. Si tratta, da una parte, della riaffermazione del principio di divisione dei poteri dopo più di vent'anni di soggezione dell'organo di giustizia alla politica e, dall'altra, dell'espressione della necessità che il giudice ricerchi la soluzione del caso concreto sottopostogli nel diritto vigente.

In questa prospettiva, non potrebbe mai ammettersi un'*interpretazione creativa* del giudice: se l'interpretazione, infatti, è volta a ricostruire il significato delle disposizioni di legge<sup>5</sup>, non potrebbe mai, allo stesso tempo, dare vita a norme non ricavabili da quelle stesse disposizioni. Si afferma generalmente che solo al legislatore competono le scelte di fondo del vivere insieme di una comunità poiché i giudici, almeno in Italia, sono privi di legittimazione popolare.

Tale vincolo per il giudice è funzionale al soddisfacimento delle

---

*diritto*, Roma-Bari, 2016; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990; ID., *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. dir.*, 3/2006, pp. 461 ss.; ID., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, in *Persona y Derecho*, 2009, pp. 103 ss.; ID., voce *L'interpretazione della legge*, in *Enc. dir. - Annali*, V, Milano, 2012, pp. 694 ss.; ID., *Legalità e legittimità, bilanciamento e proporzionalità nell'interpretazione giuridica*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Torino, 2019, pp. 463 ss.; ID., *Introduzione*, in *Ars interpretandi*, 2/2021, pp. 7 ss.

<sup>5</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *L'interpretazione del diritto. Il viaggio dalla disposizione alla norma*, Napoli, 2021.

fondamentali esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio comportamento, necessarie affinché i consociati possano autodeterminarsi e il potere pubblico possa essere indirizzato<sup>6</sup>.

Dette esigenze si manifestano in ogni ramo del diritto, ma certamente è nel diritto penale che assumono un particolare rilievo. La stessa Corte EDU ha sottolineato la necessità che la legge sia elaborata in modo chiaro e preciso in modo da permettere ai destinatari di conoscere i propri diritti e obblighi e ai giudici di garantirne l’osservanza<sup>7</sup>. La prevedibilità convenzionale investe anche il momento interpretativo, posto il divieto di applicazione retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali estensivi e sfavorevoli, se non ragionevolmente prevedibili al momento della condotta<sup>8</sup>.

A ben vedere, però, i giudici non possono nascondersi solo dietro al testo formale della legge.

Il loro ruolo risulta sempre più complesso alla luce di diversi fattori.

Innanzitutto, spesso la legge non è né chiara né precisa; in questi casi, l’interprete ha ampi margini di movimento e spesso tiene conto dell’evoluzione anche sociale che certi istituti subiscono nel tempo<sup>9</sup>.

Altre volte la legge utilizza volutamente concetti indeterminati o espressioni polisenso.

In altri casi ancora certe fattispecie non sono affatto disciplinate: non potendosi il giudice sottrarre al dovere di decidere, egli dovrà necessariamente ricorrere al procedimento analogico ai sensi del comma 2 dell’art. 12 disp. att. c.c.<sup>10</sup>

C’è, inoltre, da considerare che, in un ordinamento giuridico in cui vengono in rilievo diverse fonti di diverso grado e livello, il giudice potrebbe essere chiamato a non applicare la legge ordinaria del Parla-

---

<sup>6</sup> Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, pp. 24 ss.; R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *federalismi.it*, 20/2019; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2001, pp. 11 ss.

<sup>7</sup> C. giust. UE, 9 marzo 2017, C-141/15, *Doux SA*.

<sup>8</sup> C. eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/13, *Contrada c. Italia*.

<sup>9</sup> Si consideri solamente la nozione di famiglia di cui all’art. 572 c.p., nell’ambito della quale la giurisprudenza, anticipando il legislatore del 2012, ha fatto, nel tempo, rientrare anche la figura del convivente.

<sup>10</sup> A meno che si tratti di leggi eccezionali o penali, come prescrive l’art. 14 disp. att. c.c., o la lacuna sia volontaria.

mento<sup>11</sup>. Il giudice si trova in un labirinto di fonti normative e giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali<sup>12</sup>.

Oltre a tutto ciò, si deve considerare che certamente le regole, prodotte dall'organo politico al fine di delimitare i margini di operatività della funzione giurisdizionale, hanno ad oggetto i valori del gruppo presenti nel momento della loro produzione. Vi sono, però, almeno due ordini di problemi.

In primo luogo, la formalizzazione dei suddetti valori risulta non perfettamente coincidente con la realtà: essi, per svariati motivi, non sono riprodotti fedelmente nella loro totalità e reale intensità.

Tra la produzione della legge e la sua applicazione pratica, poi, intercorre, per forza di cose, un certo lasso di tempo. In una società in continuo mutamento come quella attuale detto scarto temporale può risultare determinante nel senso di rendere la regola astratta non più adeguata al nuovo contesto sociale.

Accanto alla dialettica legge-giudice si aggiunge, dunque, quella con la società, posto che il giudice, nell'applicare la legge, stante la sfasatura tra formalizzazione legale e realtà, si deve necessariamente anche confrontare con i valori comuni del gruppo di appartenenza.

Vi può essere un conferimento normativo di poteri in tal senso. Basti considerare, a tal proposito, che il diritto utilizza, con sempre maggiore frequenza, strumenti elastici di adeguamento del sistema<sup>13</sup>: si è passati, infatti, dal c.d. "giudizio rigido" a quello duttile fondato su principi e clausole generali<sup>14</sup>, anche rimandanti a norme extragiuri-

<sup>11</sup> Dopo la decisione in merito della Corte costituzionale, qualora vi sia il sospetto del contrasto tra la legge ordinaria e le norme della Costituzione o della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; immediatamente, qualora, invece, il ritenuto contrasto sia con le norme dell'Unione europea. In ogni caso, il giudice deve prima tentare di risolvere l'antinomia tramite un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

<sup>12</sup> Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>13</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 1/2020, pp. 67 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.

<sup>14</sup> Si pensi alla clausola generale di correttezza-buona fede, derivante dal principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., che permea la materia delle obbligazioni e dei contratti. Di particolare rilievo appare, a tal proposito, la buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c., intesa quale canone ermeneutico che privilegia tra i vari significati astrattamente ricollegabili ad una clausola contrattuale quello che realizza la maggior tutela dell'affidamento che una parte poteva ragionevolmente nutrire sul significato della dichiarazione tenuto conto del contesto socio-economico di riferimento. A tale canone esegetico viene, però, anche attribuito un altro significato: esso sarebbe



diche<sup>15</sup>. Tali enunciati normativi, deliberatamente ampi, permettono al giudice di aggiornare costantemente il tessuto prescrittivo, pur dovendo restare nel solco tracciato dal legislatore.

Si deve considerare, però, che in ogni caso il legislatore non può disciplinare, nel dettaglio, ogni aspetto della realtà; pertanto, nelle maglie delle norme legali il giudice comunque deve attingere ai valori della società di riferimento, posta la vigenza del principio del *non liquet*.

Si può, dunque, parlare di dialettica giudice-legge-società: il giudice è sicuramente soggetto alla legge, ma è, altresì, soggetto al gruppo sociale<sup>16</sup>.

Il giudice non è, dunque, un meccanico applicatore di interpretazioni che hanno già dato gli organi politici, non si limita a dare voce

un criterio correttivo operante nel momento finale dell'operazione interpretativa e legittimante il giudice a modificare il regolamento contrattuale per renderlo, ad opinione dell'interprete, più equo e solidale. Se, però, si intende l'interpretazione del contratto come quell'operazione, giuridicamente regolata, volta tipicamente a ricostruire il significato che si impone, sulla base dei criteri esegetici dettati dal legislatore, all'accordo contrattuale, risulta estranea ai suoi scopi la funzione correttiva-integrativa del regolamento contrattuale: l'interpretazione del contratto non può essere volta a toccare il contenuto contrattuale, ma semplicemente a ricostruirne la portata. In tema si faccia riferimento a P. BARCELLONA, *Clauseole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Milano, 2006; G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti interpretati, con particolare riferimento ai rapporti contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 443 ss.; M. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012; A. DE VITA, *Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2003, pp. 459 ss.; G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Id.*, *Il potere e la parola*, Padova, 2008; A. GENTILI, *Interpretazione del contratto*, in *Id.*, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021, pp. 636 ss.; C. GRANELLI, *Il giudice ed il sindacato sull'assetto di interessi contrattualmente delineato dalle parti*, in *I contratti*, 2020, pp. 178 ss.; L. MACARIO, *Il principio di buona fede e l'interpretazione letterale del contratto*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto civile*, 2017, pp. 2062 ss.; F. SANGERMANO, *Il controllo giudiziale dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparente interpretazione correttiva e reale integrazione dell'atto di autonomia privata*, in *N. giur. civ.*, 12/2015, pp. 758 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; *Id.*, *Clauseole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992; *Id.*, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *N. giur. civ.*, 3/2010, pp. 139 ss.; J. STAPLETON, *Good Faith in Private Law*, in *Current Legal Problems*, 1/1999; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 915 ss.

<sup>15</sup> Si considerino solamente gli elementi normativi extragiuridici presenti in alcune norme incriminatrici penali, come, ad esempio, quello rappresentato dall'ordine e morale delle famiglie di cui all'art. 570 c.p.

<sup>16</sup> Così come soggetto al gruppo sociale è l'organo politico.

alla legge nel caso singolo<sup>17</sup>; nella sua attività vi sono margini di creatività<sup>18</sup>. È indubbio che il potere di fare le leggi spetta al Parlamento alla luce dell'art. 70 Cost., ma è altrettanto vero che il giudice crea a tutti gli effetti diritto<sup>19</sup> e non si limita a dichiararlo<sup>20</sup>.

Il concetto di *diritto vivente* indica proprio la partecipazione del giudice alla formazione del diritto<sup>21</sup>.

#### 4. Il “limite superiore” all’attività ermeneutica giudiziale: l’assenza di poteri di indirizzo politico

Al giudice, quindi, la legge lascia certi margini di operatività nel dettare la regola applicabile al caso concreto ed egli non può prescindere anche dal farsi interprete diretto della *Weltanschauung* del gruppo cui appartiene.

Si deve considerare, però, che i valori comuni della società, una volta colti e tenuti in considerazione, possono astrattamente essere anche portati verso una certa direzione.

Un siffatto potere di indirizzo, però, è riconosciuto, in via generale, solo all’organo politico<sup>22</sup>.

Il giudice non può, dunque, giustificare la sua decisione alla luce della considerazione che la società debba andare in una certa direzione o delle proprie preferenze ideologiche fra le varie sfumature dello *spirito del popolo*; egli deve fare riferimento solamente a ciò che il grup-

<sup>17</sup> *Les juges sont la bouche de la loi*, sosteneva Montesquieu, ma tale affermazione non può che essere intesa in senso più politico che giuridico come l’apoteosi della sovranità popolare che si esprime attraverso i suoi rappresentanti.

<sup>18</sup> Affinché tale creatività non si tramuti in arbitrio è necessario, però, che vi siano determinati criteri preesistenti di decisione al fine di poter controllare l’attività dei giudici. Altra questione è l’individuazione di tali criteri.

<sup>19</sup> Per poter conciliare la creatività interpretativa del giudice con l’assenza di una sua legittimazione popolare, si può semplicemente osservare che tale legittimazione, a ben vedere, proviene dal fatto che il giudice, ai sensi dell’art. 101, co. 1, Cost., deve decidere *in nome del popolo*; la sovranità popolare, dunque, si manifesta anche nella giurisdizione.

<sup>20</sup> Cfr. V. MARINELLI, “Dire il diritto”. *La formazione del giudizio*, Milano, 2002; L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I., Milano, 2018.

<sup>21</sup> Nel nostro ordinamento giuridico statale, in quanto di *civil law*, il precedente non ha carattere vincolante, ma fin dalla sentenza n. 11 del 1981 la Corte costituzionale utilizza spesso l’espressione *diritto vivente*.

<sup>22</sup> Cfr. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; R. LUPI, *Il diritto tra discrezionalità e interpretazione. Profili generali e riflessi sulla fiscalità*, Napoli, 2004; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.

po già ritiene essere il suo bene in un determinato momento storico. Sia l'organo giurisdizionale sia quello politico interpretano la realtà sociale, ma solo il secondo interviene anche nel mondo del dover essere. Del resto, è solo quest'ultimo ad essere eletto dal popolo. Inoltre, la mancanza del potere di indirizzo e la “dipendenza” dalla scala di valori del gruppo sociale sono essenziali ai fini della prevedibilità delle decisioni giudiziali e, quindi, della certezza del diritto.

È discusso se la presenza di tale elemento rappresenti una differenza di tipo qualitativo o solo quantitativo.

Se si considerano solamente l'attività del potere giudiziario da una parte e quella del potere politico dall'altra, sembra aversi effettivamente una differenza di qualità individuabile proprio nella presenza o assenza di poteri di indirizzo propositivo.

Nella direzione della seconda soluzione, invece, sembra portare la considerazione che un certo potere di indirizzo è proprio anche delle istituzioni deputate a svolgere altre funzioni pubbliche<sup>23</sup>. Certamente l'attività della pubblica amministrazione è profondamente diversa da quella politica in quanto teleologicamente e proceduralmente vincolata dalla legge. Vi sono, però, certi margini entro i quali permangono residui di valutazioni di opportunità che, al contrario, mancano del tutto nella funzione giurisdizionale: se non appare sensato, alla luce dell'esigenza della prevedibilità delle decisioni giudiziali, che il giudice si faccia portatore della propria idea di società per decidere la lite sottopostagli, non c'è ragione invece per eliminare ogni frazione di potere di indirizzo politico in capo a chi svolge una determinata funzione non giurisdizionale: nel rispetto di tutte le stringenti determinazioni normative, la pubblica amministrazione si fa portatrice della propria idea della funzione assegnatale dalla legge. Del resto, qui il modello è bilaterale. Essenziale è che, però, tale *policy* non sia utilizzata per finalità estranee; ciò che conta è che non vi sia abuso di potere. Assume, dun-

---

<sup>23</sup> Cfr. G. GAVELLI - M. TARGHINI - R. LUPI, *L'imponibilità “in ogni caso” delle plusvalenze su terreni trasforma i fabbricati in terreni?*, in *Dialoghi tributari*, 6/2013, pp. 616 ss.; R. LUPI, *Società, diritto e tributi. Scienze giuridiche, discrezionalità e legislazione: profili generali e riflessi tributari*, Roma, 2005; ID., *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella storia della tassazione analitico-aziendale*, Milano, 2009; ID., *Diritto amministrativo dei tributi. Ovvero: le imposte si pagano quando qualcuno le impone*, Roma, 2017; ID., *La funzione amministrativa d'imposizione tributaria*, Roma, 2022; ID., *L'imposizione tributaria come diritto amministrativo speciale*, Roma, 2023; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 428 ss.

que, un rilievo centrale l'imparzialità, intesa come non abuso della funzione.

Per la funzione di giustizia e solamente per la funzione di giustizia, al contrario, è l'indipendenza, intesa rispetto alle parti, a svolgere un ruolo essenziale anche ai fini della credibilità dell'organo giurisdizionale.

Per cogliere la differenza di ruolo, per esempio, tra giudice amministrativo e amministrazione pubblica, si può fare riferimento a quanto diceva Scoca sull'interesse legittimo<sup>24</sup>, e cioè che “[i] giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi”. La cura dell'interesse pubblico è, invece, affidata dalla legge alla pubblica amministrazione che ne è responsabile.

## 5. Conclusioni e prospettive future

I limiti esterni dell'attività interpretativa giudiziale sono, dunque, rappresentati, da una parte, dalla non passiva applicazione di soluzioni sempre già impacchettate dalla politica e, dall'altra, dall'assenza di poteri di indirizzo politico.

Entro questa cornice il giudice ha un certo margine di manovra.

Nel tempo tale margine di operatività è divenuto sempre più ampio, con conseguente rischio di frustrare le esigenze sottese al principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost.; in particolare, elevato è il rischio che i giudici decidano diversamente casi analoghi. L'emersione di una giurisprudenza creativa produce incalcolabilità giuridica.

Si tratta di un dato di fatto di cui è necessario prendere atto.

Diverse possono essere le strade astrattamente percorribili affinché non siano del tutto frustrate le esigenze storicamente sottese al principio di legalità.

Accanto all'auspicio che il legislatore operi una maggiore attenzione nell'elaborazione della legge<sup>25</sup>, si potrebbe, per esempio, dare maggior rilievo alla funzione nomofilattica delle giurisdizioni superiori<sup>26</sup> e, in generale, ai precedenti giudiziari; in questa prospettiva, sarebbe il precedente a dover essere chiaro e correttamente interpretato.

Appare, però, di fondamentale importanza una riflessione condivi-

---

<sup>24</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, p. 185.

<sup>25</sup> Cfr. G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Questione giustizia*, 1/2020, pp. 63 ss.

<sup>26</sup> Con questo obiettivo si sono mosse le recenti riforme, stabilendo che, se una sezione semplice della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato intende discostarsi

sa sulla effettiva portata della libertà di movimento dei giudici nell'applicazione della regola al caso concreto. Infatti, non basta fare affidamento solo agli attuali criteri di interpretazione indicati dalla legge<sup>27</sup>, poiché si tratta di regole tendenziali e indicative.

Nello svolgere una siffatta riflessione occorre partire da alcuni punti fermi: insieme alle contrapposte esigenze di flessibilità e adeguamento del diritto alle continue trasformazioni della società e di prevedibilità delle decisioni giudiziali, è necessario tenere sempre in considerazione la “dipendenza” dei giudici dalla scala di valori della società. Tale scala di valori è, innanzitutto, fornita dalla legge, la cui lettera rappresenta, ancora oggi, il fattore dominante dell'interpretazione del giudice e il punto di partenza per la soluzione delle controversie affidategli<sup>28</sup>. Allo stesso tempo, però, all'organo di giustizia permane anche una sussidiaria possibilità di attingere direttamente allo spirito del gruppo di appartenenza<sup>29</sup>.

---

da una precedente decisione a sezioni unite o dell'adunanza plenaria, deve rimettere a tali sedi la questione.

<sup>27</sup> Si tratta dei criteri ermeneutici dell'interpretazione letterale, logica e teleologica ex art. 12, co. 1, disp. att. c.c., a cui si aggiungono quelli dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

<sup>28</sup> Cfr. S. MASUELLI, *In claris non fit interpretatio. Alle origini del brocardo*, in *Rivista di diritto romano*, 2002, pp. 401 ss.; F. ZAPPATORE, *In claris non fit interpretatio: le parole sono l'inizio, ma non la fine*, in *Giust. civ.*, 2017.

<sup>29</sup> Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2019.



# SISTEMI ELETTORALI E CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

DOMENICO ANDREA PISANI

SOMMARIO: 1. Introduzione: la rappresentatività del Consiglio superiore della magistratura. – 2. Quale formula elettorale per il CSM? – 3. Il nuovo sistema elettorale del 2022.

**Abstract:** Italian legislator has created a new vote mechanism because of recent scandals about Judges Superior Council to break the complicated system of Judges national Association parties and give importance to the single candidate. This paper is to show different kinds of vote systems according to the minimal references in Constitution and to comment 2022 vote discipline and its first application.

## 1. Introduzione: la rappresentatività del Consiglio superiore della magistratura

I sistemi elettorali sono i meccanismi che permettono la trasformazione matematica di voti espressi da un corpo elettorale in seggi di un'assemblea, rappresentativa dello stesso. L'importanza del loro studio è evidente quando si parla delle assemblee legislative degli Stati e delle loro articolazioni territoriali ed è strettamente intrecciato alla tematica della rappresentatività dei cittadini. Ma il problema della rappresentatività, così come si pone relativamente agli organi elettivi degli enti pubblici territoriali, riguarda allo stesso modo gli enti pubblici funzionali, gli ordini professionali e nel campo del diritto privato i consigli di amministrazione delle società di persone (solo per citare alcuni dei casi più conosciuti). Indubbiamente l'evolversi dei rapporti sociali negli ultimi due secoli ha favorito la diffusione di modelli organizzativi

non più basati sulla gerarchia anche nell'ambito della magistratura ordinaria.

Il Consiglio superiore della magistratura, nell'ordinamento italiano, costituisce l'organo di vertice amministrativo-gestionale della magistratura ordinaria<sup>1</sup>, ed ha lo scopo di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario rispetto a ogni altro potere. Relativamente alla sua funzione, la Costituzione, all'art. 104, prima di descrivere dal secondo comma in poi la composizione del CSM, afferma, al primo comma, il principio di autonomia e indipendenza della magistratura. L'art. 105 Cost. delinea invece i suoi poteri, tutti afferenti al piano della concreta gestione del personale della magistratura (concorsi, assunzioni, promozioni, trasferimenti), nonché al procedimento disciplinare, che tuttavia vanno esercitati secondo le norme dell'ordinamento giudiziario<sup>2</sup>.

Riguardo alla sua composizione, l'art. 104 afferma che il Consiglio si compone di membri di diritto, ossia il Presidente della Repubblica, che lo presiede, il Primo presidente della Cassazione e il Procuratore generale presso la stessa e da membri elettivi, dal mandato di quattro anni non immediatamente rinnovabile, di cui un terzo sono eletti dal Parlamento in seduta comune<sup>3</sup>, e due terzi da tutti i magistrati

---

<sup>1</sup> Il dibattito sulla natura giuridica del CSM quale organo costituzionale o di rilevanza costituzionale è tuttora aperto. Sul punto si veda G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2017, pp. 21 ss.; V. DE SANTIS, *Interrogativi "antichi" su "nuovi" conflitti tra poteri: l'autonomia del Consiglio superiore della magistratura e la giurisdizione contabile della Corte dei conti*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, p. 2; A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in ID., *L'ordinamento giudiziario*, II ed., Napoli, 2019, pp. 519 ss. Osserva F.S. MARINI, in *La sindacabilità degli atti del C.S.M. tra eccessi giurisprudenziali e discutibili innovazioni legislative*, in ID., *Saggi di diritto pubblico*, I ed., Napoli, 2014, pp. 70 ss., come la natura sostanzialmente amministrativa del CSM impedisca una equiparazione agli organi costituzionali essenziali. Per una trattazione manualistica della materia si veda F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, II ed., Torino, 2020.

<sup>2</sup> Proprio tale statuizione (oltre alla composizione differenziata) ha fatto dubitare della diffusa e risalente definizione di organo di autogoverno della magistratura, essendo la sua attività comunque vincolata da una fonte di produzione eteronoma, quale la legge sull'ordinamento giudiziario. In tal senso G. SILVESTRI, *Op. cit.*, pp. 27 ss. Sull'esercizio delle funzioni del CSM nel rispetto del principio di legalità si veda F.S. MARINI, *Op. cit.*, pp. 77 ss.

<sup>3</sup> I consiglieri togati sono eletti dal Parlamento in seduta comune a scrutinio segreto con la maggioranza dei due terzi dei componenti alle prime tre votazioni e dei tre quinti dalla quarta in poi. I componenti laici vengono eletti in blocco ogni quattro anni, a differenza dei giudici costituzionali, che vengono eletti con alcune sfasature temporali. La pluralità di posizioni di consigliere laico in palio ad ogni elezione permette ai



ordinari appartenenti alle varie categorie. Si può notare fin da subito come la componente cosiddetta togata sia da sola in grado di raggiungere la maggioranza assoluta, risultando in molti casi determinante nelle sue deliberazioni<sup>4</sup>.

Quindi, posto che i componenti togati devono essere eletti (e non sorteggiati<sup>5</sup>) da tutti i magistrati ordinari, è necessario a tal fine predisporre un meccanismo di trasformazione di voti in seggi, ossia un sistema elettorale. Il Parlamento italiano, anche solo nell'epoca repubblicana e in particolare negli ultimi trent'anni, ha modificato la propria legge elettorale ben quattro volte, numero di per sé alto per una democrazia occidentale, che fa della stabilità delle proprie istituzioni un elemento imprescindibile, ma la componente togata del CSM è stata selezionata sulla base di otto diversi sistemi elettorali che si sono alternati dalla sua istituzione<sup>6</sup>. La grande instabilità della disciplina è da legarsi,

---

partiti di raggiungere più facilmente un accordo sull'elezione dei consiglieri rispetto a quanto accade con i giudici costituzionali.

<sup>4</sup> Tuttavia, questa non sembra una conseguenza costituzionalmente obbligata: se infatti la Costituzione fissa in un numero di tre i componenti di diritto, nulla dice riguardo al numero dei componenti elettivi, la cui effettiva consistenza sarà rimessa alla legge. Si potrebbe, in un senso estremo, ipotizzare un CSM di sei membri, tre di diritto e tre elettivi, uno dal Parlamento e due dai magistrati. Infatti, il comma 4 dell'art. 104 parla di altri componenti, senza distinguere per categorie. Anche volendo riferire la pluralità dei componenti alle diverse categorie, si potrebbe avere comunque un Consiglio composto nel minimo da nove membri, tre di diritto e sei elettivi, di cui due dal Parlamento e quattro dalla magistratura, delineando un assetto in cui i componenti togati sono minoranza. Tuttavia, una tale configurazione estrema oltrepasserebbe senza alcun dubbio il limite della ragionevolezza, e tale limite sarebbe superato in qualsiasi configurazione numerica che prevede un peso rilevante dei componenti di diritto, posto che il CSM è stato recepito in Costituzione sulla base di una precedente esperienza in cui era composto da trenta membri.

<sup>5</sup> La dottrina maggioritaria è prevalentemente schierata contro l'ammissibilità del sistema del sorteggio senza una previa revisione costituzionale; così M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 23 luglio 2020, p. 4.; G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova, 2005, p. 167; G. SCARSELLI, *La riforma del CSM*, in G. FERRI - A. TEDOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Napoli, 2016, pp. 200 ss. A favore del metodo del sorteggio M. CECCHETTI, *Giustizia e politica: spunti di riflessione e linee di priorità per un rinnovato equilibrio tra i poteri della Repubblica*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 16/2008.

<sup>6</sup> L. 24 marzo 1958, n. 195; l. 18 dicembre 1967, n. 1198; l. 22 dicembre 1975, n. 695; l. 3 gennaio 1981, n. 1; l. 22 novembre 1985, n. 655; l. 12 aprile 1990, n. 74; l. 28 marzo 2002, n. 44; l. 21 maggio 2021, n. 71. La legge istitutiva del Consiglio adottò un sistema elettorale di tipo maggioritario puro a collegi uninominali. Erano previsti quattro collegi per i magistrati di appello, quattro collegi per i magistrati di tribunale e un collegio nazionale per i magistrati di Cassazione. Ogni collegio territoriale era uninominale, mentre il collegio nazionale di legittimità eleggeva ben sei componenti. È evidente la disproporzione a favore dei magistrati di Cassazione, categoria numericamen-

in un primo tempo, al contesto storico-politico che ha vissuto la magistratura nella prima fase repubblicana, connotata da una progressiva democratizzazione dell'ordine giudiziario e dal superamento del principio di categorizzazione dell'elettorato<sup>7</sup>, retaggio della ormai perduta posizione di supremazia gerarchica dei magistrati di Cassazione. Invece, in un secondo periodo, lo scopo esplicitamente perseguito dal legislatore fu quello di ridurre il potere elettorale delle associazioni dei magistrati, associazioni che, per l'appunto, sono prosperate nella precedente fase di democratizzazione.

La rappresentatività dei magistrati, in ogni caso, non costituisce la funzione primaria del CSM ma piuttosto assume un carattere ancillare rispetto alla fondamentale funzione di garanzia a questo assegnata, come appare evidente dalla composizione dell'organo<sup>8</sup>.

---

te inferiore alle altre. La l. n. 1198/1967 predispose invece un sistema a doppio turno. Con la legge del 1975 – l. n. 695/1975 – venne invece adottato un sistema proporzionale su collegio nazionale con voto di lista e sbarramento al 6%, aumentando inoltre il numero dei componenti del Consiglio da ventuno a trenta. La legge determinò il passaggio da una rappresentanza per categorie a una rappresentanza basata sulla competizione delle correnti, passaggio accentuato dalla successiva legge del 1981, secondo la quale era possibile presentare liste non comprendenti tutte le categorie. Intervenne tuttavia la sentenza n. 87 del 1982 della Corte costituzionale, per la quale l'art. 104 Cost. imponeva di tener conto delle diverse categorie in sede elettorale. Il legislatore si adeguò alla decisione della Consulta con la l. n. 655/1985. Il sistema fu nuovamente riformato con la l. n. 7/1990, che abolì il collegio unico nazionale e alzò lo sbarramento al 9% sul piano nazionale, istituendo contestualmente quattro collegi elettorali territoriali. Il collegio nazionale fu reintrodotta nel 2002, riducendo a ventiquattro i membri eletti del Consiglio, di cui sedici togati, da eleggere in tre collegi nazionali (uno per due magistrati di Cassazione, uno per dieci magistrati di merito giudicante e uno per quattro magistrati di merito requirente). Venne inoltre abbandonato il sistema di voto di lista per passare a quello sui singoli candidati. Ogni elettore aveva un voto per collegio e risultavano eletti i candidati più votati in assoluto in ogni singolo collegio. Sui vari sistemi che si sono alternati si veda F. DAL CANTO, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021.

<sup>7</sup> Tuttavia, la Corte costituzionale, con sentenza n. 168 del 23 dicembre 1963, ha ritenuto la categorizzazione dell'elettorato passivo del CSM compatibile con la Costituzione, in quanto *“la disposizione impugnata ha preveduto una rappresentanza numerica più elevata per la categoria dei magistrati di Cassazione, ispirandosi, non tanto al numero dei componenti delle varie categorie, quanto alla qualificazione di coloro che compongono l'anzidetta categoria dei magistrati di Cassazione. [...] Se quindi, nella disposizione impugnata, (art. 23 della legge 24 marzo 1958, n. 195), si riscontra una disparità di trattamento fra le varie categorie dei magistrati, essa non può ritenersi in contrasto con la Costituzione, essendo consentito al legislatore ordinario, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, di disciplinare diversamente situazioni differenziate, quando, come nel caso, per le ragioni accennate, trovino logica giustificazione”*.

<sup>8</sup> Sul punto si possono ricordare le parole usate dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 luglio 1973, n. 142, secondo la quale non può affermarsi *“che il Consiglio*

La rappresentatività è una caratteristica afferente alla componente togata in relazione alla magistratura ordinaria e alla componente laica in relazione alla composizione politica del Parlamento, legata al metodo elettivo predisposto dalla Costituzione.

La rappresentatività riguarda le singole componenti elettive, ed assume rilievo costituzionale, tramite il sistema elettorale, come strumento di selezione di membri del Consiglio, per altro integrata da requisiti minimi soggettivi relativi alle competenze professionali dei candidati.

Non si tratta di una rappresentatività di tipo politico, ma di “*visuali e interessi*”<sup>9</sup>.

Dunque, se non si può affermare che il CSM, date le diverse provenienze dei suoi componenti e la differente proporzione tra laici e togati, sia un organo complessivamente rappresentativo della magistratura ordinaria, si può comunque ritenere che la rappresentatività del corpo elettorale, e nella specie dei magistrati ordinari, sia una caratteristica propria<sup>10</sup> del sistema di selezione tramite elezione relativo alle due categorie di componenti elettivi del CSM: in sostanza, la rappresentatività riguarda solo i componenti togati rispetto ai magistrati ordinari e quelli laici rispetto al Parlamento.

---

*superiore rappresenti, in senso tecnico, l'ordine giudiziario, di guisa che, attraverso di esso, se ne realizzi immediatamente il cosiddetto autogoverno (espressione, anche questa, da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica) (...). La composizione mista dell'organo, solo in parte – anche se prevalente – formato mediante elezione da parte dei magistrati, e per altra parte, invece, da membri eletti dal Parlamento (tra i quali dev'essere scelto il Vicepresidente), oltre che da membri di diritto, tra cui il Capo dello Stato, che lo presiede, si oppone chiaramente ad una simile raffigurazione”. Il CSM, dunque, è “un organo a composizione solo parzialmente rappresentativa”.*

<sup>9</sup> Così S. TROILO, *Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura, anche alla luce della sua applicazione iniziale*, in *Rivista AIC*, 2/2023, p. 193; nello stesso senso M. LUCIANI, *Op. cit.*, pp. 5 ss. In senso contrario a una funzione rappresentativa del CSM si segnala S. MAZZAMUTO, *Per una riforma del sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura e della Sezione disciplinare*, in *Giustizia Insieme*, 1-2/2011, pp. 107 ss.

<sup>10</sup> La rappresentatività non è una caratteristica sempre e comunque legata a un sistema di voto, e in particolare per la scelta di componenti di organi di garanzia non titolari di poteri di indirizzo politico come il CSM. Tuttavia, l'esperienza concreta basata sull'aggregazione dei magistrati in liste che competono sul campo elettorale, liste che hanno chiari e non velati riferimenti politico-ideologici, dimostra come nella prassi il sistema abbia assunto uno scopo prettamente rappresentativo delle varie anime della magistratura, peraltro coerentemente con lo spirito democratico del nuovo sistema repubblicano.

## 2. Quale formula elettorale per il CSM?

L'elevatissimo numero di revisioni della disciplina elettorale del CSM porta a chiedersi se la Costituzione, che sui sistemi elettorali in generale lascia amplissima discrezionalità al legislatore, prediliga alcuni modelli elettorali rispetto ad altri.

In primo luogo, bisogna analizzare i sistemi elettorali maggioritari o proporzionali con effetti maggioritari, come il maggioritario a collegio uninominale o il proporzionale con premio di maggioranza.

Il sistema a collegio uninominale, sia nella sua versione secca che in quella a doppio turno o con voto alternativo, che comunque sono le formule elettorali connotate da una maggiore disproporzionalità tra voti espressi e risultati, sembra il modello più lontano possibile dalle poche indicazioni che emergono dal testo Costituzionale<sup>11</sup>.

Il sistema maggioritario puro, che ben potrebbe trovare applicazione per l'elezione delle Camere, sembra del tutto incompatibile con la struttura e le funzioni del CSM.

Infatti, l'obiettivo di coniugare rappresentatività e governabilità è proprio dei sistemi elettorali elaborati per le assemblee legislative, non di assemblee come il CSM. Se da un lato si può giustificare una legge elettorale maggioritaria per le camere sulla base dell'opportunità di formare maggioranze stabili che garantiscano con continuità la fiducia al Governo, dall'altro lo stesso sistema non è replicabile per il CSM, che non è titolare di alcun rapporto di fiducia, e per il quale non sussiste l'esigenza di favorire la governabilità rispetto alla rappresentatività. Nel CSM, dotato di poteri deliberativi sulle carriere dei magistrati e sulle nomine dei capi degli uffici giudiziari, in sostanza, non si ravvisa esigenza di governabilità.

Inoltre, un sistema a collegi uninominali favorisce la personalizzazione della competizione, la formazione di blocchi contrapposti e la territorializzazione della rappresentanza, che può sfociare nel già noto fenomeno dei notabili e contribuire a cristallizzare sacche di consenso<sup>12</sup>.

Per le stesse ragioni non possono essere accolti i sistemi misti, ossia i proporzionali con premi di maggioranza, oppure i sistemi misti

---

<sup>11</sup> In questo senso v. G. SILVESTRI, *Op. cit.*, par. 7.

<sup>12</sup> Questi aspetti sono approfonditi in G. FERRI, *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, pp. 39 ss., con riferimento al sistema elettorale delle Camere.

maggioritario-proporzionale, in quanto portano a risultati complessivamente maggioritari.

Dunque, l'assenza di un'esigenza di governabilità lascerebbe spazio alla vasta famiglia dei sistemi proporzionali, prediligendo quelli che tendono a una minore disproporzionalità, fenomeno comunque presente in qualsiasi sistema elettorale.

Per quanto riguarda la modalità di selezione dei candidati, i proporzionali si suddividono in due categorie, ossia quelli con voto di lista, bloccata o con preferenze, e quelli con voto al candidato, anche declinato nella sua versione di voto singolo trasferibile o meno.

In questo contesto il voto di lista bloccato, caratterizzato dalla possibilità per l'elettore di scegliere tra varie liste di candidati nell'ordine prestabilito dai redattori, è quello che sicuramente più di tutti avvantaggia il potere delle correnti.

Il proporzionale di lista con voto di preferenza, già usato in passato per il CSM, incrementa invece il potere dei portatori di voti<sup>13</sup>.

Autorevole dottrina<sup>14</sup> ha espresso il suo sostegno per il sistema del voto singolo trasferibile, meccanismo ben adatto a collegi che eleggano un numero basso di consiglieri, nel quale l'elettore mette in ordine di preferenza i singoli candidati.

Questo sistema funziona, in sostanza, come il voto alternativo nell'uninomiale, con la differenza che nel collegio plurinomiale sarà necessario raggiungere una soglia minima di voti, e le prime preferenze disperse perché indicanti candidato che non raggiunge la soglia non saranno contate, ma saranno contate le seconde preferenze dei rispettivi elettori. Mentre il voto singolo trasferibile prevede l'attribuzione di

---

<sup>13</sup> Merita considerazione l'impatto che il numero totale di seggi elettivi può avere sulla proporzionalità del sistema, anche con un sistema di voto di lista. Infatti, se il numero totale di seggi da assegnare è compreso tra i 15 e i 20, non si ravvisa la ragionevolezza nel creare dei collegi territoriali con una soglia di sbarramento implicita del 30%. Le alternative che sembrano coerenti con la Costituzione sono due, ossia da un lato un sistema in cui è presente il riparto nazionale dei seggi e poi i collegi territoriali si considerano solo al fine delle preferenze, dall'altro un sistema direttamente basato su una circoscrizione nazionale, sempre con una soglia minima di sbarramento. In caso il legislatore volesse perseguire l'intento di valorizzare l'aspetto territoriale e allo stesso tempo mantenere un certo rappresentatività non vi è altra alternativa che aumentare il totale dei seggi eletti sul piano nazionale. Voto singolo trasferibile e non trasferibile possono trovare applicazione solo in collegi di ridotte dimensioni e non in un collegio nazionale; la loro adozione, a numero di eletti invariato, implica l'accettazione di un tasso di disproporzionalità maggiore rispetto a quello del voto proporzionale di lista, nelle sue varie formule.

<sup>14</sup> M. LUCIANI, *Op. cit.*, pp. 13 ss.

più preferenze, quello non trasferibile solo della prima e della seconda. Questo sistema, infatti, ha il vantaggio di combinare un basso tasso di disproporzionalità con la scelta diretta da parte degli elettori.

Infine, vi sono le già sperimentate formule plurinomiali senza lista, nelle quali l'elettore dispone di tanti voti quanti sono i seggi da eleggere e vengono eletti i candidati più votati, sistemi non più visti con favore in quanto sono quelli più idonei a favorire il fenomeno del voto di scambio.

### 3. Il nuovo sistema elettorale del 2022

In seguito ai recenti scandali che hanno coinvolto il CSM, il legislatore del 2022 ha elaborato un nuovo sistema elettorale per la componente togata<sup>15</sup>, cercando ancora una volta di perseguire lo scopo dell'indebolimento delle correnti e mantenendo la separazione dell'elettorato passivo in distinte categorie.

A tal fine sono predisposti quattro collegi elettorali: un collegio unico nazionale in cui vengono eletti due componenti che esercitano funzioni di legittimità in Cassazione e nella relativa Procura generale, nel quale vengono eletti i due candidati più votati; due collegi territoriali binomiali, nei quali in ogni collegio vengono eletti i due candidati, all'interno della categoria requirente, più votati, oltre a un quinto candidato, ripescato dal terzo più votato dei due collegi; quattro collegi territoriali binomiali, in ognuno dei quali vengono eletti i due candidati, afferenti alla categoria dei magistrati con funzioni giudicanti, per un totale di otto; un collegio unico nazionale con ripartizione proporzionale nel quale vengono eletti cinque magistrati con funzioni giudicanti di merito. Secondo il nuovo sistema l'elettore riceve tre schede, una per votare il magistrato di legittimità nel relativo collegio nazionale, un'altra per votare un giudice di merito e con la terza un pubblico mi-

---

<sup>15</sup> Si tratta della l. 17 giugno 2022, n. 71, che ha novellato gli artt. 22-27 della l. n. 195/1958. La nuova disciplina è stata commentata da V. SAVIO, *CSM, da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il CSM*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 settembre 2022, e S. TROILO, *Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura, anche alla luce della sua applicazione iniziale*, in *Rivista AIC*, 2/2023, pp. 192 ss. Numerosi contributi sono stati redatti durante la fase di revisione del sistema elettorale, tra i quali si segnalano M. LUCIANI, *Op. cit.*; E. BRUTI LIBERATI, *Quale sistema elettorale per quale Csm*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 18 giugno 2020.

nistero candidati nei collegi territoriali cui appartiene il distretto nel quale l'elettore lavora (art. 24, comma 1-*bis*, l. n. 195/1958).

I cinque seggi residui del collegio c.d. virtuale sono assegnati secondo il meccanismo proporzionale, ripescando i candidati sconfitti previo scorporo totale dei voti ottenuti dai candidati vincitori rispetto a quelli collegati (art. 27, co. 3, l. n. 195/1958 novellato), sistema ispirato allo scorporo totale previsto nella legge Mattarella per il Senato della Repubblica<sup>16</sup>. Questa quota proporzionale dovrebbe servire a ridurre gli effetti maggioritari dei collegi binomiali, che presentano un'elevatissima soglia di sbarramento implicita. Nel complesso, i seggi elettivi del Consiglio sono portati a trenta, di cui venti togati e dieci laici.

Dunque, il legislatore ha deciso di proseguire nell'adozione di sistemi misti, anche in omaggio al principio della categorizzazione. Il sistema è certamente complesso, ma ci si chiede se i risultati perseguiti dal legislatore possano davvero essere raggiunti.

La rilevanza delle correnti permane grazie all'istituto dei candidati collegati, che di fatto sostituisce le liste e che saranno scelti dalle rispettive correnti di afferenza.

Ciò, peraltro, è stato confermato in sede di prima applicazione della disciplina elettorale nel 2022, in esito alla quale sono stati eletti diciotto consiglieri afferenti alle correnti e solo due indipendenti, di cui uno appoggiato da Magistratura democratica<sup>17</sup>.

Poi, la suddivisione del territorio in collegi binomiali non riesce a garantire una rappresentatività adeguata. Si ricorda infatti che il collegio binomiale è quello con lo sbarramento implicito più alto dopo quello uninominale, collegio infatti caratteristico dei maggioritari. È da apprezzare, ai fini della rappresentatività, l'aumento a venti consiglieri elettivi.

Come già detto, la preferenza verso un sistema puramente proporzionale, che poi è già stato adottato, si spiega sulla base della mancanza di un'esigenza di governabilità. Il sistema fu abbandonato sempre con lo scopo di contrastare il potere delle correnti, ma i sistemi successivi, compreso quello odierno in commento, possono prestarsi allo stesso modo a loro favore.

Se nel sistema proporzionale con lista e voto di preferenza il potere della corrente si esauriva nella fase di scelta delle candidature, in

---

<sup>16</sup> Recependo un suggerimento proposto da G. SILVESTRI, *Op. cit.*, par. 5.

<sup>17</sup> Per un'analisi dei risultati elettorali in esito alla prima votazione con la nuova disciplina si veda S. TROILO, *Op. cit.*, pp. 207 ss.

un sistema su base territoriale binomiale è possibile, in ipotesi, individuare un certo numero di collegi cc.dd. bloccati (perché magari una determinata corrente è particolarmente forte in quel territorio) attraverso i quali è possibile determinare più agevolmente chi verrà concretamente eletto.

In sostanza, sebbene il sistema permetta una sorta di diritto di tribuna per candidati indipendenti abbastanza forti da essere recuperati nella quota nazionale, i collegi binomiali permettono una predeterminazione dei candidati vincitori inferiore solo agli uninominali bloccati e al voto di lista bloccato.

Dunque, poiché, in generale, quando i sistemi elettorali vengono disegnati per perseguire determinati effetti i soggetti in competizione riescono ad adattarsi alle nuove regole in maniera agevole, così anche è successo per la nuova legge elettorale del CSM.

Infatti, sembra necessario considerare che anche cambiando il sistema elettorale innumerevoli volte, a causa delle esigue dimensioni del corpo elettorale, costituito da circa diecimila magistrati ordinari, e del basso rapporto intercorrente tra eletti ed elettori (circa un consigliere ogni cinquecento magistrati), le correnti operano in un ambiente in cui ben conoscono la distribuzione territoriale dei loro eletti.

Incentrando il sistema elettorale su collegi territoriali, di qualsiasi dimensione, in realtà il risultato finale potrebbe essere ben più prevedibile di quello del proporzionale su collegio unico nazionale, nei quali almeno i vincitori sono determinati dai voti di preferenza dei singoli magistrati elettori e non dalla forza della corrente di appartenenza nel luogo in cui vengono candidati.

Per queste ragioni, si ribadisce la preferenza per un proporzionale puro calcolato in un collegio unico nazionale (essendo solo venti posti, vi è già una soglia di sbarramento implicita del 5%, tuttavia potrebbe essere opportuno reintrodurre una esplicita di uguale portata o lievemente superiore per ridurre fenomeni di frammentazione delle liste). Un proporzionale di lista, dunque.

Si potrebbe obiettare che il proporzionale puro rappresenti in realtà il sistema che dà massima espressione alle correnti, almeno in forma istituzionalizzata, grazie alla presentazione di più liste collegate ad esse. In realtà, rappresenta il sistema che più rende esplicito il collegamento tra un candidato e una corrente, ed è il sistema che permette al singolo elettore di scegliere tra i venti candidati proposti da ogni corrente.

Certo si pone sempre il tema del mercato delle preferenze, che può essere tuttavia contrastato attraverso numerosi strumenti tecnici, come



la preferenza unica, o il voto singolo non trasferibile di lista (e non di candidato, che in collegi piccoli ripropone i problemi di cui sopra).

Il proporzionale puro, oltre a rispondere all'esigenza di limitare l'inevitabile disproportionalità di tutti i sistemi elettorali, contribuisce dunque anche a un'opera di trasparenza, almeno in un ambito così ristretto, dal punto di vista elettorale, come quello della magistratura ordinaria.

Volendo invece favorire l'appartenenza di un candidato a un certo territorio, si potrebbero delineare dei collegi in cui ogni lista presenta un candidato, risultando eletto, però, quello determinato in esito al risultato a livello nazionale, poi "rispecchiato" sui collegi attraverso un algoritmo.

In conclusione, le soluzioni possibili, come spesso accade nel settore elettorale, sono tante. La Costituzione non privilegia un determinato modello per la componente togata del CSM e il legislatore è libero di scegliere quello che più si adatta agli scopi concretamente perseguiti in quel momento, sempre rispettando il limite della ragionevolezza.

Le considerazioni contenute in questo contributo, tuttavia, sono orientate nel senso di evidenziare il rischio, sempre presente in tale campo, di eterogeneità dei fini perseguiti. Di certo la nuova disciplina è ragionevole, ma, anche rimanendo nell'ambito dei sistemi maggioritari, è sicuramente migliorabile, ad esempio istituendo una prima fase di preselezione delle candidature per limitare il potere delle correnti.



## L'AUTOMA-GIUDICE: DISTOPIE E PROSPETTIVE CONCRETE IN TEMA DI ALGORITMI PREDITTIVI

CATERINA TARQUINI

SOMMARIO: 1. Dalla semplice previsione alla decisione giudiziale. Origini e sviluppi della giustizia predittiva. – 2. L'uomo-giudice e l'automa-giudice a confronto. Alcune coordinate giuridiche tra potenzialità e limiti dell'automatizzazione. – 3. L'impareggiabile potenza di calcolo delle macchine come strumento al servizio dell'insostituibile attività interpretativa del giudice.

**Abstract:** If, on the one hand, certain authoritative doctrine considers Artificial Intelligence an invaluable resource for professional activity, for streamlining the cumbersome machinery of the process and guaranteeing more efficient justice, on the other hand, positions inclined to reject such a novelty stigmatize its risks. Not the least of which is the risk, typical of all new technologies to be sure, that software will eventually outclass and supplant man. In recent years, however, there has been an interesting change of perspective: from the field of “prediction”, by means of machine learning tools capable of making predictions on the outcome of processes that have not yet begun or concluded in order to estimate the duration, costs and likelihood of success of a dispute, the use of artificial intelligence devices is moving towards the field of decision-making. Suffice it to say that Online Dispute Resolution tools are now widely used to resolve disputes fully automatically, or that a Colombian judge recently drafted a second instance judgment with the help of OpenAI’s much-discussed ChatGPT software. Although it is unlikely that the available tools of a statistical nature will fully replace the role of the judge, it is likely that they can nevertheless exert a certain influence on decision-making. In 2016, it was the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) of the Council of Europe that highlighted, in its “Guidelines on Cyber-justice”, the danger that the use of precedent analysis software by judges could undermine their discretion and independence. How-

ver, the expression ‘robot judge’ may be improper, since the complex intellectual operation underlying any judgement is precluded, at least for now, from the machine element.

## 1. Dalla semplice previsione alla decisione giudiziale. Origini e sviluppi della giustizia predittiva

La diffusione di sistemi tecnologici basati sull’Intelligenza Artificiale<sup>1</sup> (IA) e le sue innumerevoli declinazioni in ogni ambito della vita sociale, scientifica, economica e politica sono destinate inevitabilmente a ripercuotersi anche sull’universo del diritto, sino ad imporre, con una certa urgenza, un ripensamento o perlomeno un riadattamento di molte categorie giuridiche tradizionali<sup>2</sup>. Rispetto ai suoi possibili impieghi, si pensi, per esempio, ai *software* che analizzano transazioni bancarie o finanziarie per rintracciare possibili frodi, o ai programmi di riconoscimento facciale utilizzati per la prevenzione dei reati, o ancora ai modelli che consentono di valutare se e a quali condizioni concludere un contratto assicurativo o di mutuo.

D’altronde, sul piano giuridico l’IA può rilevare sotto un duplice profilo: *in primis*, come oggetto del giudizio. In questo senso, è sufficiente menzionare il problema relativo all’individuazione della responsabilità derivante da lesioni a beni giuridicamente protetti causate da droni, da *driverless cars*, oppure da sistemi automatizzati di diagnosi e di cura di patologie mediche. Non è difficile intuire che alcune categorie ben consolidate, come la responsabilità civile e la quantificazione dei danni, non si dimostrino sempre adeguate quando si tratti di tecnologie di ultima generazione.

In secondo luogo, l’IA può rivelarsi un valido supporto per gli operatori giuridici. Si assiste ormai all’avvento di sofisticati strumenti volti ad automatizzare la ricerca in campo legale, la redazione e il controllo di contratti e documenti, nonché lo svolgimento di particolari valutazioni tecniche, come il calcolo di indennità in caso di licenziamen-

---

<sup>1</sup> Si rinvia a A.C. AMATO MANGIAMELI, voce *Intelligenza Artificiale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI - G. SARACENI (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, p. 279, e anche a EAD., *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2019, pp. 107-124.

<sup>2</sup> A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2/2017, pp. 147-167.

to e quello di assegni di mantenimento in favore del coniuge o dei figli<sup>3</sup>. Ad oggi, si tratta di *software* che trovano impiego prevalentemente presso studi legali o compagnie assicurative, ma che in un prossimo futuro potrebbero affermarsi sempre più anche in sede giudiziale.

Si sta parlando naturalmente della c.d. giustizia predittiva. Tale espressione si riferisce alla capacità di prevedere l'esito delle decisioni giudiziarie tramite particolari algoritmi basati su modelli di intelligenza artificiale, tanto da arrivare a formulare una vera e propria prognosi di giudizio.

Si rende opportuno ricordare che il tema della giustizia predittiva trae origine dall'instancabile ricerca, da parte dell'uomo, della certezza del diritto. In effetti, non sorprende che già nella seconda metà del XV secolo Leibniz preconizzasse, nella sua *Dissertatio de Arte combinatoria*, l'utilizzo di meccanismi di giustizia predittiva che avrebbero permesso di evitare, di fronte al profilarsi di una controversia, il ricorso al processo.

Peraltro, è stato osservato che i nuovi modelli di IA potrebbero contribuire significativamente a soddisfare quell'esigenza di "calcolabilità del diritto"<sup>4</sup>, che Weber<sup>5</sup> considerava necessaria al fine di garantire la prevedibilità dell'esito giudiziale<sup>6</sup>. In altri termini, il diritto dovrebbe essere il più possibile oggettivo, ripetibile e fondato su regole prestabilite che consentano di prefigurarsi con un certo grado di attendibilità le modalità con cui esso verrà applicato con riguardo alla fattispecie concreta.

In quest'ottica, le varie posizioni, più o meno entusiaste, favorevoli, caute o contrarie, sono tutte riconducibili a due principali orientamenti. Quello che guarda di buon grado all'utilizzo delle nuove tecnologie in sede giudiziale: secondo tale impostazione, si tratterebbe di una risorsa in grado di assicurare maggiore effettività ai principi del giusto processo e della sua ragionevole durata. Difatti, l'introduzione

---

<sup>3</sup> Nel mondo anglosassone, per esempio, è molto diffusa la piattaforma *Luminance*, impiegata come ausilio durante le fasi di *due diligence* nell'ambito di operazioni di fusione o acquisizione societaria.

<sup>4</sup> Sulla calcolabilità del diritto, A. CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, ed EAD. (a cura di), *Il vincolo del passato*, Bologna, 2018.

<sup>5</sup> In merito al pensiero giuridico di M. Weber, cfr. R. MARRA, *Dalla comunità al diritto moderno: la formazione giuridica di Max Weber. 1882-1889*, Torino, 1992; ID., *M. Weber: Sociologia del diritto e scienza giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 3/1988, pp. 117 ss.

<sup>6</sup> Con riguardo alla certezza del diritto, N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, pp. 17 ss.

di strumenti di giustizia predittiva permetterebbe alle parti di prevedere il possibile esito sfavorevole della decisione giudiziale e di optare per modalità alternative di risoluzione delle controversie<sup>7</sup>. In tal modo, si riscontrerebbero notevoli benefici sia in termini di risparmio economico e temporale del singolo cittadino, sia rispetto all'ingolfamento della lenta macchina processuale.

Mentre, invece, la posizione contraria all'impiego di tali meccanismi è maggiormente propensa a sottolinearne il potenziale impatto negativo sulla sfera giuridica delle persone, nonché i limiti e le disfunzioni applicative sul piano dell'etica e del diritto. In special modo, ci si chiede se le tecnologie algoritmiche possano arrivare a condizionare la libera interpretazione della legge, la rilevanza assunta dalla motivazione nel ragionamento del giudice, sino a minarne addirittura l'imparzialità.

A tal proposito, si prenda in considerazione la classificazione delle prassi sperimentali che si vanno diffondendo presso le istituzioni giudiziarie<sup>8</sup>, presente nella *Carta Etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*<sup>9</sup>, approvata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) nel dicembre 2018<sup>10</sup>. Una classificazione che opera una distinzione tra le diverse applicazioni alla luce dei rischi nei confronti dei principi e dei valori enunciati nella Carta<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Un altro strumento ampiamente utilizzato all'estero è *Online dispute resolution*, programma che agevolerebbe – in materia di negoziazione, mediazione o arbitrato – la ricomposizione di controversie fra le parti.

<sup>8</sup> A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche*, Bologna, 2002.

<sup>9</sup> Si tratta del primo strumento in Europa che individua le coordinate etiche e giuridiche entro cui utilizzare l'IA nei sistemi giudiziari: *in primis* il rispetto dei diritti fondamentali, il principio di non discriminazione, qualità e sicurezza del sistema, trasparenza, controllo da parte degli utilizzatori. La loro osservanza deve essere garantita sin dalla fase di progettazione e di apprendimento del sistema.

<sup>10</sup> Tra gli altri, S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 18 dicembre 2018.

<sup>11</sup> La Carta etica europea distingue in ambito giuridico una serie di impieghi più o meno rischiosi dell'intelligenza artificiale. Nella categoria degli "*utilizzi che devono essere incoraggiati*" si ascrive la valorizzazione del patrimonio giurisprudenziale attraverso di ricerca che sfruttino *software* di IA, come nel caso di *chatbot* impiegate per agevolare l'accesso alle varie fonti di informazione esistenti. Tra gli "*utilizzi possibili, ma che esigono notevoli precauzioni metodologiche*" rientrano l'ausilio nella redazione di tabelle relative ad alcune tipologie di controversie di natura civile, il supporto a misure di risoluzione alternativa o interamente *online* delle stesse. Tra gli "*utilizzi da esaminare al termine di supplementari studi scientifici*" si ricomprendono la profila-

In particolare, devono essere esaminati “*con le più estreme riserve*” gli “*algoritmi in materia penale*” utilizzati per “*profilare le persone*”. In questa categoria si ascrivono anche gli strumenti di valutazione del rischio (c.d. *risk assessment tools*), a cui si fa ricorso soprattutto allo scopo di valutare la pericolosità sociale di una persona e assumere decisioni in ordine a misure cautelari e recidiva<sup>12</sup>. In questo caso, l’e-laboratore compie un’analisi statistica di un numero estremamente elevato di dati relativi alla condotta di individui precedentemente arrestati o condannati, al fine di delineare profili di persone con caratteristiche comuni. Incrociando questi modelli statistici con le informazioni concernenti un determinato soggetto, il programma riesce a ricondurlo entro un profilo criminologico. Ciò avviene tramite un punteggio che esprime la probabilità che l’individuo in futuro commetta un reato. Negli Stati Uniti, tali sistemi vengono impiegati in tutte le fasi del procedimento giudiziale, dalle valutazioni sul rilascio dell’indagato nella fase cautelare, fino a quella decisoria ed esecutiva, ma negli ultimi anni stanno prendendo piede anche in Europa.

Non solo, ci si domanda se nel frattempo non si stia delineando un significativo cambio di prospettiva: l’interrogativo che occorre porsi è se dal campo della “predizione”, tramite gli strumenti di *machine learning* volti a stimare durata, costi e probabilità di successo di una controversia, l’impiego di dispositivi di intelligenza artificiale si stia spostando o meno verso quello della decisione vera e propria, tanto da giustificare il ricorso all’audace espressione “*giudice robot*”<sup>13</sup>.

Si pensi, per esempio, all’algoritmo, sviluppato nel 2016 dall’University College of London, in grado di offrire previsioni sorprendentemente attendibili sul possibile esito di controversie dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>14</sup>. Il *software*, attingendo ad una mole complessiva di 584 pronunce della Corte, si è dimostrato capace di va-

---

zione dei magistrati a fini valutativi e l’anticipazione delle decisioni dei tribunali, mentre invece, tra quelli “*da esaminare con le più estreme riserve*”, rientra anche l’indicazione al giudice dei precedenti giurisprudenziali con l’imposizione di un onere di conformità.

<sup>12</sup> G. MOBILIO, *I giudici e le nuove tecnologie per giudicare: un’occasione per riscoprire i caratteri fondanti della funzione giurisdizionale*, in V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI - R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. L’ordinamento giudiziario (Pisa, 15 dicembre 2020)*, Pisa, 2021, p. 480.

<sup>13</sup> A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica*, Torino, 2015, pp. 216 ss.

<sup>14</sup> Al riguardo, N. ALETRAS - D. T. SARAPATSANIS - D. PREOTIUC PIETRO - V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016; M. MEDVEDEVA - M. VOLS - M. WIELING, *Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*, in *Artificial Intelligence Law*, 2019.

lutare l'eventuale violazione degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione in alcuni nuovi casi concreti posti all'attenzione del giudice, con una possibilità di successo che si attestava attorno al 79%. Del resto, la persistenza di un margine di errore pari al 21% non costituiva di per sé un elemento decisivo ai fini dell'esclusione dell'attendibilità complessiva del sistema, se si considera che in sede giudiziale permane sempre una fisiologica percentuale di sentenze riformate in appello o in cassazione.

O ancora, si consideri il caso dell'Estonia, e delle procedure giudiziali automatizzate introdotte in via sperimentale per le dispute di modesta entità, c.d. *small claims*. Secondo la procedura le parti caricano sulla piattaforma i loro documenti e le informazioni rilevanti, in base ai quali l'IA predisporrà una decisione impugnabile di fronte a un giudice "umano"<sup>15</sup>. Non è casuale, come si dimostrerà nel seguente paragrafo, che il Paese baltico, pioniere nel campo della giustizia digitale, disponga di una banca dati di 1,3 milioni di cittadini con una carta d'identità nazionale per servizi *online* come il voto elettronico e l'archiviazione digitale delle tasse<sup>16</sup>.

## 2. L'uomo-giudice e l'automa-giudice a confronto. Alcune coordinate giuridiche tra potenzialità e limiti dell'automatizzazione

Al fine di garantire il funzionamento di tali *software* si rende necessaria una solida base informativa, rappresentata in genere da un database contenente provvedimenti normativi e precedenti giurisprudenziali. Rispetto al sistema di archiviazione tradizionale<sup>17</sup>, quello informatico, grazie alle inesauribili risorse della macchina, ha il pregio di riuscire a risalire al dato giuridico in modo estremamente diretto e immediato. In genere, infatti, è sufficiente conoscere e digitare qualsiasi elemento contenuto nel documento per poterlo rinvenire nella sua interezza. Si pensi, per esempio, al Repertorio normativo in tema di "*informatica, telematica e nuove tecnologie dell'informazione*", che raccoglie e riporta integralmente, in un'unica banca dati, la normativa nazio-

---

<sup>15</sup> Sembra opportuno menzionare anche la recente sentenza formulata con l'ausilio di ChatGPT da un giudice del Juzgado Primero Laboral (Primo Tribunale del Lavoro, 31 gennaio 2023, n. 032) di Cartagena de Indias in Colombia, a seguito di un'azione di tutela presentata dalla madre di un minore con diagnosi di disturbo da spettro autistico per ottenere l'esonero dalle spese sanitarie.

<sup>16</sup> A.A. MARTINO, *Chi teme i giudici robot*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2/2020, pp. 15-25.

<sup>17</sup> Sul tema, S. SIMITIS, *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, Roma, pp. 85-86.



nale ed europea, nonché note, commenti e informazioni sul diritto dell'informatica. Inoltre, attraverso il programma *Folio Views* è possibile aggiungere e aggiornare in ogni momento e in maniera agevole l'archivio digitale<sup>18</sup>. Senza dubbio, il reperimento automatico dei dati costituisce un noto cruciale nel funzionamento di tali programmi. L'elaboratore, infatti, si dimostra in grado di processare una quantità di informazioni con una velocità e una performatività di gran lunga superiore a qualsiasi capacità umana.

Tuttavia, il margine di manovra di tali strumenti è e deve rimanere ben circoscritto. Laddove l'applicazione del diritto richiede una serie di operazioni di calcolo ricorrenti e ripetitive, risulta ovvio l'incredibile vantaggio fornito da un'elaborazione di tipo elettronico. È il caso, per esempio, del calcolo degli alimenti, dell'equo canone, della conversione dei pignoramenti, della rivalutazione monetaria, del computo delle pene sostitutive o detentive e della carcerazione preventiva.

Più in generale, l'impiego di tecnologie algoritmiche di IA trova spazio ogniqualvolta si sviluppino delle *schematizzazioni* delle procedure, mirate a semplificare il metodo di lavoro<sup>19</sup>. Come ha puntualmente argomentato autorevole dottrina, la riduzione ad uno schema essenziale e ripetitivo e la *routinizzazione* potrebbero determinare dei risvolti decisamente positivi e auspicabili, come il potenziale abbandono del lavoro manuale e l'aumento dell'efficienza dell'amministrazione<sup>20</sup>.

A ben vedere, però, si tratta di attività del tutto diverse dalla formazione automatica della sentenza. Seppure lo svolgimento dei calcoli o della procedura sia indispensabile, esso esula dall'ambito strettamente giuridico e si presenta, al più, come corollario di una decisione già adottata. Del resto, sarebbe improprio esprimersi in termini di formazione automatica della sentenza, dal momento che la decisione della macchina non appare in grado di riprodurre l'intero procedimento giuridico e intellettuale compiuto dall'interprete della legge.

---

<sup>18</sup> A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica*, cit., pp. 217-219.

<sup>19</sup> In questo senso, un esempio può essere fornito dalla disciplina vigente nel nostro ordinamento relativa al deposito degli atti processuali, disciplina che affida al sistema informatico la verifica della regolarità, anche sotto il profilo fiscale, degli atti e dei documenti depositati dalle parti. Difatti, il sistema, se ravvisa una mancanza o un'irregolarità nella firma digitale, non procede all'acquisizione e alla registrazione dell'atto. In tal modo viene compiuto un controllo automatizzato sull'ammissibilità del deposito di atti e documenti, "che si sostituisce sostanzialmente alla valutazione 'manuale', in passato operata dal giudice" e che può rendere inammissibile il ricorso.

<sup>20</sup> S. SIMITIS, *Op. cit.*, p. 95.

D'altronde, in questo senso, viene in soccorso il primo paragrafo dell'articolo 22 del *General Data Protection Regulation* (GDPR), il Regolamento UE 679/2016, intitolato "*Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*", il quale stabilisce il principio di non esclusività: "*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato*"<sup>21</sup>, *compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo significativo sulla sua persona*"<sup>22</sup>. Al secondo paragrafo dell'articolo n. 22, lettere a) e c), si richiama l'attuazione di "*misure adeguate*" per tutelare "*i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato*". Al riguardo, non vi è dubbio che l'unica condizione in grado di soddisfare il parametro dell'adeguatezza sia proprio l'intervento umano. Altrimenti detto, occorre che l'ultima parola spetti in ogni caso al giudice, dotato dell'autorità e delle competenze necessarie per esaminare e, se del caso, riformare la decisione impugnata dall'utente.

D'altra parte, è stato osservato che, nell'orientare il prudente apprezzamento del giudice attraverso analisi statistiche su elementi fattuali e giuridici, l'impiego di tali strumenti automatizzati potrebbe rivelarsi una risorsa per garantire una maggior certezza del diritto<sup>23</sup>. Ciò in virtù dell'enorme mole di informazioni che, grazie alla potenza di calcolo dell'elaboratore, l'autorità competente riuscirebbe a prendere in esame, oltretutto in assenza, almeno nelle risultanze offerte dalla macchina, di tutti gli umori, le ipocrisie, le debolezze, le speranze e i sentimenti – in sostanza, in assenza di quella buona dose di umanità – che contaminerebbero il ragionamento dell'uomo-giudice.

Che le tecnologie algoritmiche assicurino davvero un certo grado di obiettività, però, è tutto da dimostrare<sup>24</sup>. Il falso mito dell'imparzia-

---

<sup>21</sup> Sul tema cfr. E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2020, pp. 169-206; S. RENZI, *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Diritto e lavoro*, 3/2022, pp. 583-603.

<sup>22</sup> In particolare, il Considerando 71 del GDPR cita, come esempi di decisioni automatizzate potenzialmente lesive dei diritti e delle libertà degli individui, il rifiuto automatico di una domanda di credito *online* o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani.

<sup>23</sup> A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 553.

<sup>24</sup> Non può non menzionarsi la discussa sentenza del 2016 pronunciata dalla Corte Suprema del Wisconsin (*State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, 13 luglio 2016, *case*

lità della macchina si infrange miseramente di fronte alla considerazione che, in sede di progettazione degli algoritmi, avvengono una serie di scelte determinanti in tema di fonti a cui attingere, di selezione dei dati di input, nonché riguardo a questioni di politica criminale e circostanze valutabili in sede di giudizio. Tali scelte si traducono inevitabilmente nella selezione a monte delle informazioni che il sistema analizzerà o nel modo con cui esse verranno processate. In altri termini, se queste operazioni celano inesattezze o pregiudizi, più o meno espliciti, l'affidabilità dei risultati proposti dall'intelligenza artificiale risulterà, molto probabilmente, distorta e compromessa da tali *bias*<sup>25</sup>. In effetti, gli errori e i preconcetti che abitano l'intelletto umano possono facilmente trasferirsi nei meccanismi dell'elaboratore e addirittura risultare amplificati dagli automatismi dell'IA.

Un programma di valutazione del rischio potrebbe tendere, per esempio, a considerare più o meno probabile la recidiva in relazione al colore della pelle degli individui e all'ambiente sociale di riferimento, fornendo indicazioni fortemente discriminatorie e razziste. Si è osservato, infatti, che le regole in base alle quali alcuni sistemi di intelligenza artificiale operano tendono a caratterizzarsi per una certa opacità e inaccessibilità dall'esterno, tanto che alcune di questa IA sono state assimilate a delle vere e proprie *black boxes*. Ragion per cui, il giudice non potrebbe fondare la propria decisione sull'imperscrutabilità dell'algoritmo e del suo responso, che rischia di restare una sequenza di indicazioni dalla struttura e dai criteri indecifrabili. A questo proposito, la Carta etica europea formula un principio di "trasparenza", che sul piano tecnico si sostanzia nella divulgazione delle caratteristiche dell'algoritmo e dei dati utilizzati e dal punto di vista del controllo

---

n. 2015AP157-CR, disponibile *online* su: [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)) sul ricorso in appello di Eric L. Loomis, condannato a sei anni di reclusione dal Tribunale circondariale di La Crosse. Nel determinare la pena, il giudice *a quo* aveva tenuto conto dei risultati elaborati dal programma COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*), in base ai quali Loomis era da considerarsi un soggetto ad alto rischio di recidiva. La Corte, pur confermando la pronuncia di primo grado, aveva ribadito che la valutazione del rischio non può dipendere esclusivamente dalle risultanze offerte dall'algoritmo, il quale deve restare solamente uno degli elementi presi in considerazione dal giudice per fondare la propria decisione. Sul punto si rinvia alle riflessioni di S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 4/2019, pp. 1748 ss.; L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. con.*, 2/2019, pp. 362 ss.

<sup>25</sup> L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. con.*, 2/2019, in part. p. 410.

operabile, nella verifica e nella certificazione del programma da parte di autorità indipendenti <sup>26</sup>.

### 3. L'impareggiabile potenza di calcolo delle macchine come strumento al servizio dell'insostituibile attività interpretativa del giudice

Il processo decisionale è frutto di una serie di complesse attività intellettive che non possono essere pienamente espletate dalla macchina. Innanzitutto, l'interprete trae dalla realtà sensibile quegli elementi che gli sembrano significativi, o per meglio dire "giuridicamente rilevanti", e ponendoli in ordine, ricostruisce l'intero accadimento. Si pensi poi alla sussunzione, ossia quello sforzo che anima il giudice nel trovare una corrispondenza tra gli elementi di fatto, non sempre immediatamente accessibili e inequivocabili, e quelli propri della fattispecie descritta nella disposizione normativa. D'altronde, persino il fatto giuridico è la conseguenza di un articolato ragionamento. Al pari di quelli attinenti alla realtà delle cose, anche gli elementi della fattispecie legale devono essere opportunamente individuati e ordinati secondo un rapporto di causa ed effetto. Naturalmente, non si raggiunge mai una piena corrispondenza tra astratto e concreto, quanto piuttosto una sorta di "*non-identità integrata*" che li ricomprende entrambi <sup>27</sup>. Infatti, nel ricondurre la concretizzazione alla sfera delle astrazioni tanto il giudice quanto l'automa incontrano notevoli difficoltà.

Com'è ovvio, l'utilizzo delle tecnologie algoritmiche in sede decisionale impone, da una parte, una raccolta di precedenti giudiziari su cui basarsi, dall'altra, un costante arricchimento del materiale a disposizione. In tal modo è la macchina, in un primo momento, a vagliare la possibilità di una sussunzione della fattispecie concreta in quella riportata dalla normativa, a rivelare le possibili contraddizioni del sistema giuridico <sup>28</sup>, le eventuali antinomie tra le disposizioni vigenti e a delineare possibili soluzioni.

*"Risparmiatore di tempo e amplificatore di intelligenza"* <sup>29</sup>, l'ela-

<sup>26</sup> Cfr. CEPEJ, Carta etica europea, cit., principio 4.

<sup>27</sup> N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna, 1978, p. 112.

<sup>28</sup> Ci si riferisce alle dimenticanze del legislatore, che potrebbe finire per non emanare le norme necessarie per il perseguimento dei fini stabiliti in altre disposizioni normative o per contraddirsi rispetto alle sue precedenti valutazioni.

<sup>29</sup> L'espressione, ripresa da A.C. AMATO, *Informatica giuridica*, cit., p. 238, è trat-

boratore offre, attraverso il reperimento e la memorizzazione del dato, un primo, prezioso contributo ai fini della decisione del giudice.

Tuttavia, a questo punto subentra un'operazione ulteriore, che trascende da qualsiasi attività di calcolo o di analisi statistica, per quanto rapida ed efficiente possa essere l'intelligenza artificiale: si tratta dell'interpretazione. È opportuno segnalare che l'individuazione e l'orientamento interpretativo della norma applicabile al caso concreto non costituiscono due momenti distinti, ma piuttosto delle attività simultanee, che si compenetrano, veicolate dalla comprensione giuridica della situazione attuale. La ricostruzione di quest'ultima, ad opera del giudice, non dipende affatto dalla sua individualità o soggettività. Egli si pone in relazione alla società tutta, nonché ai pluralismi che la abitano, e vi si confronta costantemente per giungere ad una applicazione del diritto il più possibile convincente e ragionevole. A motivarlo, nella sua instancabile operazione intellettuale, è la ricerca di una decisione che susciti un generale consenso. Altrimenti detto, la norma, desunta dal testo, attraverso le regole dell'interpretazione, deve risultare obiettivamente giusta e armonizzarsi all'ordinamento nel suo complesso. Dunque, è qui che si colloca l'attività creativa e insostituibile del giudice: egli, nel decidere, prende parte alla produzione del diritto<sup>30</sup>.

Dopotutto, l'interprete può scegliere di tenere conto dell'analisi elaborata dall'algorithm, di integrarla, accoglierla, o al contrario discostarsene, ma la decisione<sup>31</sup> non può mai risolversi in una meccanica e acritica applicazione del diritto, semplicemente perché quest'ultimo non è una scienza esatta e il ruolo del giudice non è quello di logico e freddo applicatore della legge. Lo conferma la natura stessa delle disposizioni normative, che non si limitano ad essere formulazioni linguistiche asettiche e dal significato univoco e immutabile<sup>32</sup>. Volutamente, attraverso clausole generali o discrezionali, il dettato normativo lascia degli spiragli, degli opportuni spazi di manovra per il giudice chiamato a pronunciarsi. Attorno al testo si sviluppano nel tempo concetti giuridici e prassi rispetto ai quali egli ha un ruolo attivo e propositivo, al fine di orientare e costruire la propria attività interpretativa.

---

ta da W.R. ASHBY, *Design for an intelligence-amplifier*, in *Automata studies*, 1956, pp. 215 ss.

<sup>30</sup> J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Napoli, 1983, p. 135.

<sup>31</sup> G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *federalismi.it*, 16/2020, pp. 285 ss.

<sup>32</sup> Sul punto si veda A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, in ID., *Il sistema kelseniano e altri saggi*, Roma, 1987, pp. 286 ss., ma anche N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 97.

Di contro, è stato osservato che una volta introdotto un meccanismo automatico all'interno di un processo decisionale umano, l'automatismo finisce per attrarre a sé e assorbire la decisione stessa<sup>33</sup>. Più chiaramente, il giudice potrebbe essere tentato di adeguarsi in modo passivo e acritico al risultato proposto dal *software*, adducendo delle ragioni solo apparenti. Allora, assume un peso decisivo la motivazione con cui egli giustifica il proprio pronunciamento e l'eventuale influenza dei risultati predisposti dal sistema algoritmico nell'ambito del ragionamento giuridico compiuto.

Dunque, sembra improprio e non privo di un certo sensazionalismo l'uso dell'espressione "giudice robot", se si considera, come argomentato in precedenza, che l'unico primato che le tecnologie di giustizia predittiva conservano riguarda quella serie di operazioni ripetitive, schematiche o di calcolo che trovano luogo nel procedimento giudiziario. Certo è che l'impiego di tali strumenti, se ponderato, può fornire un valido e significativo ausilio all'applicazione della legge, favorendo maggiore certezza del diritto e uniformità degli orientamenti giurisprudenziali.

---

<sup>33</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, p. 81.

SEZIONE TERZA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO  
AMMINISTRATIVO, CONTABILE E TRIBUTARIO





# LA (PRESUNTA) INDIPENDENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: TRA PROBLEMI IRRISOLTI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

LAURA ANCORA

SOMMARIO: 1. L'indipendenza del giudice quale principio fondamentale. – 2. Gli incarichi extra-giudiziari. – 3. L'attività di consulenza giuridico-amministrativa. – 4. La nomina governativa di una quota dei Consiglieri di Stato. – 5. Considerazioni conclusive.

**Abstract:** Under the rule of law, the independence and impartiality of the judges represent the minimum and infeasible guarantees to ensure justice for citizens, as well as the necessary feeling of trust of the community in the judiciary system. However, in Literature there is doubt cast about how effective the independence of the administrative judges in Italy is. Therefore, this work will analyze the current regulation in order to verify if the mentioned wherein are actually achieved. Furthermore, the possible remedies for the identified inconsistencies will be examined in a reformist perspective.

## 1. L'indipendenza del giudice quale principio fondamentale

Come noto, la tutela giurisdizionale, diritto fondamentale in ogni Stato di diritto come è quello italiano, trova espresso riconoscimento negli artt. 24 Cost., 47 della Carta di Nizza, 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, tale tutela, tendendo al “*mantenimento e [al]l'attuazione dell'ordinamento giuridico*”<sup>1</sup>, è soggetta alle garanzie del giusto processo, per cui ogni giudizio deve svol-

---

<sup>1</sup> S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 306.

gersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale (art. 111 Cost.). Ora, questi ultimi caratteri propri del giudice assicurano serenità e correttezza nella formazione della decisione giudiziale: invero, la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante comportano – rispettivamente – un'assoluta equidistanza dalle parti e dall'oggetto del giudizio.

A ben vedere, però, la garanzia di indipendenza del giudice non viene assicurata soltanto sotto un profilo funzionale, ossia nel momento dell'esercizio delle sue funzioni, ma altresì sotto un profilo strutturale: in questo senso depone, da una parte, l'art. 101, co. 2, Cost. che, stabilendo che il giudice è soggetto solo alla legge, garantisce la c.d. indipendenza interna, evitando così qualsiasi forma di interferenza fra i giudici; dall'altra, l'art. 104, co. 1, Cost. che, sancendo che *“la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere”*, assicura la c.d. indipendenza esterna, precludendo in tal modo qualsiasi forma di dipendenza della magistratura dal potere esecutivo. A tal fine, la Carta fondamentale prevede complessi strumenti tesi specificatamente a realizzare i principi di autonomia e indipendenza, quali il Consiglio superiore della magistratura (art. 105 Cost.), organo di autogoverno che si occupa – secondo le norme dell'ordinamento giudiziario – delle assunzioni, delle assegnazioni, dei trasferimenti, delle promozioni e dei provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati, l'inaffidabilità dei magistrati (art. 107, co. 1, Cost.) nonché la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario (art. 108, co. 1, Cost.).

Ebbene, secondo l'indirizzo dottrinale maggioritario, le garanzie poc'anzi rammentate, benché espressamente riferite alla sola magistratura ordinaria, valgono anche per le giurisdizioni speciali e, dunque, anche per il giudice amministrativo<sup>2</sup>, atteso che l'anzidetto *“insieme dei principi (o delle garanzie) costituiscono il margine minimo perché un processo possa qualificarsi come «giusto» e possa quindi ritenersi costituzionalmente legittimo”*<sup>3</sup>. Tuttavia, si è posto in rilievo che, mentre per la magistratura ordinaria il Costituente ha predisposto un “mo-

---

<sup>2</sup> A tal proposito, occorre evidenziare che le garanzie costituzionali sono ribadite – *expressis verbis* – per il giudice amministrativo agli artt. 1, 2 e 3 c. proc. amm.

<sup>3</sup> F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 162; nello stesso senso, V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, p. 107; R. BIN - C. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, pp. 315 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale italiano*, Torino, 1997, p. 40, per il quale la Costituzione *“riconosce e prevede una serie di giurisdizioni distinte tra loro per struttura, poteri e competenze, ma ammette un solo tipo di magistrato”*.

dello forte”, imponendo direttamente le molteplici garanzie di indipendenza di cui si è detto, per le altre giurisdizioni, invece, ha previsto una “indipendenza sufficiente”, basata fundamentalmente sulla riserva di legge (artt. 100, co. 3, e 108, co. 2, Cost.)<sup>4</sup>. Pertanto, per ciascuno dei giudici speciali sono state adottate apposite leggi tese a regolarne l’organizzazione interna, i meccanismi di reclutamento e di carriera, nonché a istituire e regolare l’organo di autogoverno attraverso il quale garantirne l’indipendenza<sup>5</sup>.

Ad ogni modo, in letteratura c’è chi avanza consistenti perplessità sull’indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo sul crinale strutturale, ritenendo che questi caratteri non siano assolutamente completi per il g.a. Segnatamente, tale *vulnus* è ravvisato: a) nella funzione insieme consultiva e giurisdizionale dell’Alto Consesso amministrativo (art. 100, co. 1, Cost.); b) nella nomina governativa di un quarto dei Consiglieri di Stato; c) negli incarichi extra-giudiziari ad essi sovente affidati. Alla luce di queste discrasie, vi sono quindi Autori che sostengono con forza la necessità di “una cura ricostituente di costituzionalismo”<sup>6</sup>, volta a colmare tali difetti di sistema<sup>7</sup>.

Ebbene, a questo punto della trattazione, è d’uopo allora indagare la fondatezza di siffatte ricostruzioni, per verificare se abbiano un’effettiva consistenza o se, al contrario, siano frutto di un pregiudizio che si fa derivare, come è stato acutamente osservato, da una sorta di “peccato originale” del giudice amministrativo, sorto nella sfera dell’amministrazione e non in quella della giurisdizione<sup>8</sup>.

---

Per una ricostruzione generale del tema, si v. A. SANDULLI - G. PIPERATA (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza ed imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012.

<sup>4</sup> In questo senso, *ex multis*, G. VERDE, *L’unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2003, pp. 343 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, p. 119.

<sup>5</sup> Per quello che rileva in questa sede, si rammenta che l’istituzione del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa si è avuta con l. 7 febbraio 1982, n. 186.

<sup>6</sup> S. BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in *GiustAmm.it*, 2017, p. 8. Nello stesso senso, *ex multis*, S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. CERRONE - M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2008, pp. 162 ss..

<sup>7</sup> Per una recente ricostruzione del dibattito, si veda L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa. Il giudice speciale - La giurisdizione - Il processo amministrativo: i principi e le condizioni dell’azione*, Torino, 2023, pp. 66 ss.

<sup>8</sup> Così A. POLICE, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 136.

## 2. Gli incarichi extra-giudiziari

Lo svolgimento da parte del giudice amministrativo di incarichi extra-giudiziari, che per la loro rilevanza vengono additati da taluno quale “terza funzione” del Consiglio di Stato insieme a quella giurisdizionale e consultiva<sup>9</sup>, costituisce un’attività giustappunto frequente e di antica previsione<sup>10</sup>.

Come si è avuto modo di anticipare in precedenza, secondo un consistente orientamento dottrinale<sup>11</sup>, l’affidamento da parte dell’Esecutivo di incarichi extra-istituzionali al g.a. mina l’indipendenza di quest’ultimo: invero, si profila il rischio di una forte connessione tra magistrato e titolare di potere politico, atteso che la designazione governativa potrebbe rappresentare una sorta di “premio politico” alla vicinanza ideologica con il Governo di determinati Consiglieri rispetto ad altri. Inoltre, si nota come non si possa ritenere che tale legame si attenui grazie alle garanzie proprie dello *status* di magistrato che, se da una parte assicurano l’inamovibilità dello stesso, dall’altra non permettono però di ottenere gli incarichi *de quibus*, “*per i quali occorre [comunque] mantenere e rinsaldare il rapporto di fiducia con coloro che esercitano il potere politico e amministrativo*”<sup>12</sup>. Altrettanto insufficienti si considerano, poi, le disposizioni dettate a tal riguardo dalla c.d. legge Severino<sup>13</sup> che, pur imponendo – fra l’altro – il collocamento fuori ruolo obbligatorio in alcuni specifici casi, nonché il limite massimo decennale al periodo di tale collocamento, non attendono al *punctum dolens*, ossia alla nomina da parte dell’Esecutivo, rimanendo così

---

<sup>9</sup> In questi termini, G.P. STORCHI, *Materiali per un’analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato: gli incarichi esterni dei magistrati amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 549.

<sup>10</sup> Si rammenta, infatti, che il T.U. delle leggi del Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054) già prevedeva, all’art. 6, la possibilità per i Consiglieri del Consiglio di Stato di svolgere incarichi extra-giudiziari. Attualmente la materia è regolata dal d.P.R. 6 ottobre 1993, n. 418, e dall’art. 13, co. 2, n. 3, l. 27 aprile 1982, n. 186.

<sup>11</sup> In questo senso, *ex pluribus*, A. PROTO PISANI - R. ROMBOLI - G. SCARSELLI, *Ancora sull’indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 3/2001, pp. 556 ss.; M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in G. PIPERATA - A.M. SANDULLI (a cura di), *Le esigenze delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, pp. 99 ss.; V. SCIALOJA, *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/1909, p. 15.

<sup>12</sup> E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2016, p. 1249.

<sup>13</sup> Cfr. art. 1, commi 66 ss., l. 6 novembre 2012, n. 190.

pregiudicata l'indipendenza del giudice sia dal punto di vista istituzionale sia da quello dell'immagine.

Peraltro, con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare che la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo statuisce che l'ex art. 6 CEDU impone agli Stati aderenti non soltanto di prevedere astrattamente le garanzie di indipendenza ed imparzialità degli organi giudicanti, ma anche l'obbligo di garantire il rispetto del c.d. principio di "apparenza di indipendenza", in forza del quale alle parti in contesa, nel corso dell'intero processo, devono altresì apparire effettivamente rispettate quelle condizioni<sup>14</sup>. Così, a titolo esemplificativo, i giudici di Strasburgo, nel caso *Sacilor Lormines v. Francia*<sup>15</sup>, hanno condannato la Francia per violazione dell'ex art. 6 CEDU, poiché hanno ritenuto che la presenza nel collegio giudicante del *Conseil d'Etat* di un Consigliere che era in trattativa con il Governo per la nomina di segretario generale del Ministero dell'Economia – parte in causa nel caso di specie – era lesiva del principio di apparenza di indipendenza, in quanto erano legittimi i dubbi destati dal ricorrente sull'indipendenza in concreto dell'autorità giudiziaria.

Al contempo, però, non si può fare a meno di notare che lo svolgimento da parte di alcuni magistrati amministrativi di incarichi extra-giudiziari implica un duplice vantaggio: sia per le Amministrazioni, che si avvalgono dell'esperienza e delle competenze proprie dei magistrati amministrativi<sup>16</sup>; sia per gli stessi magistrati, in quanto si tratta di esperienze estremamente proficue per i successivi giudizi, essendo innegabile che tali attività permettano al magistrato di conoscere dall'interno la P.A.<sup>17</sup>.

A ben guardare, allora, ciò che potrebbe minare effettivamente l'imparzialità del giudice non è lo svolgimento dell'attività in sé, ma

---

<sup>14</sup> In questo senso, *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 25 febbraio 1997, ricorso n. 22107/93, *Findlay v. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 25 febbraio 1988, ricorso n. 9186/80, *De Cubber v. Belgio*; C. eur. dir. uomo, 17 gennaio 1970, ricorso n. 2689/65, *Delcourt v. Belgio*. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul tema, si veda S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007.

<sup>15</sup> C. eur. dir. uomo, 9 novembre 2006, ricorso n. 65411/01, *Sacilor Lormines v. Francia*.

<sup>16</sup> A tal proposito, G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia di Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 17, seppure sarcasticamente, parla di "vivaio di alti funzionari".

<sup>17</sup> Così anche A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato e le istituzioni*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, p. 631.

è la circostanza per cui è l'Esecutivo stesso a designare i Consiglieri da destinare fuori ruolo. Pertanto, in una prospettiva riformista, si potrebbe immaginare che il Governo si limiti a richiedere al Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa l'individuazione di uno o più Consiglieri da destinare all'espletamento di una determinata attività e che sia poi l'organo di autogoverno che, considerata l'esperienza pregressa di ciascun magistrato, effettui tale scelta<sup>18</sup>.

### 3. L'attività di consulenza giuridico-amministrativa

Come noto, i Costituenti, recependo l'impostazione tradizionale nostrana (peraltro comune anche ad altre esperienze europee)<sup>19</sup>, hanno configurato il Consiglio di Stato non solo quale organo di tutela della giustizia nell'amministrazione, ma altresì quale organo di consulenza giuridico-amministrativa (*ex art. 100, co. 1, Cost.*)<sup>20</sup>. Tale attività viene svolta sia con riguardo agli atti di normazione (e quindi in via generale e astratta), sia con riferimento a puntuali e concrete vicende amministrative<sup>21</sup>.

Tuttavia, quest'ultimo aspetto, contrariamente a quanto ritenuto da non recente dottrina<sup>22</sup>, evidenzia indubbiamente criticità sotto il profilo dell'indipendenza del giudice amministrativo. Invero, non ci si può

---

<sup>18</sup> Nei medesimi termini, E. FOLLIERI, *Op. cit.*, p. 1264; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, p. 916.

<sup>19</sup> La compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali nel supremo organo di giustizia amministrativa è un carattere proprio non solo dell'esperienza italiana, ma altresì di quella francese, greca, olandese, lussemburghese e belga.

<sup>20</sup> Occorre rammentare che anche il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana esercita funzioni e consultive e giurisdizionali (art. 1, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373).

<sup>21</sup> Per completezza, si evidenzia che la materia è stata riordinata dalla l. 15 maggio 1997, n. 127 che individua i casi di consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato (art. 17). In ogni caso, ulteriori casi sono generalmente prescritti, a seconda della necessità, da leggi speciali.

<sup>22</sup> In questo senso L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultive*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, pp. 972 ss., per il quale "l'attività giudiziaria e la consultiva non possono trovarsi in tale antitesi fra loro da non potersi cumulare entrambe in un medesimo ente. Tantoché se guarentigie di indipendenza merita il giudice chiamato a pronunciare imparziali decisioni, guarentigie analoghe reclama eziandio il consulente, che deve emettere dei pareri egualmente obiettivi". Peraltro, l'A. osserva che la funzione giurisdizionale e quella amministrativa di consulente si sussidiano in modo reciproco, in quanto si predispongono meglio i provvedimenti amministrativi

esimere dall'osservare che, in tal guisa, non è certo remota l'eventualità che la stessa persona fisica assuma una duplice veste (*i.e.* prima quella di consigliere e poi quella di giudice) in relazione ad una stessa questione, generando così un comprensibile senso di sfiducia del cittadino nei confronti del Collegio<sup>23</sup>.

Tali criticità, a ben vedere, sono state rilevate in più occasioni anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per la quale, però, la compresenza di funzioni giurisdizionali e consultive nel medesimo organo non viola in sé l'*ex art.* 6 CEDU: l'obbligo che grava sugli Stati aderenti è soltanto quello di garantire strumenti processuali idonei ad assicurare – nel caso di specie – l'indipendenza dell'autorità giudiziaria, evitando che la stessa persona fisica sia prima consulente e poi giudice del medesimo affare<sup>24</sup>.

Ebbene, in letteratura si è individuato nell'astensione obbligatoria (e, in difetto, nella ricusazione) il rimedio idoneo a prevenire una tale possibilità: in questo senso, deporrebbe l'art. 51, n. 4, c.p.c., espressamente richiamato dall'art. 17 c. proc. amm., che impone al giudice di astenersi nei casi in cui egli "*ha dato consiglio [...] nella causa [...]*"<sup>25</sup>.

Ad ogni modo, non sembra possibile ritenere tale disposizione sufficientemente garantista, poiché potrebbe non essere osservata nella prassi, e comunque l'istanza di ricusazione – in caso di mancata astensione – è affidata alla decisione del Collegio cui appartiene il magistrato ricusato. Pertanto, si ritiene necessaria la previsione di un divieto generale e assoluto<sup>26</sup>, da raggiungere attraverso l'abrogazione della regola dell'avvicendamento dei Consiglieri tra sezioni consultive e sezioni giurisdizionali di cui all'art. 2, l. n. 186/1982<sup>27</sup>. Solo in questa manie-

---

se si ha l'esperienza delle contestazioni che possono derivarne. Dello stesso avviso, G. ROEHRSEN, *I 150 anni del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 2/1981, p. 2234.

<sup>23</sup> In questo senso, *ex multis*, G. MELIS, *Op. cit.*, p. 19; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca di uno Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 29.

<sup>24</sup> Così, C. eur. dir. uomo, 6 maggio 2003, ricorsi nn. 39651/98, 39343/98, 46664/99, *Kleyn e altri v. Paesi bassi*; C. eur. dir. uomo, 8 febbraio 2000, ricorso n. 28488/95, *McGonnell v. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 28 settembre 1995, ricorso n. 14570/89, *Procola v. Lussemburgo*.

<sup>25</sup> Così, *ex pluribus*, E. FOLLIERI, *Op. cit.*, p. 1243; M. RAMAJOLI, *Op. cit.*, p. 120.

<sup>26</sup> Un divieto del medesimo tenore era prescritto in via generale dall'art. 43 T.U. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054), il quale prevedeva espressamente che "*non possono prendere parte alle decisioni [in sede giurisdizionale] i consiglieri che avessero concorso a dar parere, nella sezione consultiva, sull'affare che forma oggetto del ricorso*". Tuttavia, nel Codice del processo amministrativo non è stato previsto un analogo divieto.

<sup>27</sup> In questo senso anche L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Questione giustizia*, 1/2021, p. 62.

ra, infatti, si escluderebbe – radicalmente – l’eventualità di un giudice potenzialmente non terzo nel Collegio.

#### 4. La nomina governativa di una quota dei Consiglieri di Stato

Ulteriore ed ultimo aspetto che mina l’indipendenza del giudice amministrativo è rappresentato dalla nomina governativa di una quota di Consiglieri di Stato: segnatamente, l’art. 19, l. n. 186/1982 riconosce all’Esecutivo il potere di nominare un quarto dei membri del Consiglio di Stato (a fronte di un altro quarto che accede per concorso diretto a consigliere e alla metà che accede, invece, per anzianità senza demerito dai TAR), i quali vengono scelti tra soggetti in possesso di determinati requisiti<sup>28</sup> e previo parere del Consiglio di Presidenza “*contenente valutazioni di piena idoneità all’esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell’attività e degli studi giuridici-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere*”<sup>29</sup>.

Tuttavia, tale previsione è stata dichiarata costituzionalmente legittima dalla Consulta, la quale ha posto in rilievo che si tratta di una “*disciplina legislativa che, pur confermando al Governo un ampio potere discrezionale, garantisce in materia, il rispetto dell’esigenza di idoneità del giudice, nonché quella dell’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo*”. Invero, “*gli eventuali rapporti tra il prescelto e la pubblica Amministrazione che abbiano preceduto la nomina o che, intervenuta questa, potrebbero in ipotesi suscitare vincoli di sorta, si dissolvono nelle persone*

---

<sup>28</sup> Più dettagliatamente, l’art. 19, l. n. 182/1986, impone che la scelta governativa ricada su “*professori universitari ordinari di materie giuridiche o [...] avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o [...] dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche nonché [...] magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d’appello o equiparata*”.

<sup>29</sup> Peraltro, giova evidenziare che la nomina politica interessa anche una quota dei componenti del Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto Adige che viene designata dal Consiglio provinciale di Trento (art. 1, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426), nonché una quota dei membri del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana che viene designata su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, previa deliberazione del Consiglio dei ministri cui partecipa altresì il Presidente della Regione siciliana (art. 6, d. lgs. n. 373/2003). Sul punto si rimanda a F.G. SCOCA, *Specialità e anomalie del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2007, pp. 1 ss.



*che siano idonee a ricoprire l'ufficio e all'atto in cui esse acquistano uno status*"<sup>30</sup>.

Dunque, secondo la Corte costituzionale (e parte della dottrina<sup>31</sup>), tanto la circostanza per cui la scelta governativa, preceduta dal parere del Consiglio di Presidenza, deve ricadere su soggetti dotati di specifiche competenze, quanto la successiva e completa acquisizione da parte degli stessi dello *status* di magistrato (con le connesse guarentigie) sono elementi idonei ad escludere qualsiasi *vulnus* all'indipendenza del supremo Consesso amministrativo.

Le argomentazioni ora riportate, però, destano perplessità, essendo fuor di dubbio che il pregiudizio all'indipendenza del magistrato si verifica già a monte, ossia nello stesso momento genetico. Difatti, è stato giustamente osservato che il potere esecutivo è solito nominare un Consigliere sì preparato, ma pur sempre in potenziale sintonia con gli orientamenti politici del momento. Di conseguenza, tale momento "è indubbiamente retto, nella sostanza, dalla volontà del Governo di avere un punto di riferimento in un organo che, in sede giurisdizionale, verifica la legittimità dei suoi atti e, in sede consultiva, gli rende pareri"<sup>32</sup>. Si può quindi sostenere che la ricostruzione avversa ha certamente sottovalutato il rischio di una politicizzazione e lottizzazione delle nomine, ritenendo soddisfacenti gli (insufficienti) requisiti sostanziali e regole procedurali imposte dalla legge<sup>33</sup>.

Pertanto, in forza di queste considerazioni, si auspica che il Legislatore estenda la regola del pubblico concorso o la possibilità di accedere per i Consiglieri dei TAR anche per questi posti da Consigliere, ovvero (quantomeno) destini i magistrati così nominati esclusivamente

<sup>30</sup> C. cost., 6 dicembre 1973, n. 177.

<sup>31</sup> Aderiscono alla ricostruzione della Corte costituzionale, fra gli altri, G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., pp. 44 ss.; S. TARULLO, voce *Giusto processo (Dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. II, Milano, 2008, pp. 396 ss.

<sup>32</sup> In questi termini, E. FOLLIERI, *Op. cit.*, p. 1247. Così pure V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2001, pp. 859 ss.; C. MORTATI, *La nomina dei consiglieri di stato secondo la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2627 ss.; L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/1994, p. 1095.

<sup>33</sup> Così M. RENNA, *Giusto processo e effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 518 ss.

alle sezioni consultive del Consiglio di Stato, previa abrogazione – come si è detto – della regola dell'avvicendamento dei magistrati tra sezioni consultive e sezioni giurisdizionali<sup>34</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Alla luce dei rilievi svolti, è possibile condividere l'osservazione di chi, con specifico riguardo alle aporie ora poste in evidenza, ha acutamente affermato che “*la storia ci [ha] consegna[to] un organo che appare irto di ambivalenze*”<sup>35</sup>.

Difatti, sebbene sia innegabile – come affermato dalla Corte Costituzionale<sup>36</sup> – che nell'ambito dell'unitarietà della giurisdizione devono trovare collocazione gli specifici e differenti ordinamenti delle magistrature e che, dunque, l'ordinamento giuridico non può contemplare una piena uniformità di disciplina, in relazione sia alla attribuzione delle funzioni, sia all'assetto strutturale degli uffici, nondimeno per tutti i magistrati devono essere assicurate le medesime garanzie di indipendenza che, però, ad oggi non possono di certo ritenersi soddisfatte per il giudice amministrativo.

Orbene, a fronte di tali riflessioni, un primo indirizzo dottrinale<sup>37</sup> asserisce la necessità di una *reductio ad unum* della giurisdizione, con conseguente integrale soppressione del giudice amministrativo o, quantomeno, la sua trasformazione in una sezione specializzata del giudice ordinario. In particolare, tale ricostruzione non solo critica

---

<sup>34</sup> Accolgono favorevolmente quest'ultima proposta, *ex multis*, G. MONTEDORO - E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 1/2021, p. 16, i quali, sottolineando giustappunto l'opportunità di destinare i Consiglieri di nomina governativa alle sezioni consultive, prospettano che l'eventuale passaggio alle sezioni giurisdizionali dovrebbe avvenire – semmai – solo a seguito di un giudizio positivo del Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa che ne accerti, dopo il periodo di servizio presso la sezione consultiva, l'idoneità allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali.

<sup>35</sup> S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra*, in ID. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., p. 58.

<sup>36</sup> C. cost., 21 ottobre 2011, n. 273.

<sup>37</sup> In questo senso, E. BALBONI, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 3/2011, p. 648; A. PROTO PISANI, *La giustizia amministrativa fra storia ed evoluzione anche recente. Dal giudice speciale alle sezioni specializzate?*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, Torino, 2020, pp. 154 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 371.

aspramente le distonie poc'anzi rammentate, ma pone altresì in evidenza che, in ogni caso, il dualismo giurisdizionale risulta eccessivamente complesso nelle sue applicazioni pratiche nonché troppo dispendioso per l'efficienza generale. Peraltro, si è rilevato che la specialità della giurisdizione amministrativa non ha più ragion d'essere, in quanto il g.a. non solo si occupa ampiamente di diritti soggettivi, ma è altresì dotato ormai di poteri decisori analoghi a quelli tradizionalmente riconosciuti al g.o.

Tuttavia, a tale orientamento dottrinale se ne contrappone un altro che, pur conscio della necessità di correggere le incoerenze ravvisate, afferma che il g.a. è “*ancora oggi e soprattutto oggi, una grande risorsa, che, in quanto tale, merita senz'altro di essere valorizzata*”<sup>38</sup>. Ebbene, si ritiene assolutamente condivisibile tale assunto, non potendosi non osservare che tra la proposta di una soppressione del g.a., da intendersi quale causa di riduzione della tutela del cittadino, e l'attuale sistema in cui egli si muove, vi siano una molteplicità di soluzioni, meno radicali, ma pur sempre soddisfacenti. Tale ricostruzione non si attegga quale mero omaggio alla tradizione, ma si fonda sulla convinzione che la soppressione del g.a. comporterebbe un'inevitabile ed inopportuna perdita di quella compagine di competenze acquisite e forgiate nel corso di quasi due secoli di attività.

In conclusione, si auspica un appropriato intervento normativo – magari anche grazie alle proposte formulate in letteratura – teso ad assicurare (finalmente) una piena indipendenza del g.a., ferma restando, si ribadisce, l'inopportunità della soppressione del g.a., che probabilmente porterebbe ad un risultato opposto a quello qui auspicato.

---

<sup>38</sup> M.A. SANDULLI, *La “risorsa” del giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, 1/2021, p. 38. Dello stesso avviso, *ex pluribus*, C.E. GALLO, *Attualità del giudice amministrativo*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 15 giugno 2021; G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *Questione giustizia*, 1/2021, p. 159; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “Cavalieri dell'apocalisse”?*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2017, p. 106; Id., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2018, p. 325; M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019.



IL MODELLO PROBLEMatico DEL CONSIGLIO  
DI PRESIDENZA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA  
E LA DISCUSSA AUTONOMIA  
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

MATTEO DE BIASE

SOMMARIO: 1. Il quadro costituzionale di riferimento. – 1.1 Cenni sul CSM: struttura e funzionamento. – 2. La forma di autogoverno del CPGA: profili critici. – 3. Riflessioni conclusive.

**Abstract:** The purpose of the paper is to give an analysis of the issues that characterize the Italian Administrative Justice System, focusing on the Council of the Presidency of Administrative Justice (CPGA), as a self-governing body of the Special Judiciary of first and second instance. The intent is to present a comparison between the CPGA and the canonical Superior Council of Magistrates (CSM), whose constituent elements are the result of an explicit constitutional reference (ex article 104 of the Constitution) and not of mere reference to ordinary legislation. The heart of the question arising from these premises is, then, of understanding whether and in what terms the model of the CPGA can be recognized as capable of undermining the Special Judge's impartiality and independence, and this can only be ascertained through the analysis of the different structure of these organs, the different institutional norms and constitutional derivation, as well as the existing modes of operation. In this sense, the Constituent's aim to establish a functionally unitary and unique structurally distinct Jurisdiction remains a fundamental principle. Thus, the *status*, guarantees and the responsibilities of magistrates are central. In conclusion, from a critical perspective, *a latere* the evaluation of the current system and the relationships between the Institutions, the organs of self-government and the judges themselves will take on importance: this will close the circle around the centrality of the Constitutional Charter.

## 1. Il quadro costituzionale di riferimento

La Magistratura è costituita da tutto quell'insieme di organi facenti capo a sistemi di giustizia civile, penale ed amministrativa che, nel complesso, costituiscono l'ordine giudiziario costituzionalmente tutelato<sup>1</sup>.

In ognuno di questi casi, invero, a dispetto della diversità di attribuzioni cognitive e decisorie, sussiste un canone di riferimento che è da tempo entrato a far parte dell'ideale dello Stato non-autoritario e che è rappresentato dalla separazione dei poteri giudicanti e legislativi: la libertà degli individui, infatti, va garantita mediante l'istituzione di soggetti con sfere di influenza autonome ed indipendenti. Esigenza, questa, antica e accresciutasi con l'emergere di una cultura democratica di maggior rilievo<sup>2</sup>.

Il profilo evidenziato è tangibile nel dettato costituzionale se si considera che il Costituente definisce un quadro di riferimento in cui si intende tutelare l'individuo e contemporaneamente il sistema giudiziario in cui egli può trovare conforto: sussiste, da tale punto di vista, un legame tra le disposizioni di cui agli articoli 24, 25, comma 2, e 27 e l'insieme delle norme che fanno parte della seconda parte della Carta ai sensi degli articoli 101, 104 e 111. Tutte norme che ruotano attorno alla idea di una legittimazione democratica dell'attività giudiziaria che si ritrova nella effettiva divisione dei poteri e nei suoi corollari che vogliono una magistratura indipendente, imparziale, terza, immune dal potere politico e, non da ultimo, capace di autogovernarsi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pur senza voler entrare nel merito della questione, peraltro, è bene ricordare che le forme di tutela specifica che possono essere offerte si sostanziano in tipologie di giustizia ulteriori a quelle citate e che valorizzano, a titolo meramente esemplificativo, esigenze di tipo tributario o vertenti in materia di acque pubbliche, in coerenza con la VI disposizione transitoria della Costituzione: "Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari".

<sup>2</sup> Sul tema della separazione dei poteri, anche in senso storico, ci si focalizzi su A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, in *Pubblicazioni del Seminario Giuridico della Università di Bologna*, Milano, 1999, pp. 1 ss.; P. BORGNA - M. CASSANO, *Il giudice e il Principe Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997, pp. 53 ss.; E. BRUNO LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari, 2018, pp. 7 ss.; F. GUSTAVO PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, pp. 19-44; M. ALMERIGHI - A. MANNA, *I poteri dello Stato e la Costituzione*, Roma, 2011, pp. 11 ss.

<sup>3</sup> In tal senso si v. L. LONGHI, *Il ruolo del giudice dalla legittimazione democra-*

Un passo in avanti che appare opportuno evidenziare è, poi, quello recentemente ribadito dalla Corte costituzionale, seppure mai realmente messo in dubbio nella portata cui in questa sede si fa riferimento, in merito alla validità estesa delle guarentigie citate per ogni tipo di sistema giurisdizionale, ivi comprese quelli speciali, tenendo in considerazione che sussiste un principio di unità funzionale, non anche strutturale, della giurisdizione<sup>4</sup>.

La realizzazione di questo percorso di autonomia e indipendenza citato della magistratura (rafforzato in ottica multilivello<sup>5</sup>), non può dirsi privo di legami con le capacità di organizzazione interna, di regolamentazione strutturale, e di previsione disciplinare verso gli stessi giudici che un microsistema deve poter esercitare senza condizionamenti esterni. È tale tipo di carattere che diviene centro della trattazione e che, con dovuta attenzione, è posto in posizione focale anche nel complesso dei rapporti costituzionali perché è l'anello che consente contemporaneamente di rompere il potere diretto dell'Ese-

---

*tica della giurisdizione alla democrazia giurisdizionale*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019 pp. 24 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, pp. 82 ss.; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, (recensione a F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 511; F. DEL GIUDICE (a cura di), *Costituzione esplicita articolo per articolo*, Napoli, 2016, pp. 275-282.

<sup>4</sup> Cfr. C. cost., 24 gennaio 2018, n. 6: “*si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale*”, e ancora: “*attese le opposte conclusioni - già evidenziate - cui è giunta questa Corte circa la non coincidenza fra unità funzionale e unità organica*”. Si veda anche F. DEODATO, *Nota a Corte costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di Cassazione - Sezioni Unite civili sentenza 29 dicembre 2017 n. 31226*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it). Per una critica ontologica al sistema della specialità del G.A., si v. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, Roma, 3/2015, pp. 106-117.

<sup>5</sup> Sulla portata della *judicial independence* nella storia del costituzionalismo europeo si v. A. FUSCO, *I “terzi poteri” dell'Unione vigilano sull'indipendenza del giudice, principio cardine del costituzionalismo europeo Alcune considerazioni sulle vicende del giudice polacco (a margine di CGUE, Grande Sezione, sentt. 24 giugno 2019, 19 novembre 2019 e 26 marzo 2020)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 650-668; J. LUTHER, *Judicial Independence and Accountability in the Council of Europe and the European Court of Human Rights*, in E. HIRSCH BALLIN - G. VAN DER SCHIFF - M. STREMLER (a cura di), *European Yearbook of Constitutional Law 2019: Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Berlin-Heidelberg, 2020, pp. 199 ss. Per una approfondita analisi del percorso di integrazione europeo si segnala, tra gli altri, S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, pp. 18-42.

cutivo sull'ordine giudiziario e di assicurare al Popolo una amministrazione della giustizia realmente libera e priva di ogni condizionamento politico.

Tuttavia, i richiami della Legge Fondamentale dello Stato non si estendono alla totalità delle giurisdizioni, poiché manca un riferimento espresso all'organo apicale della giustizia amministrativa, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa (CPGA) e da tale affermazione derivano i risvolti problematici che si analizzeranno a valle<sup>6</sup>.

### 1.1. *Cenni sul CSM: struttura e funzionamento*

L'ordinamento giuridico costituzionale che ci si è preoccupati di descrivere non può prescindere, al fine di perimetrare l'ordine della questione, dal sistema della giustizia ordinaria che, come noto, trova quale organismo che assicura il governo interno il Consiglio superiore della magistratura (CSM), sul cui (mal)funzionamento recente si è a lungo discusso avanzando proposte di riforma<sup>7</sup>. Organo, questo, a rilevanza costituzionale e di garanzia, non solo soggetto amministrativo con ciò dimostrando una tendenziale resilienza a subire controlli, azioni compressive e direttive dall'esterno.

La Costituzione, ai sensi del secondo comma dell'art. 104, prevede che il CSM si componga di tre membri di diritto che sono individuati nel Presidente della Repubblica, che presiede formalmente l'organo, nel Primo presidente e nel Procuratore generale presso la Corte di cassazione. La peculiare presidenza affidata al Capo dello Stato è coerente col disegno costituzionale, poiché non si rende il CSM un "corpo" estraneo al circuito democratico e perché si evita di assoggettarlo al

---

<sup>6</sup> Il CPGA è stato introdotto dalla l. 27 aprile 1982, n. 186, in seguito modificata dalla l. 21 luglio 2000, n. 205. Come esso, invero, anche altri organi di autogoverno sono stati previsti *ex post* dal legislatore, tra cui: il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, il Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, il Consiglio della Magistratura Militare.

<sup>7</sup> Il dato costituzionale è integrato dalla l. 24 marzo 1958, n. 195 ("*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*"), più volte modificata. Di recente il Parlamento ha approvato la l. 17 giugno 2022, n. 71, che delega il Governo a riformare l'ordinamento giudiziario; la delega deve essere esercitata entro il 21 giugno 2023. A tal proposito si tengano in considerazione anche B. BARNABEI - P. FILIPPI, *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, Padova, 2020, pp. 120 ss.; A. D'ANDREA, *Quale Consiglio Superiore della Magistratura per il futuro?*, in *Osservatorio AIC*, 4/2022, pp. 5-18.



controllo governativo<sup>8</sup>. La maggior critica avanzata a tale scelta è quella che riguarda la netta distinzione da altri ruoli istituzionali<sup>9</sup>.

A tali soggetti si aggiungono membri eletti tra magistrati togati che rappresentino almeno i due terzi del Collegio e il restante terzo di componenti viene eletto tra i c.d. membri laici dal Parlamento in seduta comune. Ciò che è stato ampiamente evidenziato è che la Costituzione non indica il numero totale di componenti, lasciando tale determinazione alla scelta legislativa ordinaria.

Senza voler sottolineare le evoluzioni del sistema elettorale, né tantomeno i requisiti che i singoli eletti devono possedere, è fondamentale evidenziare come la scelta del Costituente non sia stata quella di abbandonare il modello auto-organizzativo e gestorio unicamente ad una “casta” facente parte del sistema statale, ma abbia inteso realizzare una commistione attenta, nello spirito di equilibrio e contrappesi, che vede parte dell’organo anche membri non appartenenti alla struttura delle Corti<sup>10</sup>.

Perfettamente in linea con questa affermazione è l’insieme delle attribuzioni che sono proprie del CSM che, per indicazione di cui all’art. 105 Cost., sussistono in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti di tipo disciplinare: si tratta di riconoscere pieno potere in merito agli atti relativi allo *status* giuridico dei singoli magistrati, che vengono in tal modo tutelati evitando qualsiasi tipo di ingerenza esterna.

In termini complementari, il Ministro di Grazia e Giustizia si limita a curare l’organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia, di promuovere l’azione disciplinare innanzi al CSM, nonché esercitare poteri ispettivi nei confronti dei singoli uffici giudiziari. Il rapporto si incardina, si potrebbe dire, attorno al noto principio della leale collaborazione tra istituzioni, ma sul punto non mancano opinioni divergenti<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; V. ZAGREBELSKY, *Op. cit.*

<sup>9</sup> Sul punto, fautore della critica è G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica e presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992, pp. 314 ss.

<sup>10</sup> D. PIANA - A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012, pp. 33 ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XVII ed., Torino, 2016, pp. 319-322; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2022, pp. 300 ss.

<sup>11</sup> A tal proposito, si pensi su tutti alle ricostruzioni di A. CARMINATI, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali degli organi dello Stato*, Napoli, 2020, pp. 169 ss.; V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione giustizia*, 1/2005, p. 4: “non è del tutto proprio invocare, a pro-

## 2. La forma di autogoverno del CPGA: profili critici

Tratteggiato il ruolo costituzionale del CSM, occorre concentrarsi sul modello afferente alla giustizia amministrativa, non unica, ma principale forma di autogoverno della magistratura di tipo non ordinaria, vale a dire estranea al ruolo di intervento del CSM.

Il sistema che si intende indicare e descrivere, è bene chiarire fin da subito, non trova un'espressa copertura costituzionale, ragion per cui non si vuole indicare o vincolare le scelte legislative in ordine alla composizione o regolamentazione dell'organo, ma è implicito che ciò che diviene obbligatorio è il fine cui tendere: separazione dei poteri giurisdizionale e amministrativo con un effettivo potere deliberativo affidato ad apparati privi di condizionamenti governativi.

Il problema della natura del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in tal senso, è anche più facilmente risolvibile, poiché si procede alla qualificazione di organo di rilevanza costituzionale e non anche di organo amministrativo in senso stretto<sup>12</sup>.

L'obiettivo di autonomia viene perseguito mediante la costituzione di un organo che, similmente al CSM, si dota di una forte componente elettiva togata e laica, temperata dalla presenza del Presidente del Consiglio di Stato quale membro di diritto. I membri eletti dai TT.AA.RR. sono ora sei nel totale, contro i quattro eletti dal Massimo Consesso giurisdizionale amministrativo, e sono sempre quattro i membri eletti dal Parlamento. L'attuale organizzazione si discosta dalla precedente disciplina che aveva creato un sistema di sovra-rappresentanza del Consiglio di Stato rispetto ai giudici di prime cure, definiti in "*situazione di istituzionale inferiorità*"<sup>13</sup>.

La durata del mandato dei membri eletti è di quattro anni, anche al fine di creare una asincronia con le istituzioni parlamentari.

La peculiarità che si intravedeva originariamente nella prima struttura del CPGA era rappresentata, al contrario della sua struttura postuma, da una composizione chiusa, in cui erano presenti solo singoli magistrati, eletti dalle componenti togate. La problematica analizzata è

---

*posito dei rapporti fra poteri politici e poteri di garanzia, il principio di leale collaborazione*".

<sup>12</sup> Su tutti si veda A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, p. 179. Sulla questione si interroga anche M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.

<sup>13</sup> Così I. FRANCO, *La giustizia amministrativa oggi, fra tendenze conservatrici, esigenze di cambiamento e riforme istituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1994, pp. 624-626, il quale aggiunge che il CPGA verso i TT.AA.RR. "*si pone quale organo di governo piuttosto che come organo di autogoverno*".

stata quella della compatibilità dell'organo con l'idea di evitare la creazione di un soggetto totalmente esterno al circuito di raccordo costituzionale e privo di un sistema di reciproci pesi e contrappesi interni. Aspetto, questo, non compensato neppure dalla presenza di un maggior peso del ruolo governativo (storicamente fondato) nella nomina del Presidente del Consiglio di Stato; la scelta di una struttura mista del CSM è, in tal senso, modello chiaro<sup>14</sup>.

Proprio la presenza apicale del Presidente di Consiglio di Stato, di estrazione "politica", che diviene soggetto di vertice del Consiglio di Presidenza si riflette quale ulteriore elemento di influenza, sia pure di tipo mediato, del potere esecutivo sulla magistratura speciale del GA. Un canone questo quanto mai peculiare e difforme dal sistema ordinario, in cui solo immaginare un ruolo di nomina del Potere Esecutivo provocherebbe una situazione del tutto anomala, che mal si concilia con i principi di indipendenza e terzietà del giudice<sup>15</sup>.

La medesima premessa consente anche di considerare che la *vexata quaestio* che viene da sempre sollevata in relazione alla definizione di un "organo di governo" ovvero di una forma di "autogoverno", potrebbe portare a risultati differenti, poiché se nel CSM la presidenza si attribuisce al Capo dello Stato, nel CPGA ciò non accade, avendosi il Presidente del Consiglio di Stato che ne è posto all'apice. Il Capo dello Stato è rappresentante dell'unità nazionale, e può assicurare autonomia e indipendenza del CSM, favorendo un raccordo con gli altri poteri dello Stato<sup>16</sup>. Tale ruolo cruciale, lungi dall'essere di mero potere neutro, è autenticamente rappresentato dalla Presidenza della Repubblica che rimane punto di riferimento nei rapporti istituzionali<sup>17</sup>, cosa che non può allo stesso modo essere detta per il Ministro della Giustizia, il Presidente del Consiglio dei ministri o per il Primo Presidente della

---

<sup>14</sup> Cfr. E. PICOZZA, *Consiglio di Presidenza e Consiglio di amministrazione. Analisi delle competenze. Prospettive*, in *Scritti in onore di P. Virga*, vol. II, Milano, 1994, p. 1336; G. ROEHRSSSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dig. IV ed. disc. Pubbl.*, Torino, 3/1989, p. 428-430.

<sup>15</sup> Anche in sistemi giuridici complementari a quello italiano si compiono simili obiezioni; si pensi a V. PERIFANAKI ROTOLO, *L'evoluzione della forma di governo in Grecia*, Padova, 1989, pp. 300 ss.

<sup>16</sup> Sul punto M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.; N. ZANNON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali nella Costituzione, oggi*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, pp. 13 ss.

<sup>17</sup> Tale definizione, a contrario, è di M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017, pp. 11 ss.

Corte di cassazione<sup>18</sup>. Tantomeno può tale attitudine dirsi propria del Presidente del Consiglio di Stato, che presiede il CPGA, e che in tal senso differisce dal ruolo affidato al Capo dello Stato, essendo contemporaneamente anche il vertice dei magistrati amministrativi.

Evitare un sistema essenzialmente autoreferenziale e che svilirebbe la stessa portata degli artt. 101 e 104 Cost. diviene rilevante per non dar vita a forme corporative di gestione del potere giudiziario, sebbene sul *modus* si è discusso con opinioni non per forza coincidenti<sup>19</sup> con il successivo approdo legislativo che, come visto, ha inteso integrare la presenza togata con membri laici di nomina Assembleare. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 16 del 2011 sottolinea l'importanza di questa commistione, che consente di bilanciare interessi costituzionalmente rilevanti, riconducibili all'evitare la dipendenza dei giudici dal potere politico, ed eliminare il rischio che si creino caste autoreferenziali<sup>20</sup>.

Dal punto di vista funzionale, l'elemento comune alle esperienze di autogoverno ordinaria ed amministrativa del CPGA è rappresentato dai compiti di gestione dello stato giuridico dei magistrati e degli apparati interni, e dai profili disciplinari. Quanto a quest'ultimo elemento ci si domanda se sussista una netta differenziazione tra le azioni amministrative e quelle sanzionatorie adottate dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

In ordine agli atti squisitamente amministrativi, è rilevante segnalare che essi sono formalmente adottati per mezzo di d.P.R. se riguardanti assunzioni o trasferimento o ogni altro aspetto incidente sullo *status* di giudice, di d.P.C.m. per il collocamento fuori ruolo dei magistrati e di D.P.C.S. per i conferimenti di incarichi estranei alle funzioni strettamente giurisdizionali ai singoli. Si pongono nuovamente come peculiari, allora, i canoni di leale collaborazione tra organi ma anche quelli di garanzia, riguardanti la contestazione nella sede competente dell'at-

---

<sup>18</sup> Sulla inattitudine di altri soggetti istituzionali è intervenuto anche A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come presidente del CSM*, Napoli, 2011, p. 47.

<sup>19</sup> Per E. PICOZZA, *Consiglio di Presidenza*, cit., si sarebbe dovuta evitare una qualsiasi influenza politica sul CPGA, favorendo invece una cooperazione con categorie professionali di settore, tra cui l'avvocatura, ma anche con una elezione direttamente spettante agli utenti (cittadini) del servizio. Tuttavia, si v. C. cost., 17 gennaio 1967, n. 1, in cui si fa salvo il sistema *de quo* purché il potere esecutivo si limiti alla fase di nomina, subentrando poi da quel momento indipendenza reciproca.

<sup>20</sup> Cfr. N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali*, cit., p. 20; R. PINARDI, *La nuova composizione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, Bologna, 2001, p. 334.

to adottato: affidare la decisione circa la legittimità dell'atto ad un giudice che concorre alla formazione dell'organo adottante il provvedimento e che è, in astratto, soggetto al potere del medesimo organo può apparire paradossale<sup>21</sup>.

La seconda tipologia di provvedimenti è affidata ad un procedimento che può originarsi su iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri ma, anche, dello stesso Presidente del Consiglio di Stato. Ciò non è esente da critiche a ben vedere se si considera che la funzione accusatoria di iniziativa si confonde con quella decisoria finale, *ex art. 33, l. 27 aprile 1982, n. 186*<sup>22</sup>.

Gli atti restano parte di un complesso procedimento amministrativo che coinvolge commissioni ed organi interni diversi, tanto collegiali quanto monocratici, con apposite maggioranze e modalità per esprimere le proprie posizioni. Semmai, assume rilievo la possibilità di fare applicazione del principio di trasparenza e pubblicità, ormai rafforzato dalle più recenti novelle legislative e dai più attuali orientamenti giurisprudenziali<sup>23</sup>, in relazione a quelle deliberazioni che coinvolgono scelte sensibili e potenzialmente segrete. Neppure vale sostenere, in senso opposto, che la qualificazione formale di organo di rilevanza costituzionale sia idoneo ad estromettere l'applicazione della disciplina in materia di trasparenza, poiché essa consente anche un raccordo tra il potere giudiziario e la società civile<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> La Corte costituzionale, con sentenza 30 aprile 1968, n. 44, ha ricordato che un simile assetto “*fa sorgere gravi perplessità, data la confluenza che verrebbe a verificarsi negli appartenenti allo stesso «ordine», di destinatari dei provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura e di giudici della regolarità del medesimo*”.

<sup>22</sup> Puntualmente recita l'art. 1, comma 1 dell'art. 32 testé citato: “*Il procedimento disciplinare è promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal presidente del Consiglio di Stato*”.

<sup>23</sup> Per una approfondita disamina si v. S. CANTISANI, *Il principio di trasparenza nella sua attuazione. Viaggio tra le asperità del Codice della trasparenza (d. lgs. n. 33/2013)*, Pisa, 2020, pp. 34 ss.; G. ANDRIANI - M. CHIAPPETTA - G. DEZIO - G. DI STASIO - A. FOGLIA - A. NAPOLITANO - G. SCAZZERI - A. ZEPPETTI, *Il principio della trasparenza amministrativa tra nuove tecnologie e contrasto ai fenomeni corruttivi*, Roma, 2020, pp. 54 ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. ROMEO, *Il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa: organo indipendente o legibus solutus?*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 724-730; G. ZAGREBELSKY, *Il ruolo del CSM in una recente proposta di revisione costituzionale*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1974, p. 76.

### 3. Riflessioni conclusive

L'insieme delle argomentazioni finora esposte pone il problema della reale autonomia e indipendenza della magistratura amministrativa rispetto a quella ordinaria, tanto che non sono mancate voci orientate a sottolineare che il modello del CSM è forte e rigido, mentre quello di statuti minori viene rimesso alla discrezionalità del Legislatore<sup>25</sup>.

Invero, una simile lettura pare contemporaneamente porsi in tensione sia rispetto al complesso delle normative costituzionali che sono state citate in apertura e che sono architrave su cui fondare anche i modelli di rilevanza costituzionale propri delle giurisdizioni, sia con l'evoluzione storica che la Carta fa propria nel tentativo di elevare a rango costituzionale la previgente normativa<sup>26</sup>.

Una simile analisi non può prescindere neppure dalle risultanze fattuali che nel tempo si sono affermate, tra cui bisogna segnalare una crescente importanza dell'interesse legittimo diffusamente tutelabile, la previsione di sempre maggiori materie devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., la presenza di un sindacato di legittimità più penetrante: anche di fronte ad una piena identità circa la funzione giurisdizionale svolta, deve confermarsi una garanzia di autonomia e indipendenza non dissimile da quella della magistratura ordinaria che, può dirsi, resta ancorata alla formulazione dell'art. 101, comma 2, Cost. ove afferma che "i giudici sono soggetti soltanto alla legge"<sup>27</sup>.

Questa affermazione è discutibile.

La previsione legislativa che introduce e disciplina il CPGA non si rende soltanto come opportuna per motivi di equiparazione con il giudice ordinario, ma addirittura necessaria, perché attuativa del volere costituzionale. Esso non marca una distinzione tra giurisdizioni ma esalta il principio già citato di unitarietà funzionale e mera struttura di-

---

<sup>25</sup> Su questa linea di pensiero si rimanda alle teorie di P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964, p. 145; A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1985, p. 256; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1986, pp. 607-608; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1983, p. 81.

<sup>26</sup> In tal senso, con varie sfumature, si pongono A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 550, e Id., *La giustizia nell'amministrazione (1961)*, in *Scritti giuridici*, V, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, pp. 501 ss.; L. PALADIN, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1979, p. 460.

<sup>27</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Riforma della giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1992, pp. 2836 ss.

visa. Ha osservato autorevole dottrina<sup>28</sup>, peraltro, come l'art. 108 Cost. dica significativamente che la legge “*assicura*” e non “*regola*” semplicemente l'indipendenza della magistratura speciale, da ciò derivando la creazione di un modello di autogoverno legittimo.

Volendo compiere un ulteriore sforzo argomentativo, può dirsi che le ragioni orientate a confermare la sussistenza di un modello di autogoverno idoneo alla giurisdizione amministrativa, sono ulteriormente confermate dalla peculiare attività che il G.A. compie, anche nelle sue funzioni consultive, un aspetto tanto peculiare da potersi considerare un *vulnus* ordinamentale nella idea della scissione dei poteri<sup>29</sup>.

La Corte costituzionale, anche con riguardo alla magistratura contabile o militare, ha espresso peraltro l'idea della imprescindibilità di un organo di garanzia, come le sentenze n. 16 del 2011 e n. 266 del 1988 dimostrano.

In tale prospettiva, dunque, si può ribadire che è la portata precettiva delle norme costituzionali, sia pure essenziali<sup>30</sup>, e la corretta interpretazione dei principi generali facenti capo alla separazione dei poteri che consentono di individuare i limiti di una legittima normativa sul CPGA, evitando forzature ordinamentali che possano comprimere quei valori fondamentali della giurisdizione amministrativa.

---

<sup>28</sup> A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature “non ordinarie”*, cit., pp. 159-160.

<sup>29</sup> Per una disamina sul punto si rimanda ad A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, Bologna, 2011, p. 406, ove l'A. parla significativamente di una natura “*quasi proteiforme*” del Giudice Amministrativo.

<sup>30</sup> N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali*, cit., pp. 22 ss.





# IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E LA SEPARAZIONE DEI POTERI: IL CASO DELLE VALUTAZIONI PER LA TUTELA DEGLI INTERESSI PAESAGGISTICI E CULTURALI

CLAUDIA NICOLINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela dei beni di interesse paesaggistico e culturale e il ruolo del Giudice amministrativo. – 3. La ricerca di un punto di equilibrio mobile e dinamico tra amministrazione e giudice. – 4. Conclusioni.

**Abstract:** This paper aims to address the balancing of the different interests involved in judicial review with regard to the principle of separation of powers and fair process. Recent jurisprudential developments in the field of environmental and landscape protection provide interesting insight into the role of the administrative judge, challenged to apply the principles of proportionality and reasonableness finding a balance between judiciary function and that of the public administration and maintaining its own independence. In this framework, it is necessary to examine the essential elements that characterize the role of the administrative judge, who must guarantee full, effective and independent scrutiny of administrative decisions, always respecting the principle of separation of powers.

## 1. Introduzione

L'attuale contesto storico, ancora profondamente segnato dalla pandemia da COVID-19 e dal più recente conflitto armato in Ucraina, ha restituito una rinnovata attualità al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali adottate dalla Pubblica Amministrazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si ricorda, anzitutto, come in piena pandemia sia emersa la questione relativa all'utilizzo *off label* di un farmaco per il trattamento del Sars-Cov-2, rispetto al quale il

I diversi orientamenti che si sono affermati in giurisprudenza, ancora oggi in costante evoluzione, impongono di porre uno sguardo al necessario bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nell'ambito del controllo giurisdizionale, anche con particolare riguardo ai profili di indipendenza dalla politica e al principio di separazione dei poteri. La recente pronuncia del Consiglio di Stato, del 23 settembre 2022, n. 8167, fornisce un importante spunto di riflessione su queste tematiche.

Anticipando brevemente il punto nodale della questione, è possibile rilevare come il Consiglio di Stato abbia ritenuto, muovendosi nel contesto sempre più attuale dello sviluppo energetico, che la tutela del patrimonio culturale non fosse, nel caso di specie, tale da sacrificare completamente l'interesse alla transizione ecologica e allo sviluppo di modelli produttivi sostenibili.

Richiamando i principi di proporzionalità e ragionevolezza, il Consiglio di Stato ha infatti affermato la necessità di ricercare, a livello legislativo, amministrativo e giurisdizionale, un punto di equilibrio "*necessariamente mobile e dinamico*" tra i diversi interessi.

Appare dunque ancora necessario approfondire i tratti essenziali che caratterizzano il ruolo del giudice amministrativo che, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, deve altresì garantire un sindacato pieno, effettivo e indipendente rispetto alle decisioni amministrative.

In proposito, le diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza hanno delineato un quadro in continuo mutamento, sia in termini di analisi sui caratteri essenziali delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dalle pubbliche amministrazioni, sia in termini di controllo di queste ultime in sede giurisdizionale.

Il filo rosso che lega le diverse proposte dottrinali, che spesso si sono poste tra loro in chiave di progressivo superamento, può essere infatti individuato nel tentativo di conciliare esigenze contrapposte: porre al centro la persona giuridica pubblica e munire i soggetti privati di adeguati strumenti di garanzia<sup>2</sup>.

---

Consiglio di Stato ha esercitato un penetrante sindacato su una nota dell'AIFA. In tale sede, il Consiglio di Stato ha esercitato un giudizio sulla ragionevolezza tecnica della decisione di AIFA che, in quanto dettata da una situazione di dubbio, ovvero l'incertezza sulla sicurezza ed efficacia di un farmaco, ha indotto il giudice amministrativo ad un giudizio che tenesse di ulteriori fattori, quali, ad esempio, la tutela della salute dei pazienti e della salute pubblica, nonché dell'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale. Per un approfondimento sull'ordinanza Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097: A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2021, p. 399.

<sup>2</sup> L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, pp. 19-20.

Un simile approfondimento si rende ancora oggi necessario, a maggior ragione in relazione alla mutata sensibilità rispetto ad alcune tematiche estremamente attuali quali sono, appunto, sia la tutela dei beni di interesse culturale, sia la tutela dell'ambiente e, in particolare, l'approvvigionamento energetico.

In questi ambiti, del resto, la linea di confine tra l'esercizio della funzione amministrativa e il sindacato giurisdizionale diventa più sottile e complica il difficile ruolo del giudice, chiamato ad esercitare il proprio ruolo manifestando, da un lato, l'espressione di un giudizio autonomo ed indipendente rispetto alle posizioni delle parti e, dall'altro, a garantire il rispetto del principio di separazione dei poteri<sup>3</sup>.

## **2. La tutela dei beni di interesse paesaggistico e culturale e il ruolo del Giudice amministrativo**

La crescente attenzione che ha interessato, nel corso del tempo, la tutela del patrimonio culturale e del paesaggio ha determinato un progressivo sviluppo degli strumenti e dei moduli procedurali facenti capo alla pubblica Amministrazione. Allo stesso tempo, tuttavia, sono diventate sempre più evidenti anche le problematiche connesse al bilanciamento degli interessi pubblici ambientali e culturali con interessi differenti, nonché all'attuazione del relativo indirizzo politico-amministrativo<sup>4</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, agli interessi ambientali e all'interesse allo sviluppo sostenibile, che risultano essere oggi di estrema attualità, in quanto la localizzazione e la costruzione degli impianti per la produzione di energia rinnovabile solleva problematiche di immediata rilevanza per la tutela dei beni culturali e paesaggistici che, come noto, sono ampiamente diffusi su tutto il territorio nazionale.

In termini generali è ormai ampiamente riconosciuta la stretta connessione che intercorre tra i beni culturali ed il tessuto storico e sociale cui appartengono, circostanza da cui deriva l'altrettanto nota necessità di ricorrere ad un approccio integrato che, in sede procedimentale, consenta di tener conto allo stesso tempo del territorio e dell'ambiente,

---

<sup>3</sup> Per un approfondimento sugli spunti derivanti dalla giurisprudenza della Corte EDU: F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, p. 546.

<sup>4</sup> C. VIVIANI, *Ambiente, clima e patrimonio culturale: un approccio giurisprudenziale innovativo*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2023, p. 352.

nonché dei relativi interessi pubblici e privati che concorrono sulle rispettive aree<sup>5</sup>.

In proposito si deve evidenziare come i beni che compongono il patrimonio culturale<sup>6</sup> sono per la loro stessa natura soggetti ad un sistema di tutela articolato su più livelli, in quanto necessario a garantire, da un lato, forme di tutela uniformi a livello nazionale e, dall'altro, a consentire la tutela e la valorizzazione dei beni da parte delle autorità locali<sup>7</sup>.

Tale assetto strutturale costituisce una delle principali criticità in materia di beni culturali, ossia la difficoltà di raggiungere una sintesi tra i soggetti attivi nei diversi livelli di tutela e il bilanciamento tra i diversi interessi che vi si intersecano<sup>8</sup>.

Se l'Amministrazione ha il compito di operare tale delicato bilanciamento in sede procedimentale, le medesime problematiche investono inevitabilmente il sindacato giurisdizionale in materia di tutela dei beni culturali e ambientali, nonché lo stesso ruolo che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare<sup>9</sup>.

Prima di esaminare nel dettaglio le criticità che emergono nei giudizi sul bilanciamento tra i diversi interessi, è bene rappresentare, seppur sinteticamente, le peculiarità del sindacato giurisdizionale in materia di beni culturali che, nel caso di specie, hanno influenzato la pronuncia del Consiglio di Stato.

E infatti una delle principali problematiche che, in materia di beni paesaggistici e culturali, involge l'ambito del sindacato sulla discrezionalità tecnica, è data dalla stessa valutazione circa la rilevanza del bene

---

<sup>5</sup> A. CROSETTI, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Padova, 2001, pp. 2-3.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sulla definizione dei beni che compongono il patrimonio culturale: A. BARTOLINI, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 10 ss.

<sup>7</sup> P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 4/2019, p. 697. Per un approfondimento sul bilanciamento tra sviluppo energetico e tutela paesaggistica, con particolare riguardo al rapporto tra normativa statale e regionale: N. IBBA, *L'ubicazione degli impianti eolici in Sardegna: il difficile rapporto tra fonti di energia rinnovabile e tutela paesaggistica*, in F. PUBUSA - D. MARONGIU (a cura di), *Diritto e processo amministrativo*, *Quaderni*, 25, Napoli, 2017, p. 113.

<sup>8</sup> Per un approfondimento sui profili attinenti allo sviluppo sostenibile e il principio di integrazione: M. MONTEDURO, *Principi del diritto dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in F. PUBUSA - D. MARONGIU (a cura di), *Diritto e processo amministrativo*, cit., p. 149.

<sup>9</sup> Per una più approfondita analisi sui profili procedimentali: A. CROSETTI - D. VALIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2018, p. 17.

da tutelare, sul suo valore paesaggistico, storico e culturale, nonché sul riconoscimento dell'esistenza o meno del bene da tutelare<sup>10</sup>.

Tali valutazioni sono indirizzate all'apposizione di un vincolo sui beni di interesse culturale e paesaggistico e, rispetto ad esse, si riscontrano indirizzi giurisprudenziali tra loro profondamente diversi, in quanto ispirati a “*diverse filosofie*”<sup>11</sup>.

Mentre, da un lato, si è dato rilievo prevalente ai “*valori storico-artistici*”, dall'altro, questi valori non sono stati ritenuti sufficienti, poiché da integrare, necessariamente, con valutazioni di carattere oggettivo.

Il primo tipo di impostazione comporta, dal punto di vista giuridico, che l'elemento storico-artistico deve essere sottratto dalla valutazione e comparazione rispetto ad altri interessi. Nel secondo caso, invece, l'elemento storico-artistico, nel confronto con altri interessi, “*deve cedere il passo*”, non potendosi sottrarre, almeno, ad un confronto<sup>12</sup>.

I profili richiamati caratterizzano dunque la tutela dei beni paesaggistici e culturali, e si riflettono, come si è detto, sul relativo sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo. In generale, però, nella giurisprudenza non si trovano riferimenti a criteri tecnici, regole artistiche o storiche dotate di un certo grado di obiettività. E infatti l'attività svolta in questa materia dalla pubblica Amministrazione veniva originariamente riconosciuta, tendenzialmente, come tecnico-discrezionale e, in particolare, caratterizzata dal fatto di essere di natura dichiarativa.

Conseguentemente, nelle controversie in ordine all'esistenza di un interesse storico-artistico e, in termini più ampi, culturale, ove in giudizio fossero emerse più soluzioni, tutte opinabili, ma al tempo stesso tutte attendibili, veniva mantenuta la scelta compiuta dall'Amministrazione poiché l'ordinamento attribuisce ad essa, in prima battuta, la cura dell'interesse pubblico e, quindi, il potere di vagliare la sussistenza dei presupposti per l'apposizione dei vincoli a tutela del bene<sup>13</sup>.

Nel tempo la tecnica di sindacato su questo genere di valutazioni è

---

<sup>10</sup> M. G. DELLA SCALA, *L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni «tecnico-discrezionali»*, in V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 284.

<sup>11</sup> O.M. CAPUTO, *Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 2000, p. 1800.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5869.

progredita e, allo stesso tempo, la dottrina è arrivata a vedere nella dichiarazione del vincolo un atto discrezionale e costitutivo<sup>14</sup>.

In questa prospettiva la giurisprudenza sembra essere, da tempo, costante nel riconoscere che il bene possa essere o meno di interesse culturale, facendo comunque salva la possibilità che eventuali interessi c.d. secondari acquisiscano rilievo in un momento successivo, in particolare quando si tratta di progettare o realizzare l'impiego o la trasformazione del bene<sup>15</sup>.

Nonostante tale indirizzo non si sia affermato in termini assoluti, si è comunque riconosciuto il principio per cui è fatto salvo il potere dell'amministrazione di disporre dei beni di interesse culturale, purché ciò avvenga a seguito di un attento bilanciamento tra l'interesse primario alla tutela degli stessi beni e gli interessi di carattere economico e sociale che vi si ricolleghino in via secondaria<sup>16</sup>.

### **3. La ricerca di un punto di equilibrio mobile e dinamico tra amministrazione e giudice**

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 23 settembre 2022, n. 8167, fornisce un importante spunto di riflessione sia per quanto riguarda il sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali della Pubblica Amministrazione, sia per quanto riguarda il ruolo dello stesso Giudice nei settori in cui viene in rilievo il rapporto tra funzione amministrativa e giurisdizionale, ovvero per quanto riguarda i profili dell'indipendenza dalla politica amministrativa e della separazione dei poteri.

La questione affrontata dal giudice amministrativo nella pronuncia richiamata trae origine da due istanze presentate da una società alla Regione Molise per l'autorizzazione unica, ai sensi dell'art. 12, d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, alla realizzazione di due impianti di produzione di energia da fonte eolica.

In sede di conferenza di servizi il Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise esprimeva parere negativo alla realizzazione di uno dei due progetti, a causa di interferenze visive con dei beni culturali presenti nell'area prevista per la costruzione. Al termine

---

<sup>14</sup> G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: «relazione pericolosa» o «attrazione fatale»?», in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, p. 634.*

<sup>15</sup> Si veda, a titolo di esempio, Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2000, n. 667.

<sup>16</sup> In proposito: Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6010; Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893; Cons. St., sez. VI, 24 marzo 2020, n. 2061.

della conferenza di servizi, tuttavia, la Regione Molise rilevava che le prescrizioni impartite dalla Soprintendenza avrebbero compromesso la fattibilità tecnica ed economica dell'opera e rilasciava, pertanto, l'autorizzazione unica.

Successivamente, tuttavia, la Soprintendenza avviava un procedimento per la dichiarazione di interesse culturale particolarmente importante del sistema delle croci votive e viarie lungo il crinale di confine tra i Comuni interessati. In ragione delle valutazioni contrastanti espresse dalla Regione e dalla Soprintendenza, si pronunciava anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che concludeva per la prevalenza dell'interesse all'incremento delle fonti di energia rinnovabili e alla realizzazione delle opere.

Ad ogni modo, a seguito dell'emanazione degli atti autorizzativi, la Soprintendenza dichiarava di interesse culturale particolarmente importante il sistema delle croci votive presenti nell'area. Tali provvedimenti venivano impugnati dinanzi al TAR competente, la cui decisione veniva appellata dal Ministero della Cultura.

L'analisi offerta dal Consiglio di Stato risulta di particolare interesse in quanto affronta, parallelamente, le questioni più direttamente inerenti alla discrezionalità tecnica e quelle relative al bilanciamento tra l'interesse alla tutela dell'ambiente e alla tutela dei beni culturali.

Per quanto riguarda il primo profilo, in considerazione delle peculiarità della disciplina dei beni culturali, il Consiglio di Stato chiarisce come *“difettando parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non «deduce» ma «valuta» se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto”*.

La pronuncia prosegue rilevando che nel caso in cui sia messa in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica della valutazione operata dall'amministrazione, e ove si presentino *“soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti di diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato”*.

Alla luce di tali premesse risulta interessante osservare la conclusione cui è giunto il Collegio in relazione alla sproporzione delle prescrizioni di tutela indiretta che, alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, ha ritenuto inadeguata la motivazione fornita dall'Amministrazione circa l'ampiezza del vincolo culturale imposto.

In particolare, si è rilevato che *“la primarietà di valori come la*

*tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione «totalizzante» come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto». A tal proposito, infatti, si evidenzia che “il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di principi di proporzionalità e di ragionevolezza”.*

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenuto violato il principio di proporzionalità, rilevando che *“l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone”* e come, in particolare, *“la posizione «totalizzante» così espressa dall'Amministrazione dei beni culturali si pone in contrasto con l'indirizzo politico europeo (Direttiva CEE n. 2001/77) e nazionale (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 378) che riconosce agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili importanza fondamentale, dichiarandoli opere di pubblico interesse proprio ai fini della tutela ambientale”.*

Dai passaggi così richiamati emerge la delicatezza del sindacato che il giudice amministrativo è chiamato ad operare, ovvero restando entro gli stretti margini della discrezionalità tecnica e in equilibrio tra i diversi interessi, pubblici e privati, rispetto ai quali deve garantire una tutela piena ed efficace.

#### **4. Conclusioni**

Se le difficoltà di ricostruire un quadro univoco e unitario delle forme di sindacato che possono interessare le scelte tecnico-discrezionali della pubblica Amministrazione sono ormai note, la recente giurisprudenza<sup>17</sup> ha comunque evidenziato che, nel rapporto tra valutazioni

---

<sup>17</sup> A titolo esemplificativo, si veda anche TAR Lazio - Roma, sez. III, 28 maggio 2021, n. 6327.



tecniche e intensità del sindacato amministrativo, i principi di effettività della tutela e di separazione dei poteri non possono essere di ostacolo ad un sindacato penetrante e di tipo intrinseco.

Tali affermazioni inducono ad osservare il continuo progredire della giurisprudenza che, alla luce delle specifiche esigenze che emergono dai casi concreti, come evidenziato dagli eventi di carattere straordinario che hanno segnato gli ultimi anni, continua a muoversi nella direzione di un sindacato sempre più penetrante.

Si è infatti visto come la contestuale sussistenza di interessi confliggenti e di pari rango abbia indotto il giudice all'esercizio di un sindacato pieno per poi concludere, sulla scorta del principio di integrazione delle tutele<sup>18</sup>, col dare prevalenza ad un interesse differente da quello originariamente individuato dall'Amministrazione.

Per altro verso, il delicato esercizio della funzione giurisdizionale che, come si è visto, impone un attento bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nella decisione, è reso ancor più complesso dalla presenza di valutazioni di carattere tecnico.

In proposito, si è persino fatto riferimento al compito "arbitrale" del giudice amministrativo, ovvero di mediazione tra interesse pubblico e privato, rispetto al quale si rende necessario "un sapiente dosaggio dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione".<sup>19</sup>

Restano tuttavia incerti i confini rispetto ai quali al giudice amministrativo sarebbe precluso il sindacato sulle scelte effettuate dall'Amministrazione, proprio con riguardo al "controverso rapporto tra la dimensione politica e dimensione tecnica delle scelte discrezionali"<sup>20</sup>.

Tali difficoltà sono tanto più accentuate in quanto il giudice amministrativo, tradizionalmente, tende a non esplicitare i motivi e i fattori che determinano, nel caso concreto, l'intensità del sindacato<sup>21</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, ai canoni di legittimità impiegati nelle

<sup>18</sup> In particolare, si legge nella sentenza del Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 che "gli atti impugnati risultano violativi anche del principio di integrazione delle tutele [...] in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile".

<sup>19</sup> Con particolare riferimento al ruolo del Giudice nel contesto pandemico: F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2021, p. 853 e la richiamata Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2020 ivi citata.

<sup>20</sup> A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, p. 393.

<sup>21</sup> A. MOLITERNI, *Streamlining the judicial review of administrative decisions: a comparative institutional approach*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, p. 554.

pronunce, quali la logicità, la ragionevolezza o la proporzionalità che, infatti, sono spesso richiamati unitamente ad altri vizi dell'atto, rendendo difficile percepirne il portato effettivo sulla decisione finale<sup>22</sup>.

Da questo punto di vista, in definitiva, non si può non rilevare come l'attuale contesto storico abbia, nuovamente, messo in luce i limiti che conseguono a tale impostazione, specie nei casi in cui non vi siano criteri certi sui quali fondare le scelte tecniche complesse<sup>23</sup>.

Dall'indagine sulla giurisprudenza amministrativa emerge infatti un rapporto complicato tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa, rispetto al quale le criticità evidenziate risultano essere difficilmente risolvibili sul piano esclusivamente teorico e impongono invece, come auspicato dallo stesso giudice amministrativo, un intervento a livello legislativo, amministrativo e giurisdizionale, tale da consentire una piena ed effettiva tutela degli interessi pubblici e privati.

---

<sup>22</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 321.

<sup>23</sup> F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, cit.

I LIMITI DEL SINDACATO SPECIALE  
DELLA CORTE DEI CONTI IN MATERIA  
DI DANNO ERARIALE DA DISSERVIZIO

FORTUNATO PICERNO

SOMMARIO: 1. La giurisdizione della Corte dei conti. – 1.1. La giurisdizione della Corte dei conti quale giudice speciale – 2. La responsabilità amministrativa e il *danno da servizio*. – 2.1. Il *danno da disservizio*. – 3. La responsabilità del giudice amministrativo nell’esercizio delle sue funzioni. – 3.1. Cassazione civile, sez. un., 25 gennaio 2023, n. 2370 – 4. I limiti della giurisdizione tra ordinaria e speciale. – 5. Conclusioni.

**Abstract:** The paper proposes to analyze the limits of the special union of the Corte dei Conti, to protect the principle of division of jurisdiction, with specific regard to administrative liability and liability from revenue damage to disservice. In this context, the damage to disservice, indeed, is the topic of particular importance. This institute includes various types of offence, characterized by the decrease in the performance of the administrative action, etiologically connected to the infringement of the fundamental values of the administrative action: good performance and impartiality. For this reason, the jurisdictional section of the Corte dei Conti has extended the perimeter of its competence to the assessment of the attribution of administrative-accounting responsibility for damage from disservice, up to including a hypothesis of violation of the magistrate’s duty of diligence. However, even if in recent jurisprudence, the figure of the magistrate has been assimilated to that of other public officials, with the consequent attribution of competence in the matter to the jurisdiction of the Corte dei Conti, it should be noted that the responsibility of magistrates, although like that of civil servants has specificities. Second, the legitimacy jurisprudence, joint section, the tax damage from disservice qualifies as a disciplinary offence and, therefore, as such, subject to the assessment of the independent body of the judiciary, for administrative judges, the Presidency Council of Administrative Justice. Had the Court of Au-

ditors therefore attributed to itself a jurisdiction which, in truth, does not fall within its knowledge? The debate is still open.

## 1. La giurisdizione della Corte dei conti

La Corte dei conti, definita organo *plurifunzionale*, in conseguenza dell'esercizio di più attività, è titolare, sin dalla legge istitutiva, ossia la l. 14 agosto 1862, n. 800, di funzioni giurisdizionali in materia di giudizi di conto, di responsabilità dei contabili e di tutti gli altri agenti pubblici per i "valori" perduti per loro colpa e negligenza.

La giurisdizione contabile, infatti, originariamente, prevista solo per giudicare gli agenti contabili dello Stato, è stata estesa dalla normativa alle ipotesi di irregolarità di gestione e di comportamenti dannosi posti in essere dai funzionari, impiegati statali, dipendenti degli enti pubblici sub-statali, amministratori e dipendenti delle Regioni, dipendenti delle aziende sanitarie locali, dipendenti degli enti locali, camere di commercio, e, in ogni caso, in tutte le vicende concernenti la gestione di risorse pubbliche. Tale potere giuridico è confermato anche a livello costituzionale. Gli artt. 103<sup>1</sup> e 110<sup>2</sup> Cost., che fanno da cornice al sistema di tutela affidato alla magistratura contabile, infatti, oltre ad attribuire alla Corte dei conti giurisdizione nelle materie di pensioni civili, militari e di guerra, ne confermano la competenza in materia di contabilità pubblica e responsabilità amministrativa. Tale organo svolge, dunque, un'ampia funzione di garanzia nei confronti dell'ordinamento giuridico-amministrativo che si concretizza in un sindacato di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa rispetto agli obiettivi posti dalla legge e di verifica di una sana e corretta gestione delle risorse collettive, sanzionando in sede di giurisdizione di responsabilità, comportamenti illeciti, compiuti con dolo o colpa grave, concernenti la spendita del pubblico denaro, la gestione dei beni patri-

---

<sup>1</sup> "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

<sup>2</sup> "Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia".

moniali e, in genere, le condotte patrimonialmente rilevanti. La funzione di giurisdizione indipendente che garantisce l'ordine giuridico e finanziario dello Stato contro atti illegittimi del Governo, inoltre, la colloca fra gli organi fondamentali della Costituzione. Non a caso la Corte dei conti viene, generalmente, denominata la *longa manus* del Parlamento o l'occhio della legislatura<sup>3</sup>.

L'organo giuridico è chiamato, pertanto, ad assolvere due mansioni: una di controllo e l'altra giurisdizionale. Tali mansioni, se pur distinte nei rispettivi presupposti giuridici di esercizio e nelle modalità di applicazione, si saldano l'una all'altra garantendo una corretta gestione amministrativa e finanziaria e, conseguentemente, opportune tutele da erogare in favore della collettività sia nazionale che europea.

La Corte dei conti si caratterizza, dunque, per essere: a) una giurisdizione superiore. L'art. 111, co. 8, Cost.<sup>4</sup> statuisce, infatti, che le sue decisioni sono ricorribili in Cassazione solo per "*motivi inerenti alla giurisdizione*"; b) un organo plurifunzionale in conseguenza dell'esercizio di più attività; c) organo di natura speciale in relazione ai propri poteri particolari e poiché soggetta a norme di natura speciale.

### 1.1. *La giurisdizione della Corte dei conti quale giudice speciale*

La giurisdizione contabile possiede caratteri particolari che si riflettono sul processo in cui si svolge e sui poteri del giudice.

Nelle materie di sua competenza, la Corte dei conti, quale giudice speciale, è considerata una giurisdizione piena, esclusiva ed inquisitoria. La giurisdizione contabile è *piena* poiché competente a conoscere del fatto e del diritto, su tutte le questioni pregiudiziali, incidentali di natura amministrativa e contabile. È *esclusiva*, poiché il giudice contabile è abilitato a conoscere qualunque posizione soggettiva sia di *diritto soggettivo* che di *interesse legittimo*, oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione, a tale soggetto, di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere. Infine, è una *giurisdizione inquisitoria*, quale elemento di maggiore caratterizzazione, che deriva dall'esigenza di tutelare la collettività nel delicato settore della gestione dei beni della P.A. Essa comporta la ricerca autonoma da parte dello stesso giudice della verità "effettiva" e non solo proces-

---

<sup>3</sup> G. INGROSSO, *La Corte dei conti e la nuova Costituzione*, Roma, 1946, p. 32.

<sup>4</sup> "Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

suale, sottraendo alle parti il monopolio del giudizio. Si realizza attraverso l'attribuzione al giudice contabile del c.d. *potere sindacatorio*, che riconosce alla Corte un vasto potere di conoscenza processuale che gli consente di disporre l'acquisizione di mezzi istruttori ad integrazione di quelli prodotti dalle parti o dal P.M. contabile e di una *ampia discrezionalità* che permette, altresì, al giudice di determinare la misura del danno anche semplicemente morale o la quota da addossare ai vari responsabili di illeciti gestori.

Di recente è stato riconosciuto al medesimo il potere di accertare anche l'ipotesi di danno da disservizio o danno erariale, che verrà approfondito nel prosieguo della presente trattazione. Sussiste, infatti, giurisdizione contabile ogni qualvolta si configura un danno c.d. erariale, ossia un danno alle risorse pubbliche.

## **2. La responsabilità amministrativa e il danno da disservizio**

La giurisdizione riservata alla Corte dei conti è estesa ed eterogenea. Il nucleo centrale di tale competenza è da individuare nella responsabilità contabile e amministrativa, pur rientrando nel potere del legislatore incorporare determinate materie per affidarle ad altre magistrature<sup>5</sup>.

Con l'espressione "responsabilità amministrativa" si fa riferimento a quelle condotte del pubblico amministratore, attuate nell'ambito delle proprie funzioni, che cagionano un danno patrimoniale o non patrimoniale. La giurisprudenza della Corte dei conti ha rivendicato, nel tempo, la propria giurisdizione, con soluzione avvallata dalla Corte di cassazione<sup>6</sup> e confermata dalla Corte costituzionale, in tutti i casi in cui è ravvisabile un "rapporto di servizio funzionale" tra soggetto e P.A.. Numerose sono le pronunce giurisprudenziali che hanno apportato significative modifiche alla materia investendo tale organo di giurisdizione, con conseguenziale unificazione del differenziale regime sostanziale.

La giurisprudenza costituzionale, ad esempio, ha più volte precisato che la giurisdizione in materia di equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e dunque di "contabilità pubblica", è attribuita al magistrato contabile poiché dotata di una tendenziale generalità<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> C. cost., 20 luglio 2018, n. 169.

<sup>6</sup> Cass., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10094.

<sup>7</sup> C. cost., 7 aprile 1997, n. 102; C. cost. 20 aprile 1968, n. 33.

e, pertanto, risulta suscettibile di espansione in via interpretativa, quando sussistono i presupposti soggettivi e oggettivi della responsabilità per danno erariale. Il pregiudizio subito dall'amministrazione può essere "diretto" o "indiretto" ossia quando è provato da soggetti terzi nei cui confronti l'amministrazione è tenuta al risarcimento<sup>8</sup>. Ne discende che l'imputazione della responsabilità amministrativa si configura non solo a fronte dei danni subiti direttamente dalla P.A., ma anche quando il danno sia stato subito indirettamente dall'amministrazione, chiamata a risarcire il terzo danneggiato dal proprio lavoratore durante l'attività di servizio. L'elemento oggettivo della responsabilità amministrativa è rappresentato dal "danno erariale" che consiste nel danneggiamento o nella perdita di beni o denaro prodotto alla propria o altra amministrazione, ai sensi dell'art. 1, co. 4, l. n. 20/1994, o nel mancato conseguimento di incrementi patrimoniali, così come disposto dall'art. 1223 c.c.<sup>9</sup>. La responsabilità amministrativa ha lo scopo di tutelare il pubblico denaro mediante la reintegrazione dei danni subiti dall'erario per l'irregolarità di gestione o per comportamenti imputabili al soggetto agente<sup>10</sup>.

È opportuno, altresì, evidenziare che l'ordinamento giuridico italiano difetta di una definizione normativa espressa di danno erariale, conseguentemente le ipotesi di tale danno sono atipiche e frutto di condotte a forma libera. La Corte dei conti ha interpretato estensivamente la nozione di danno erariale, giungendo a individuare il fatto dannoso nella lesione di quei beni che appartenendo per loro natura a tutti i membri della collettività, come ad esempio la stabilità monetaria, il buon andamento e l'imparzialità della P.A. *ex art. 97 Cost.*

Nel novero della responsabilità *de quo*, tra le più recenti e discusse ipotesi di danno erariale, individuate dalla magistratura contabile e degno di pregio, emerge sicuramente il c.d. *danno da disservizio*, che rappresenta, pertanto, una particolare fattispecie di danno da inserirsi nell'ambito dell'evoluzione del sindacato della Corte di cui si è dato conto.

## 2.1. *Il danno da disservizio*

Il *danno di disservizio* è definito come quel pregiudizio di caratte-

---

<sup>8</sup> F. GARRI, *Danno Erariale*, Roma, 1990.

<sup>9</sup> "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta".

<sup>10</sup> C. cost., 17 novembre 1982, n. 185.

re economico al patrimonio dello Stato arrecato dal mancato rendimento. Più nel dettaglio, consiste nel danno derivante dal mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati nella valutazione delle *performances*. Come precisato dalla giurisprudenza contabile<sup>11</sup>, si tratta di un pregiudizio concreto e attuale che si realizza nel maggior costo impiegato per il servizio nella misura in cui questo si rileva inutile, con conseguente lesione dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; nonché la violazione del principio del buon andamento dell'azione pubblica cagionato dal pubblico dipendente con comportamenti e/o reati che finiscono per disarticolare i moduli organizzativi e funzionali della struttura amministrativa di appartenenza<sup>12</sup>. Il *modus operandi* difforme dal modello definito dalla legge comporta una devianza dell'azione amministrativa con conseguente utilizzazione di risorse organizzative ed economiche pubbliche per fini diversi da quelli prestabiliti dalla legge stessa.

Per la sussistenza del danno da disservizio non sono sufficienti casi sporadici di devianza ma occorre una gestione complessivamente improntata a grave negligenza, tale da determinare un danno economico<sup>13</sup>. Il danno da disservizio si qualifica come danno di natura patrimoniale, poiché incide sulla qualità e quantità delle prestazioni rese dalla P.A. e per quanto concerne la sua quantificazione, si tratta di una valutazione equitativa<sup>14</sup>, che assume come parametro l'entità della retribuzione percepita dal pubblico dipendente. Al fine di provare la sussistenza del danno da disservizio la giurisprudenza contabile richiede una prova specifica<sup>15</sup>. Non è sufficiente la sola presunzione della violazione dei doveri d'ufficio o la commissione di delitti contro la P.A. ma un effettivo pregiudizio economico certo nell'*an*, ed esaustivamente provato<sup>16</sup>.

L'istituto *de quo* si configura, altresì, quale ampia categoria che ricomprende varie ipotesi. Tra le più rilevanti: l'omessa indicazione dell'indirizzo pec nel sito istituzionale, ma anche l'omessa pubblicazione delle spese per lo svolgimento di una fittizia procedura selettiva contrattuale nonché l'ipotesi del dipendente assenteista; in quest'ultimo caso si configura proprio la rottura del sinallagma lavorativo.

---

<sup>11</sup> C. conti, sez. I, 19 giugno 2014, n. 253.

<sup>12</sup> C. conti, sez. giurisd. Regione Veneto, 5 ottobre 2009, n. 644.

<sup>13</sup> C. conti, sez. II app., 2 agosto 2016, n. 829.

<sup>14</sup> M. FRATINI, *Compendio di contabilità pubblica 2019-2020*, Roma, 2019.

<sup>15</sup> C. conti, sez. giurisd. Regione Campania, 29 febbraio 2021, n. 250.

<sup>16</sup> C. conti, sez. II app., 2 agosto 2016, n. 829.



### 3. La responsabilità del giudice amministrativo nell'esercizio delle sue funzioni

La responsabilità del Giudice amministrativo si configura ogniqualvolta lo stesso cagioni un danno all'erario. Dal punto di vista strutturale tale illecito non differisce dalla responsabilità civile extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, se non per la qualificazione dell'autore, ossia del giudice, per la natura del soggetto danneggiato e, infine, per la causazione del danno nello svolgimento di pubbliche funzioni. Gli elementi strutturali, infatti, che caratterizzano l'istituto *de quo* sono, tutti, afferenti al rapporto con la P.A.:

- a) l'elemento *condotta*, desunto dalle condotte illecite dei dipendenti pubblici;
- b) l'elemento *evento dannoso* consistente nel danno erariale cagionato dal Magistrato alla P.A.;
- c) l'elemento *psicologico*, ossia comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave<sup>17</sup>;
- d) l'elemento *nesso causale*.

In tale specifico ambito, si è posto il problema se la competenza a pronunciarsi in materia fosse sempre attribuibile alla giurisdizione contabile oppure a quella ordinaria, atteso che il magistrato si qualifica quale dipendente pubblico e, in quanto tale, presumibilmente soggetto al potere giudicante della Corte dei conti.

Il dibattito è ancora aperto. L'ordinamento giuridico non prevede una specifica regolamentazione in materia. L'eventuale risoluzione va ricercata nelle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite nel tempo<sup>18</sup>. Il problema di fondo, infatti, che pone la responsabilità per danni alle casse pubbliche arrecati dal magistrato è quello dei limiti della giurisdizione contabile, a fronte degli artt. 7 e 8, l. 13 aprile 1988, n. 117 che attribuiscono al giudice ordinario la competenza per i danni risarciti dallo Stato a terzi, a causa di comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave e nell'esercizio delle sue funzioni dal magistrato. La richiamata norma attribuisce la competenza al giudice ordinario sul giudizio di rivalsa dello Stato "condannato" nei confronti del Magistrato, escludendo la legittimità della Corte dei conti. A fronte

---

<sup>17</sup> A. DE ZORZI, *Colpa grave e dolo: responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Enti pubblici*, 1/1997.

<sup>18</sup> C. conti, 5 novembre 1996, n. 385; C. cost., 6 luglio 2006, n. 273; Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12248; Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6582; C. conti, sez. giurisd. Regione Sicilia, 6 dicembre 1995, n. 394; C. conti, sez. giurisd. Regione Lombardia, 13 maggio 1996, n. 1091.

del suddetto dato normativo, la proponibilità di una concorrente azione di rivalsa nei confronti del Magistrato, autore di un danno erariale, è stata oggetto di rilevanti interventi ostativi della Corte costituzionale e delle sezioni unite della Cassazione. Tali organi giudicanti hanno chiarito che, pur sussistendo in linea di principio una responsabilità indipendente nelle sue forme, quali civile, penale e amministrativa, l'attribuzione alla Corte dei conti, in forza dell'art. 103, co. 2, Cost., della giurisdizione in materia di contabilità pubblica, comprensiva sia dei giudizi di conto che di quelli sulla responsabilità amministrativa patrimoniale, non ha carattere assoluto ma solo generale. Ogni qualvolta sussiste un'ipotesi di responsabilità amministrativa è necessario l'interposizione del legislatore ordinario<sup>19</sup>.

Dottrina e giurisprudenza sembrerebbero proiettate nel ritenere di dover affermare la competenza del giudice ordinario, in applicazione del combinato disposto di cui all' art. 1 c.p.c.<sup>20</sup> e artt. 7 e 8, l. n. 117/1988, in ipotesi di *danno patrimoniale indiretto* arrecato dal Magistrato allo Stato, che ha risarcito in sede civile il terzo danneggiato nell'esercizio di funzioni giurisdizionali. La Corte dei conti risulta essere, dunque, competente, in tutte le ipotesi di *danno diretto* arrecato dal Magistrato alla propria o ad altra amministrazione. Per fare alcuni esempi, la giurisprudenza contabile ha spesso vagliato fattispecie di danno patrimoniale diretto prodotto dai magistrati e tra le principali fattispecie possono ricordarsi: i danni da omesso versamento all'ufficio del registro di somme o titoli riscossi<sup>21</sup>; danni da emanazione di un decreto ingiuntivo nei confronti di un'amministrazione debitrice per una somma superiore a quella indicata in fattura<sup>22</sup>.

### 3.1. Cassazione civile, sez. un., 25 gennaio 2023, n. 2370

Nell'ambito di cui trattasi, recente e degna di nota è sicuramente la pronuncia della Cassazione civile a sezioni unite del 25 gennaio 2023, n. 2370, che contribuisce ad alimentare il dibattito afferente all'attribuzione della giurisdizione alla giustizia contabile o civile in ipotesi di danno da disservizio. I Giudici di legittimità sono stati chiamati a de-

---

<sup>19</sup> C. cost., 17 dicembre 1987, n. 641; C. cost., 12 gennaio 1993, n. 24; C. cost., 5 novembre 1996, n. 385.

<sup>20</sup> “Salvo speciali disposizioni di legge attribuisce ai giudici ordinari la giurisdizione civile”.

<sup>21</sup> C. conti, sez. II, 19 luglio 1971, n. 44.

<sup>22</sup> C. conti, sez. giurisd. Regione Sicilia, 6 dicembre 1995, n. 394.

rimere la questione connessa alla competenza della Corte dei conti in materia di responsabilità del Magistrato che cagioni un danno alla P.A. La controversia aveva ad oggetto la condanna della Corte dei conti ad un ex magistrato, in servizio presso il Consiglio di giustizia amministrativa, a pagare, all'Amministrazione del Consiglio di Stato, una cospicua somma di denaro a titolo di risarcimento del danno da disservizio, scaturito dai gravi e reiterati ritardi nel deposito di numerosi provvedimenti giudiziari di sua pertinenza. Il Magistrato si era costituito in giudizio sollevando il difetto di giurisdizione della Corte dei conti. L'eccezione veniva rigettata sia in primo che in secondo grado. Il soccombente proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione. Quest'ultimo denunciava, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 362, co. 1, e 360, co. 1, n. 1, c.p.c., la violazione degli artt. 3, 103 e 108 Cost., degli artt. 1, 2, 3 e 13 della l. n. 117/1988, nonché delle norme che regolano il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati speciali<sup>23</sup>, per aver, la sentenza impugnata, ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti in materia di risarcimento dei danni da disservizio, inteso come sistematico ritardo nel deposito delle sentenze. Infatti, ad avviso del soccombente, la materia della responsabilità dei magistrati sarebbe integralmente disciplinata dalla l. n. 117/1988, come modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18 e, conseguentemente, di competenza del giudice civile. I Giudici di legittimità osservavano, *in primis*, che la responsabilità amministrativo-contabile è la responsabilità patrimoniale in cui incorrono i pubblici funzionari che, in presenza di un rapporto di impiego, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi di servizio, abbiano causato un danno economico alla P.A. In quest'ambito si colloca la particolare figura del danno da disservizio.

La Corte di cassazione, con riguardo alla fattispecie in rilievo nella presente vicenda, evidenzia che i ritardi rilevano disciplinarmente solo laddove sussista un diniego di giustizia, ritenendo, altresì, diniego di giustizia il *ritardo*, e riconducendo, pertanto, tale ipotesi nell'alveo della responsabilità civile del magistrato, ai sensi della l. n. 117/1988. In questa prospettiva, specifica, inoltre, il *ritardo* deve essere valutato nella concretezza della situazione, in modo da verificare se il suo protrarsi nel tempo, possa influire sull'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto e se, dunque, l'ulteriore ritardo possa assumere il significato di vero e proprio rifiuto di un atto divenuto indifferibile. Ai fini della soluzione della questione che il ricorso solleva, il Collegio ritiene che tale ritar-

---

<sup>23</sup> D. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109.

do sia riconducibile non al c.d. *danno da disservizio* ma ad una figura di illecito disciplinare, rimessa, conseguentemente, alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura: la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per i magistrati ordinari; il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per i giudici amministrativi. Per i giudici delle sezioni unite rispetto alla responsabilità disciplinare, per la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio, occorre, dunque, un *quid pluris* rispetto al mero ritardo, ossia un danno aggiuntivo di carattere patrimoniale, che può derivare dal mancato svolgimento della prestazione lavorativa, con conseguente rottura del rapporto sinallagmatico per ciò che attiene alla retribuzione del magistrato "assenteista dalla funzione"<sup>24</sup>.

#### 4. I limiti della giurisdizione tra ordinaria e speciale

In una prima fase storica, l'ambito della giurisdizione contabile riguardava solamente i giudizi di conto. Da questo originario alveo, si sono sviluppati i c.d. "giudizi speciali", da cui è poi derivata la competenza giurisdizionale esercitabile su responsabilità amministrativa patrimoniale per danni erariali causati da amministratori, dipendenti e soggetti in rapporto di servizio con la P.A. La rilevanza ordinamentale del perimetro di giurisdizione è stata più volte confermata dal Legislatore con riferimento all'incidenza ed all'impatto delle gestioni pubbliche, sia centrali che territoriali.

La natura di giurisdizione superiore e speciale, sotto questi profili, appare essere strettamente e direttamente connessa con le funzioni di controllo e di riscontro del bilancio dello Stato e della finanza pubblica e con la particolare rilevanza, per l'ordinamento statale. In tale esteso ambito di competenza, tuttavia, è necessario porre l'attenzione al canone della *interpositio legislatoris* in materia di limiti delle potestà cognitive intestate alla Corte dei conti e attribuite conseguentemente al giudice ordinario<sup>25</sup>.

Il Giudice delle leggi ha precisato che l'individuazione del limite esterno tra giurisdizione contabile e altre giurisdizioni, in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa-patrimoniale, non opera automaticamente in base all'art. 103, co. 2, Cost. ma deve essere affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario. Il Legislatore do-

---

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 11 aprile 2018, n. 22083.

<sup>25</sup> D. Crocco, *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, 2014, p. 100.

vrà svolgere valutazioni concernenti sia gli aspetti procedurali del giudizio, sia la disciplina sostanziale della responsabilità<sup>26</sup>. La ripartizione tra giudice ordinario e giudice contabile è essenziale al fine di ostacolare la produzione di incidenze negative sulla qualità del Sistema Giudiziario, contribuendo esse da sole, alle volte, ad alimentare e incrementare un circuito volto ad ostacolarne il regolare funzionamento, con conseguenziale lesione economico-finanziario per l'intera collettività. L'individuazione esatta delle singole attribuzioni ai diversi organi giudicanti appare una strada difficile ma non impossibile. Attraverso una moderna visione globale e di sistema è possibile ottenere una dislocazione delle competenze tra i vari giudici.

Ad ogni modo, costituisce principio consolidato<sup>27</sup> la reciproca autonomia della responsabilità ordinaria e contabile, e quindi l'ammissibilità del concorso di entrambe le azioni, anche quando trovino causa nei medesimi fatti materiali e perfino ove le prime siano direttamente intentate dalle singole amministrazioni coinvolte. Infatti, l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile, promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario, restano reciprocamente indipendenti<sup>28</sup>, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima fattispecie volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. ed al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria; mentre la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della parte attrice<sup>29</sup>.

Le eventuali interferenze tra i due giudizi integrano una questione, non di giurisdizione, ma di proponibilità dell'azione di responsabilità innanzi al giudice contabile, da far valere peraltro dinanzi al giudice successivamente adito, in quanto la giurisdizione della Corte dei conti non può ritenersi sostitutiva dei normali rimedi derivanti dai singoli rapporti intercorrenti tra l'amministrazione e i soggetti danneggiati.

---

<sup>26</sup> C. cost., 26 giugno 1970, n. 110; C. cost., 30 dicembre 1972, n. 221; C. cost., 2 giugno 1977, n. 102; C. cost., 30 dicembre 1987, n. 641; C. cost., 29 gennaio 1993, n. 24.

<sup>27</sup> Cass., sez. un., 1° ottobre 2021, n. 26738.

<sup>28</sup> Cass., sez. un., 19 febbraio 2019, n. 4883.

<sup>29</sup> E.F. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa. Amministratori e dipendenti di regioni ed enti locali*, Milano, 2002.

## 5. Conclusioni

Sin dal 1948, l'impianto costituzionale vigente ha assegnato e riservato alla Corte dei conti un ruolo fondamentale nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali in materia di responsabilità amministrativa per danno erariale e nella prospettiva del corretto impiego delle risorse pubbliche. Il Legislatore non è stato in grado di dare pronta risposta alle ipotesi prospettatesi, di cui al presente elaborato, in ambito di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile. Numerose sono state le elaborazioni giurisprudenziali volte a sopperire le stringatezze e le lacune normative che hanno inciso nel malfunzionamento del Servizio Giustizia. Sebbene, quindi, appare auspicabile una maggiore teorizzazione di questo approccio sostanziale, non si assiste ancora ad un definitivo superamento dei dubbi interpretativi. Qualora le coordinate essenziali della legittimazione, stante l'oggettiva difficoltà del nostro sistema, fossero insormontabili, la giurisdizione contabile, giudice naturale della contabilità pubblica e della responsabilità amministrativa, non potrebbe che ritrarsi se non a costo di rinneare la propria più vera e antica vocazione di Istituzione che svolge le sue funzioni a *latere civis* più che a *latere principis*<sup>30</sup>.

In tale dinamica si coglie, con una percezione che non può non essere immediata, quale sia il ruolo che è chiamata a ricoprire la Corte. Ruolo che non implica, *ex se*, una contrapposizione con la giurisdizione ordinaria, ma un rapporto di cooperazione per l'efficiente esercizio dell'intero apparato giuridico<sup>31</sup>.

Si apre, dunque, una nuova strada da percorrere in cui la magistratura contabile dovrà attingere necessariamente al rigore delle categorie giuridiche per sforzarsi di costruire con equilibrio e misura, nuove figure di danno erariale, non azionabile innanzi ad alcun plesso giurisdizionale diverso da quello contabile, interpretando così con fedeltà la propria missione che è quella di tutelare gli interessi generali facenti capo allo Stato-comunità<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna, 2009.

<sup>31</sup> C. MIRABELLI, *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018.

<sup>32</sup> A. POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia "nelle fasi avverse del ciclo economico"*, in *Rivista della Corte dei conti*, 4/2020.

IL DIRITTO TRIBUTARIO E L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE:  
IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO FISCALE  
BRASILIANO E LE SUE PECULIARITÀ COME CONTRIBUTO  
ALLO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO

MARINA RIGHI

SOMMARIO: 1. Premessa: il rapporto tra politica e pubblica amministrazione. L'indipendenza del giudice come criterio di credibilità sociale. – 2. L'indipendenza del giudice tributario nell'esercizio della funzione giurisdizionale tipica e atipica. – 3. Il procedimento amministrativo tributario brasiliano: la funzione giudiziaria atipica e la singolarità della regola della parità. – 4. Conclusioni.

**Abstract:** The recent general reform introduced by Act 130/2022 brings the judge's independence back to the heart of the debate. In other words, the required judge's independence against the executive power as an expression of the separation of powers principle that exists in the democratic rule of law. As usual, the topic is addressed by public opinion with confusion and demagoguery. *Pari passu*, in the Brazilian public debate, with the recent change of government, the subject of administrative tax judges is also addressed in a very distorted manner. Although in a slightly different way and despite the need for several improvements, the Brazilian tax administrative procedure has some peculiarities that make it particularly interesting, in order to contribute to the development and refinement of the topic in Italy. In this context, trying to shed some light on the Italian debate, this paper will attempt to demonstrate, through an analysis of the existing relationship between politics and administration, that the simplistic view of judicial independence as a typical feature of the justice function is not always the best way to achieve the objectives of the democratic rule of law. Certain branches of public law cannot be treated from a private jurisdictional point of view, without considering the particular way that the state's public functions develop. In this sense, this work aims to show that administrative litigation that allows for democratic parti-

icipation between the tax authorities and taxpayers can be an excellent tool for achieving not only the judge's independence principle goals but also a more technical and appropriate procedure that takes into account some public functions peculiarities, such as the fiscal one.

### **1. Premessa: il rapporto tra politica e pubblica amministrazione. L'indipendenza del giudice come criterio di credibilità sociale**

L'indipendenza del giudice si intreccia da un lato con la credibilità sociale della funzione di giustizia e dall'altro col rapporto tra politica e pubblica amministrazione. Su questo punto, è necessario soffermarsi su alcune considerazioni generali.

Com'è noto, la concentrazione di tutti i poteri nelle mani di un solo organo o individuo, non solo sarebbe incompatibile col controllo sociale tipico di una società aperta, per non dire democratica, ma sarebbe inefficiente nella gestione di una società minimamente complessa. La sovrapposizione di competenze in una stessa persona potrebbe essere soggetta alle sue mutevoli simpatie per alcuni collaboratori, alle gelosie reciproche, alle lotte di potere, *etc.*

Stato di diritto significa dunque ripartizione di competenze, accompagnata da controlli sul loro esercizio e contrappesi tra un potere e l'altro. Il pubblico potere deve pertanto essere organizzato in organi che esercitano funzioni tra di loro indipendenti, com'è accaduto con l'emergere degli Stati moderni<sup>1</sup>.

In questo modo, la giustizia, intesa come potere di risoluzione delle controversie tra privati, viene delegata a un organo diverso da quello politico. A questo punto, la contaminazione degli orientamenti valoriali, di ordine morale, basati su un insieme di principi difesi dall'opinione pubblica, derivante da una situazione in cui la funzione di giustizia è esercitata dalla stessa persona che amministra la politica, finisce per non influenzare, almeno non esplicitamente, il processo di giudizio del giudice.

Com'è ampiamente noto, in epoca moderna, uno dei principali esponenti della teoria della separazione dei poteri è Montesquieu. Se-

---

<sup>1</sup> H. THEODORO JÚNIOR, *Jurisdição e competência*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 38/2000, p. 146.



condo l'autore, lo Stato avrebbe tre grandi funzioni specializzate (legislativa, esecutiva e giudiziaria) che dovrebbero necessariamente essere affidate a organi distinti e indipendenti, in modo da garantire l'autonomia di ciascuno di essi.

In termini concreti, l'idea della separazione dei poteri è stata introdotta per la prima volta dalla Costituzione degli Stati Uniti che, in modo un po' più sviluppato, ha cercato di garantire questa separazione attraverso il famoso *system of checks and balances*. In breve, l'idea è che ciascuno dei poteri, tramite le sue funzioni tipiche e atipiche, sia limitato e allo stesso tempo controlli gli altri.

Questo è il sistema adottato in Brasile, per cui è inappropriato parlare di una separazione assoluta o radicale dei poteri, che invece interagiscono nel controllo reciproco. Come sostiene Ávila, invece di una separazione, ciò che esiste è la positivizzazione di una suddivisione funzionale del potere statale in diversi organi. In tale prospettiva, ognuno ha il suo "nucleo funzionale", che caratterizza la sua funzione principale o tipica, ma non esclusiva, svolgendo anche altre funzioni accessorie<sup>2</sup>.

In questo contesto, il termine *giurisdizione*, locuzione latina *iurisdictio*, comprende non solo la giurisdizione in quanto funzione tipica garantita agli organi del Potere Giudiziario, ma anche quella atipica, che può essere esercitata da qualsiasi organo dello Stato per via contenziosa, compresi i Poteri Legislativo ed Esecutivo/Amministrativo<sup>3</sup>.

È opportuno notare che questa funzione, quando esercitata dagli organi della magistratura (Potere Giudiziario), presenta dei tratti particolari. L'attività di risoluzione dei conflitti in questo contesto si esercita necessariamente in una posizione di terzietà rispetto alle parti in conflitto<sup>4</sup>. Questa posizione di indipendenza è un vero e proprio fattore di credibilità della funzione giudiziaria<sup>5</sup>. Ciò non avviene, invece, nei casi in cui la funzione è svolta atipicamente dagli altri Poteri, in particolare dall'Esecutivo e dai suoi organi periferici, compresi quelli tributari.

La questione, come si vedrà in seguito, è stata oggetto di molta demagogia nel corso degli anni, facendo nascere l'idea della necessaria indipendenza di chi risolve anche atipicamente le controversie tributarie, con alcune confusioni tra indipendenza e imparzialità.

---

<sup>2</sup> H. ÁVILA, *A separação dos poderes e as leis interpretativas modificativas de jurisprudência consolidada*, in M. DERZI (a cura di), *Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário*, Belo Horizonte, 2010, p. 54.

<sup>3</sup> M. DELIGNE, *Efeitos das decisões no processo administrativo tributário*, Tesi di dottorato, Universidade de São Paulo, 2020, p. 36.

<sup>4</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 82-86.

<sup>5</sup> R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, Roma, 2022, p. 69.

È proprio su questo punto che si concentra il presente lavoro. Cioè, sulla funzione giustiziale esercitata atipicamente dalla stessa Pubblica Amministrazione. Ancor più specificamente, questo contributo, sulla base dell'esperienza brasiliana, cercherà di rispondere alla seguente domanda: la semplice indipendenza dei giudici tributari nell'esercizio della funzione giustiziale atipica è davvero la via più efficace per il raggiungimento degli obiettivi di uno Stato democratico di diritto?

## **2. L'indipendenza del giudice tributario nell'esercizio della funzione giurisdizionale tipica e atipica**

Il diritto tributario in quanto regolatore di una funzione pubblica esercitata dallo Stato presenta alcune particolarità rispetto al diritto civile. Come si vedrà di seguito, le discussioni sull'indipendenza e l'imparzialità del giudice peccano proprio nell'affrontare la questione senza considerare queste peculiarità.

Molto brevemente, uno dei principali problemi attuali correlati allo studio delle funzioni pubbliche esercitate dallo Stato è il fatto che il modello privatistico della lite è stato utilizzato per spiegare il diritto nel suo complesso<sup>6</sup>. Per i rapporti tra privati, l'intervento del potere pubblico è di solito solo potenziale e si verifica esclusivamente in caso di controversia tra le parti. Nei rapporti tra pubblico e privato, invece, l'intervento del potere pubblico è preliminare rispetto all'insorgere di una lite<sup>7</sup>. In altre parole, a differenza del diritto civile, nel diritto tributario il magistrato valuta l'operato di un altro soggetto che ha già valenza autoritativa<sup>8</sup>.

La funzione amministrativa fiscale viene normalmente svolta in un primo momento da un funzionario incaricato della verifica, dell'indagine e quindi dell'accertamento del tributo dovuto dal contribuente. Successivamente, all'interno dell'amministrazione tributaria stessa, diversi funzionari potrebbero essere responsabili dell'esercizio di una funzione contenziosa di revisione di atti emanati dalle stesse autorità pubbliche, tramite il loro potere di autotutela<sup>9</sup>, intesa in senso ampio

---

<sup>6</sup> R. LUPU, *Cannibalizzazione giurisdizionale del diritto e funzione tributaria*, in *art.torvergata.it*, p. 61.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> A. VIGNOLI, *La Giurisdizione nella funzione tributaria*, Milano, 2020, p. 101.

<sup>9</sup> Sul tema: D. STEVANATO, *L'autotutela dell'amministrazione finanziaria. L'annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Padova, 1996.

come rideterminazione di una pretesa, tenendo conto delle osservazioni del relativo destinatario.

Questa funzione contenziosa sviluppata atipicamente dalla pubblica amministrazione comprende un rapporto in cui risulta centrale la sua propria funzione, allontanandosi dalla tipica terzietà del processo giurisdizionale esercitato dalla magistratura. In questo contesto, lo Stato-amministrazione è contemporaneamente parte e giudice<sup>10</sup>, anche se spesso rappresentato internamente da organi diversi<sup>11</sup>. Non si tratta però di una contingenza, ma di un aspetto derivante dalla struttura stessa dal funzionamento dello Stato.

A questo punto, anche senza l'indipendenza, essenziale per la credibilità della funzione giudiziaria, il riesame amministrativo, imparziale e impersonale, basato sul principio della moralità amministrativa e sul correlato dovere di lealtà, è il mezzo principale per correggere errori ed omissioni dovuti alla serialità e alla vastissima scala su cui vanno gestite le funzioni pubbliche.

Non è detto, comunque, che questo rimedio contenzioso basti allo Stato di diritto democratico, dove serve un giudice "amministrativo" davvero indipendente. L'obiettivo qui è solo quello di dimostrare che la funzione giurisdizionale atipica sviluppata dalla stessa pubblica amministrazione, attraverso l'esercizio dell'autotutela, non può essere contaminata dall'erronea idea che tutti i giudici tributari debbano necessariamente essere indipendente. Questo è ciò che verrà dimostrato con l'esperienza brasiliana.

In ogni caso, per quanto riguarda la necessità di un giudice amministrativo indipendente, è opportuno un breve cenno alla recente esperienza italiana. La questione è stata di recente riformata. Come è noto, con la l. 31 agosto 2022, n. 130, i giudici tributari, precedentemente onorari, sono stati trasformati in giudici togati, a tempo pieno, con lo stesso status di magistrato ordinario.

Questa riforma è stata in realtà più un processo di professionalizzazione dei giudici tributari<sup>12</sup> che, pur facendo parte del potere esecutivo, erano già indipendenti da prima, in quanto non soggetti a poteri gerarchici da parte del Ministero dell'Economia e delle finanze. Si è

---

<sup>10</sup> A. TROPEA, *La funzione giustiziale dell'amministrazione finanziaria*, Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi Di Milano-Bicocca, a.a. 2017/2018, p. 9.

<sup>11</sup> J. CARVALHO FILHO, *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei n° 9.784/1999*, São Paulo, 2013, p. 24.

<sup>12</sup> E. DELLA VALLE, *La "dipendenza" del giudice tributario di nuovo alla Corte costituzionale*, in *Il fisco*, 4/2023, p. 350.

concluso che l'indipendenza dei giudici non deriva dalla loro posizione in un particolare ministero, ma principalmente dalla loro preparazione e formazione, che potrebbe essere risolta con la selezione attraverso un concorso pubblico<sup>13</sup>.

Comunque, come già accennato, l'obiettivo di questo contributo non è quello di entrare nei dettagli della questione dell'indipendenza del giudice tributario nello svolgimento della funzione giurisdizionale tipica. Si intendi, infatti, dimostrare come l'ordinamento giuridico brasiliano, pur essendo molto simile a quello italiano, affronti la questione della funzione giurisdizionale atipica esercitata dall'amministrazione fiscale in modo del tutto peculiare.

### **3. Il procedimento amministrativo tributario brasiliano: la funzione giudiziaria atipica e la singolarità della regola della parità**

Il Brasile, in modo un po' diverso dall'Italia, ha sia un procedimento fiscale amministrativo, che corrisponde alla tutela gerarchico-politica dell'amministrazione tributaria, sia un processo fiscale giudiziario, che rappresenta la tutela giurisdizionale in senso stretto. Così, all'interno del Ministero delle Finanze, ci sono giudici onorari che si occupano delle controversie che emergono all'interno della stessa amministrazione pubblica, nell'esercizio del suo potere-dovere di autotutela, e all'interno del Potere Giudiziario magistrati ordinari togati soggetti a concorso pubblico deputati a giudicare anche le cause di natura tributaria.

Come già accennato, questo punto si occuperà specificamente della funzione giuridica atipica (contenzioso amministrativo) sviluppata dai funzionari della Pubblica Amministrazione, all'interno del Potere Esecutivo.

In questo contesto, è opportuno illustrare la struttura della funzione amministrativa fiscale brasiliana. In estrema sintesi, come in Italia, la funzione amministrativa di verifica e indagine che dà luogo all'accertamento fiscale è di solito svolta da un dipendente dell'amministrazione tributaria. Se durante la verifica si constata che il contribuente ha dichiarato meno di quanto avrebbe dovuto, si procede a una contestazione formulata mediante un atto amministrativo. Quest'atto può esse-

---

<sup>13</sup> A. GIOVANARDI - M. ANTONINI, *Per un giudice tributario togato a tempo pieno: se non ora quando?*, in *Il fisco*, 31/2021, p. 3054.

re impugnato<sup>14</sup> in primo grado e sarà analizzato da un organo collegiale composto normalmente da cinque dipendenti dell'amministrazione tributaria brasiliana. Se quest'organo contenzioso di riesame decide di confermare l'atto di accertamento, il contribuente avrà diritto a presentare un ricorso in secondo grado a un altro organo collegiale, sempre interno all'Amministrazione finanziaria, denominato *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais* (CARF)<sup>15</sup>.

Il CARF, tuttavia, presenta una grande peculiarità: la sua composizione paritaria. In altri termini, è un organo collegiale<sup>16</sup> formato, su base paritaria<sup>17</sup>, sia da giudici dipendenti dall'amministrazione fiscale che da giudici onorari nominati dalle confederazioni che rappresentano le categorie economiche e dalle centrali sindacali<sup>18</sup>.

La problematica che attualmente è oggetto di discussione è il modo in cui viene decisa la controversia: essendo un organo paritario, in caso di pareggio dev'esserci un modo per dirimere la questione.

Fin dal 1931, per quasi 90 anni, la risoluzione è sempre stata il *voto de qualidade*, in base al quale il voto del presidente del collegio giudicante – sempre un dipendente dell'amministrazione fiscale e quindi

---

<sup>14</sup> Ogni contribuente brasiliano, sia esso una persona fisica o giuridica, ha il diritto di ricorrere a un tribunale amministrativo nel caso in cui venga accertato dalle autorità fiscali e non sia conforme alle imposte applicate. L'impugnazione amministrativa può essere preparata dal cittadino stesso, dal suo avvocato o da qualsiasi altro professionista che lo rappresenti. Non ci sono costi e non è richiesto un professionista specifico. Il fisco, invece, è difeso nel processo amministrativo fiscale a livello federale da un avvocato dello Stato Federale. (A.L. MARTINS, *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais*, Rio de Janeiro, 2010, p. 31).

<sup>15</sup> Sia il fisco che il contribuente possono ricorrere alla Camera Superiore dei Ricorsi Fiscali se la decisione di una determinata camera si basa su un'interpretazione della legge diversa da quella di un'altra camera, di un collegio, di un collegio speciale o della stessa Camera superiore dei ricorsi fiscali.

<sup>16</sup> L'organo è composto da tre sezioni di giudizio e dalla Camera Superiore dei Ricorsi Fiscali. Le sezioni sono costituite da camere, suddivise in collegi. Ogni collegio ha otto giudici, quattro rappresentanti del fisco e quattro rappresentanti dei contribuenti. I casi che riguardano piccoli importi, questioni ricorrenti o di bassa complessità sono giudicati dai collegi speciali. (A.L. MARTINS, *Op. cit.*, p. 128).

<sup>17</sup> La parità tra i rappresentanti dell'erario nazionale e i contribuenti è rispettata a tutti i livelli, nella composizione delle sezioni, dei collegi o dei collegi speciali (*Ibid.*).

<sup>18</sup> In entrambi i casi, la scelta dei consiglieri avviene sulla base della valutazione tecnica di un Comitato, sulla base delle liste triple inviate dalle rispettive rappresentanze. Questo comitato, a composizione plurale, è formato dal Presidente del CARF e dai rappresentanti dei seguenti organi: Segreteria dell'Amministrazione Fiscale; Procura Generale del Tesoro Nazionale; Confederazioni che rappresentano le categorie economiche a livello nazionale; Società Civile e Ordine degli Avvocati del Brasile - OAB.

un rappresentante del fisco – era quello prevalente. Nel 2020 è stato introdotto l’art. 19-E nella l. 19 luglio 2002, n. 10.522, in base al quale, in caso di parità, la controversia sarebbe stata risolta a favore del contribuente. Questa decisione, tuttavia, è stata presa durante il mandato di un governo di destra in Brasile.

A questo punto, all’inizio di quest’anno, con il cambio di governo, con un presidente con un orientamento più di sinistra, tale disposizione è stata revocata. Tutto questo contesto ha fatto sì che la vicenda assumesse una dimensione politico-ideologica, avulsa da un dibattito meditato e tecnico sul tema.

Da una parte (di destra), la discussione è stata inquinata dal pregiudizio sull’odiosità della tassazione, per cui la controversia dovrebbe per forza essere risolta a favore del contribuente, in virtù della massima *in dubio pro reo*; dall’altra, ha operato il pregiudizio “di sinistra” secondo cui il CARF sarebbe stato subordinato a interessi privati, soprattutto quelli delle grandi aziende, in modo che l’obiettivo di combattere i grandi evasori fiscali sarebbe stato compromesso. La coesistenza della regola di risolvere il pareggio a favore del contribuente e della struttura di parità è stata molto criticata. A questo punto, la questione è diventata fumosa e, come spesso accade nelle democrazie, è stato caratterizzato da discorsi populistici e demagogici.

Il punto è che, da una parte all’altra, c’è molta confusione in questo dibattito, il che dimostra appunto la necessità di riprenderlo da una prospettiva più di spiegazioni giuridico sociale. A tale scopo bisogna partire dal presupposto che il CARF non ha il compito di salvaguardare il gettito, o di tutelare il contribuente, ma è un organo giudicante che esercita una funzione giurisdizionale atipica.

Da un lato, la regola di risolvere la controversia a favore del contribuente ignora lo status giuridico degli atti amministrativi, stabilendo la presunzione di illegittimità dell’accertamento fiscale in caso di parità. La preponderanza della posizione assunta dal presidente del collegio – rappresentante del fisco – riflette esclusivamente la logica secondo cui il suo orientamento decisionale sarà statisticamente più allineato con le posizioni dell’Unione su alcune tematiche<sup>19</sup> (anche se non necessariamente)<sup>20</sup>. Dall’altro lato, l’ipotesi che il CARF abbia una fun-

---

<sup>19</sup> C.A. NETO, *O Carf, o modelo paritário e os ovos da serpente*, in *Conjur.com*, 9 febbraio 2023.

<sup>20</sup> In un sondaggio condotto da Carlos Augusto Daniel Neto e Diego Diniz Ribeiro, nel 2019, a partire dai risultati dei *votos de qualidade*, del 5,3% del totale, l’1,3% era a favore dei contribuenti (24,53% dei *votos de qualidade*). A sua volta, a febbraio

zione di riscossione fiscale (salvaguardia del gettito) implica che la sua attività si limiti a confermare gli accertamenti, il che, *per saltum*, porterebbe a concludere che gli accertamenti sarebbero infallibili e che il tribunale non sarebbe necessario<sup>21</sup>.

Come già accennato, il problema si è spostato infine sulla tematica della parità. Questo avvicinamento tra i due argomenti si basa molto di più sulla presunzione che i giudici che rappresentano i contribuenti abbiano una propensione a votare contro l'accertamento nelle discussioni di tesi controverse. Questa propensione esiste in una certa misura, ma non deriva da parzialità o conflitto di interessi, bensì da predisposizioni intellettuali presenti in qualsiasi giudice, indipendentemente dalla sua rappresentazione<sup>22</sup>.

Questi giudici come qualsiasi altro hanno il dovere di esercitare la loro funzione guidati da norme etiche, in particolare quelle relative all'imparzialità, all'integrità, alla moralità e al decoro<sup>23</sup>. Pertanto, quando un dipendente dell'Amministrazione Tributaria viene trasferito al CARE, deve rinunciare al compito di ottenere risorse finanziarie per lo Stato e svolgere in modo imparziale il suo ruolo di giudice. Allo stesso modo, quando un avvocato tributarista viene nominato ed inizia a far parte di quell'organo come giudice, deve mettere da parte il suo ruolo di difensore del contribuente. Da un punto di vista istituzionale, questa è la prestazione che si aspetta dai suoi membri, siano essi dipendenti dell'Amministrazione Tributaria o nominati dai sindacati e dalle confederazioni che hanno i posti nell'organo<sup>24</sup>.

Ai critici di questo modello, è importante notare le cifre. A titolo puramente informativo, secondo i dati ufficiali dell'organo, nel 2021, le votazioni all'unanimità hanno rappresentato l'81,4% delle decisioni, mentre la parità ha rappresentato il 3,5% delle sentenze. Il restante 15,1% è stato espresso a maggioranza<sup>25</sup>. Questi numeri non fanno altro che dimostrare ciò che è già stato dimostrato da diversi studi, ovvero che la partecipazione di giudici con posizioni antagoniste agli or-

---

2020, del 3,2% dei *votos de qualidade*, l'1,3% era a favore dei contribuenti (40,63%) (C.A. NETO - D. RIBEIRO, *O voto de qualidade não é o problema do Carf*, in *Conjur.com*, 1 aprile 2020).

<sup>21</sup> D. RIBEIRO, *Para que serve um tribunal administrativo fiscal?*, in *Conjur.com*, 8 febbraio 2023.

<sup>22</sup> C.A. NETO, *Op. cit.*

<sup>23</sup> L.M. OLIVEIRA - S. ACCIOLY, *Repensando a imparcialidade no contencioso administrativo fiscal*, in *Conjur.com*, 10 maggio 2023.

<sup>24</sup> L.M. OLIVEIRA - M. GAMEIRO, *Desmistificando e desmitificando o Carf*, in *Conjur.com*, 18 gennaio 2023.

<sup>25</sup> Disponibile su: [Idg.carf.fazenda.gov.br](http://Idg.carf.fazenda.gov.br), 28 ottobre 2021.

gani collegiali porta, nel tempo, a una convergenza delle posizioni, abbandonando difese preconcepite<sup>26</sup>.

La parità, quindi, a parere di chi scrive, non è il problema del CARF, ma il suo più grande punto di forza. Questa non deriva da alcun comando costituzionale, né è obbligatoria per i tribunali amministrativi, ma nasce piuttosto da una scelta politica democratica, che si ripercuote anche sulla strutturazione dei tribunali amministrativi statali e municipali brasiliani<sup>27</sup>.

Proprio perché nel processo amministrativo lo Stato-amministrazione è allo stesso tempo parte e giudice, non ci si può aspettare che si muova sempre con l'equidistanza di interessi che caratterizza la posizione degli organi giurisdizionali<sup>28</sup>. Ecco perché la presenza di esponenti delle categorie economiche nei giudizi è un elemento che lascia all'organo decisioni più rappresentative, in grado di bilanciare/attenuare la posizione di giudice e parte della Pubblica Amministrazione.

La possibilità che i rappresentanti dei contribuenti partecipino a questi giudizi amministrativi conferisce maggiore credibilità e legittimità alle decisioni, consentendo alla società civile di avere una voce attiva nello svolgimento delle principali discussioni fiscali di interesse nazionale. Le diverse visioni del mondo, frutto delle diverse formazioni ed esperienze professionali dei suoi membri, sono ciò che qualifica le decisioni emesse da questo tribunale<sup>29</sup>. In altre parole, si può dire che in questo modello adottato in Brasile la massima del "*no taxation without representation*" venga recepita non solo dal punto di vista legislativo, come formulazione delle regole fiscali, ma anche dal punto di vista della loro applicazione.

In questo contesto, anche se i suoi giudici non possono definirsi a rigore indipendenti – non solo nel senso che fanno parte di un ministero interno al potere esecutivo, ma anche nel senso che alcuni dei loro membri sono dipendenti della stessa amministrazione pubblica –, il CARF dispone di meccanismi unici in grado di raggiungere in modo molto efficace alcuni degli obiettivi dello Stato di diritto democratico, come l'affidabilità delle sue decisioni.

Il suo modello paritario cerca di realizzare la cooperazione tra poli antagonisti in un conflitto giuridico, soprattutto quando le parti coin-

---

<sup>26</sup> C.A. NETO, *Op. cit.*

<sup>27</sup> C.A. NETO - D. RIBEIRO, *Op. cit.*

<sup>28</sup> J. CARVALHO FILHO, *Op. cit.*, p. 24.

<sup>29</sup> D. RIBEIRO, *Op. cit.*



volte sono la pubblica amministrazione e gli amministrati<sup>30</sup>. Tramite tale cooperazione, l'obiettivo è quello di attuare il diritto tributario controverso con certezza e giustizia, al fine di promuovere non interessi strategici di una parte o dell'altra, ma la razionalizzazione dell'ambiente tributario del Paese.

Inoltre, non vi è alcun dubbio che il contenzioso amministrativo tributario contribuisce in modo significativo non solo alla riduzione delle controversie da portare davanti alla magistratura, ma anche allo sviluppo del diritto tributario stesso, in quanto i suoi componenti acquisiscono gradualmente un'alta specializzazione.

Tuttavia, qualora la pretesa non sia soddisfatta in sede amministrativa, rimane sempre il diritto del contribuente di ricorrere al Potere Giudiziario, seguendo lo stesso percorso di qualsiasi altra giustizia, con un giudice di fatto indipendente<sup>31</sup>. In Brasile esistono quindi due canali autonomi e indipendenti a cui il contribuente può ricorrere in caso di disaccordo con la tassazione che gli viene imputata.

Per quanto riguarda l'Amministrazione fiscale, invece, nel caso in cui la controversia sia stata decisa in via amministrativa a favore del contribuente, è vietato il ricorso al Potere Giudiziario, poiché, essendo il CARF parte integrante del Ministero delle Finanze, verrebbe eliminato l'interesse giuridicamente rilevante dell'erario a contestarne le decisioni.

Fatte tutte queste riflessioni, non si può negare che il procedimento amministrativo fiscale brasiliano necessiti ancora di molti miglioramenti. Tuttavia, la questione della parità non è sicuramente una di queste. Il tribunale amministrativo brasiliano, anche se non è un organo indipendente, ha dei meccanismi democratici molto interessanti, in grado di mitigare un presunto problema derivante dalla mancanza di terzietà nel procedimento amministrativo fiscale.

#### 4. Conclusioni

Come è stato dimostrato nel corso di questo lavoro, sebbene l'indipendenza del giudice sia un requisito essenziale per lo sviluppo della funzione giudiziaria svolta dalla magistratura – anche tributaria –, l'in-

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Dall'esecuzione per riscuotere il credito d'imposta, fino alle azioni in cui il contribuente stesso figura nel polo attivo, come le azioni di annullamento degli atti, dichiarative dei rapporti tributari, ripetitive, ecc.

dipendenza di chi svolge una funzione giudiziaria atipica non è necessariamente il modo migliore per raggiungere gli obiettivi di uno Stato democratico di diritto. Il diritto pubblico, e in particolare il diritto tributario, presenta delle peculiarità che non possono essere risolte con la semplice implementazione di un modello giurisdizionale di tipo privatistico. È un punto da tenere presente, superando le prevenzioni ideologizzate con cui la questione viene spesso affrontata nella discussione pubblica.

Si è cercato di dimostrare questa ipotesi attraverso il processo amministrativo fiscale brasiliano che, nonostante la necessità di vari miglioramenti, dispone di mezzi propri molto interessanti per coniugare efficienza e obiettivi dello Stato democratico di diritto, non necessariamente mediante l'indipendenza del giudice tributario. Tramite una struttura che mantiene la condizione di giudice e di parte della pubblica amministrazione nelle cause giudicate in via amministrativa, tipica del suo potere politico-gerarchico dell'autotutela, si cerca di attenuare e mitigare tale situazione con la partecipazione di rappresentanti degli amministrati stessi nelle decisioni. Si utilizza un modello in cui la dialettica tra soggetti con diversi bagagli e visioni del mondo è fondamentale per le decisioni che vengono prese.

SEZIONE QUARTA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE  
NEL GIUDIZIO PENALE E PENITENZIARIO



# L'INDIPENDENZA GIUSTIZIALE NEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE PENITENZIARIO

DOMENICO CIABURRI

SOMMARIO: 1. I tre punti dell'analisi. – 2. Il grado d'indipendenza assicurato. – 3. La legittimità del grado d'indipendenza assicurato. – 4. L'adeguatezza del grado d'indipendenza assicurato.

**Abstract:** Having stated that judicial activity is not only vested in the holders of judicial power, but also in the administration, this article, in describing the modalities of conducting disciplinary proceedings in the penitentiary system, raises the question of the degree of independence guaranteed to the bodies involved in punishing prisoners' disciplinary violations. This is done, on the one hand, by verifying the compatibility with the ECHR and constitutional criteria, and, on the other hand, by proving the adequacy of the procedure to ensure the effective achievement of the institutional objectives for which the procedure is intended. The risk that evaluations, which are independent of the determination of the accused's responsibility, are included in the disciplinary procedure, must also be taken into account.

## 1. I tre punti dell'analisi

Anche l'amministrazione può essere chiamata a giudicare<sup>1</sup> e, per quanto di specifico interesse in questa sede, a sanzionare<sup>2</sup>. In questo

---

<sup>1</sup> A titolo esemplificativo: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 3/2019, pp. 1825 ss.; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *federalismi.it*, 10/2017, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> Non solo in esito alla depenalizzazione: M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e ga-*

breve contributo, nella speranza di cogliere una delle sfumature del tema oggetto dell'opera nella quale lo stesso è destinato a confluire, ci si vuole interrogare sulla doverosità e sull'opportunità di assicurare agli organi amministrativi che svolgono funzioni sanzionatorie una qualche forma d'indipendenza. Chiaro è che, in questo caso, non potrà parlarsi di quell'indipendenza esterna e piena, propria del giudice in senso stretto<sup>3</sup>, ma ci si riferirà ad un'altra indipendenza<sup>4</sup>, da misurarsi sulla "distanza" tra chi svolge attività amministrative cc.dd. neutrali e chi svolge attività di amministrazione attiva in senso stretto<sup>5</sup>. Di un'indipendenza, se si accoglie la tesi che utilizza il termine con riguardo ai procedimenti che si riferiscono alle caratteristiche<sup>6</sup> e non, genericamente, all'attività giurisdizionale<sup>7</sup>, di tipo giustiziale<sup>8</sup>.

Il tema verrà affrontato con un *focus* specifico sul procedimento sanzionatorio penitenziario<sup>9</sup>. In tal senso si procederà, nei paragrafi

ranzia, Bologna, 1995; P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2018, pp. 1073 ss.

<sup>3</sup> Sull'indipendenza, esterna, interna, organizzativa, formale, sostanziale, del giudice: G. GUZZETTA - F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2018; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2017; A. ROMANELLI, *L'assetto ordinamentale della magistratura*, in *Dir. dif.*, 3/2020, pp. 606 ss.; D. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, pp. 89 ss.

<sup>4</sup> V. M. DUGATO, *Indipendenza e diritto amministrativo*, in *An. giur. ec.*, 2/2022, pp. 459 ss.

<sup>5</sup> La dicotomia tra amministrazione attiva e sanzionante, meglio esaminata più avanti, è antica (P. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Bil. com. pers.*, 1/2019, pp. 118 ss.) e per alcuni superata (F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 115).

<sup>6</sup> Il termine giustiziale, utilizzato in senso stretto, si riferisce ai soli procedimenti che garantiscono una qualche indipendenza al giudicante: A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2015, pp. 54 ss.

<sup>7</sup> Se inteso in senso ampio, il termine giustiziale può essere riferito a tutti i procedimenti contenziosi: N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution con particolare riguardo alla figura del difensore civico*, in *Il proc.*, 2/2021, pp. 265 ss.; M. CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2012, pp. 175 ss.

<sup>8</sup> Se il termine giustiziale si riferisce alle caratteristiche paragiurisdizionali del giudicante, allora esso ben può riguardare anche i procedimenti sanzionatori: F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1/2018, pp. 1 ss.

<sup>9</sup> Da non confondere col procedimento disciplinare a carico degli operatori penitenziari, quali pubblici dipendenti. D. BRUNO, *Il procedimento disciplinare carcerario: brevi riflessioni sulle questioni aperte*, in *Giur. pen. web*, 5/2021.

che seguono, a verificare: *a)* se e quanto gli organi deputati a sanzionare il detenuto siano indipendenti da quelli addetti alla gestione amministrativa del carcere; *b)* se il grado di indipendenza assicurato sia convenzionalmente e costituzionalmente legittimo; *c)* se e come l'indipendenza prefata impatti sulla capacità del procedimento sanzionatorio in parola di soddisfare efficacemente gli interessi al cui perseguimento è preposto.

## 2. Il grado d'indipendenza assicurato

L'ordinamento penitenziario<sup>10</sup> prepone al giudizio sanzionatorio i due diversi organi del Direttore e del Consiglio di Disciplina<sup>11</sup>, a seconda che la sanzione da applicare rientri tra le due più lievi del richiamo e dell'ammonizione o tra le tre più gravi dell'esclusione da attività ricreative e sportive, dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta, dell'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni<sup>12</sup>. Sempre al Direttore, invece, è rimessa la contestazione dell'addebito e il compito di svolgere o disporre ulteriori accertamenti istruttori<sup>13</sup>. Il Direttore ha inoltre alcuni poteri cautelari<sup>14</sup>, mentre, per quanto riguarda il Comandante di Reparto, è sufficiente che quest'ultimo sia presente al momento della contestazione<sup>15</sup>.

Orbene, per quanto concerne il grado d'indipendenza del Direttore, è bene rilevare che quest'ultimo non è altro che il dirigente penitenziario<sup>16</sup> con incarico di direzione dell'Istituto presso il quale il detenuto si trova<sup>17</sup>. Il Direttore cumula con le competenze sanzionatorie susposte, quelle di funzionario delegato<sup>18</sup>, datore di lavoro<sup>19</sup>, responsabile periferico dell'attuazione dell'indirizzo amministrativo<sup>20</sup>. Egli è,

---

<sup>10</sup> L. 26 luglio 1975, n. 354.

<sup>11</sup> Art. 40 della l. n. 354/1975. In argomento: AA.VV., *Diritto penitenziario*, IV ed., 2020; F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, II ed., Torino, 2021.

<sup>12</sup> Art. 33 della l. n. 354/1975.

<sup>13</sup> Art. 81 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

<sup>14</sup> Art. 78 del d.P.R. n. 230/2000.

<sup>15</sup> Art. 81, d.P.R. n. 230/2000.

<sup>16</sup> D.l., 15 febbraio 2006, n. 63.

<sup>17</sup> La competenza si radica in base alla sede presso la quale il soggetto è detenuto (artt. 40 ss., l. n. 354/1975).

<sup>18</sup> AA.Vv., *Contabilità penitenziaria*, Napoli, 2006.

<sup>19</sup> Art. 2, co. 1, lett. *b)* del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

<sup>20</sup> Art. 4 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

da ultimo, rimovibile dall'incarico anche solo per ragioni di oggettiva opportunità<sup>21</sup>. Nel caso delle sanzioni monocratiche, quindi, si concentrano nello stesso organo le funzioni decisorie e istruttorie del procedimento penitenziario, oltre che quelle di gestione dell'Istituto nel suo complesso. Manca, insomma, quell'indipendenza (si dirà dopo se necessaria) di cui si è detto in *incipit*.

Il Consiglio di Disciplina, invece, è composto da un funzionario giuridico pedagogico<sup>22</sup>, da un esperto in criminologia, psichiatria, pedagogia<sup>23</sup> e dal Direttore, che lo presiede. Anche nel caso delle sanzioni collegiali, la contestazione e l'istruttoria rimangono di competenza del Direttore, ma ciò non assicura una reale separazione tra l'Ufficio che accusa e quello che giudica, né, per quanto qui di interesse, tra quello che sanziona e chi è addetto alla gestione amministrativa del carcere. *In primis*, perché il titolare del primo è anche presidente del secondo, *in secundis*, perché i componenti del Consiglio stanno comunque in un rapporto di dipendenza col Direttore, sia funzionale che gerarchica, in quanto incardinati all'interno dell'ufficio dirigenziale affidato al soggetto in parola. L'indipendenza degli organi amministrativi è, pertanto, del tutto assente. Le funzioni del giudicare e quella dell'amministrare si concentrano, confondendosi, sia per le sanzioni monocratiche, sia per quelle collegiali, in capo agli stessi organi che devono occuparsi della gestione amministrativa del carcere.

Per completezza descrittiva è bene rilevare che il sindacato del giudice di sorveglianza<sup>24</sup>, in caso di ricorso avverso la sanzione disciplinare, non è sempre pieno e, anzi, nel caso delle sanzioni più lievi, è limitato ad alcuni dei profili di legittimità del procedimento e, solo nel caso di quelle più gravi, è esteso anche al merito<sup>25</sup>. I poteri sostitutivi, da ultimo, sono riservati alla sola fase di ottemperanza<sup>26</sup>. Pertanto, e per quanto qui rileva, la scarsa indipendenza dell'organo amministrativo sanzionante non è del tutto recuperata in sede processuale, ove, pur essendoci un giudice indipendente, lo stesso non può esprimersi su tut-

<sup>21</sup> Art. 10 del d.l. 15 febbraio 2006, n. 63.

<sup>22</sup> Art. 40, l. n. 354/1975.

<sup>23</sup> Art. 80 della l. n. 354/1975.

<sup>24</sup> La magistratura di sorveglianza ha una competenza esclusiva sui ricorsi del detenuto. Sul punto: C. cost., 3 luglio 1997, n. 212; F. PICOZZI, *Commento all'art. 35-bis*, in S. CONSOLO (a cura di), *Codice penitenziario commentato*, IV ed., Roma, 2020, pp. 272 ss.

<sup>25</sup> Art. 35-bis della l. n. 354/1975.

<sup>26</sup> M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti del detenuto*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, cit., pp. 69 ss.



te le porzioni di procedimento, essendo molte di esse sottratte al suo sindacato<sup>27</sup>. Si vedrà nei paragrafi che seguono quale rilevanza abbia quest'ultimo dato.

### 3. La legittimità del grado d'indipendenza assicurato

Estrapolato il dato di cui sopra sull'indipendenza dell'organo sanzionante, è ora possibile verificarne la conformità alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e alla Costituzione.

Per il primo parametro, è noto che, affinché un procedimento sanzionatorio sostanzialmente penale possa dirsi conforme all'art. 6 CEDU<sup>28</sup>, è necessario che la sanzione venga, a seconda che si tratti di *hard core of criminal law* o di *minor offences*<sup>29</sup>, rispettivamente comminata o sindacata da un giudice indipendente<sup>30</sup>. È chiaro, dunque, che, se il procedimento sanzionatorio penitenziario fosse qualificabile come sostanzialmente penale, questo sarebbe certamente illegittimo ai sensi dell'art. 6 CEDU, dato che, come si è detto *supra*, il giudicante amministrativo non è indipendente, e quello giurisdizionale opera un sindacato pieno nei soli e stretti casi suindicati. Ebbene, diversi sono gli elementi che indurrebbero a qualificare come sostanzialmente penale il procedimento sanzionatorio sulla base dei criteri elaborati dalla Corte Edu<sup>31</sup>: la denominazione formale di sanzione<sup>32</sup>, la finalità puni-

---

<sup>27</sup> G. M. NAPOLI, *il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, pp. 137 ss.

<sup>28</sup> Art. 6 CEDU: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] da un tribunale indipendente".

<sup>29</sup> La Corte EDU distingue le sanzioni più gravi, c.d. *hard core of criminal law* da quelle minori, c.d. *minor offences*. Le prime devono necessariamente essere applicate da un giudice indipendente, per le seconde, invece, è sufficiente che la sanzione sia sottoponibile a detto giudice: C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussilia c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*. Sul tema: P. PROVENZANO, cit., pp. 1073 ss.

<sup>30</sup> Per una ricostruzione complessiva della tutela del sanzionato avverso le sanzioni sostanzialmente penali: F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015.

<sup>31</sup> Ossia la qualificazione formale della sanzione, il grado di afflittività, la natura dell'offesa: C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; C. eur. dir. uomo, 7 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *Menarini c. Italia etc.* Sul punto: F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cap. I, pp. 2 ss.; P. PROVENZANO, *Op. cit.*, pp. 1073 ss.

<sup>32</sup> Artt. 33, 36, 35-bis, 38, 39 della l. n. 354/1975.

tiva e rieducativa del provvedimento<sup>33</sup>, la portata afflittiva della sanzione, sia diretta, perché può incidere sul grado di espansione delle libertà che il detenuto mantiene<sup>34</sup>, sia indiretta, perché può impattare negativamente sulla valutazione prognostica connessa alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative<sup>35</sup>. Tuttavia, nonostante le stesse Regole Penitenziarie Europee paiano richiedere una “penalizzazione” del procedimento sanzionatorio<sup>36</sup>, la Corte EDU non sembra condividere la tesi della natura sostanzialmente penale<sup>37</sup>, esclusa perché la sanzione penitenziaria non comporterebbe, di per sé, un prolungamento della pena e, dunque, un incremento di afflittività rispetto alle restrizioni derivanti dalla misura giudiziaria<sup>38</sup>. Ondivaga è, invece, la giurisprudenza interna, che sostiene alternativamente l’una o l’altra posizione e, pertanto, pare auspicabile un intervento delle SS.UU.<sup>39</sup>.

Altro canone di valutazione è, poi, quello costituzionale. Ad oggi, non risulta che la Corte abbia indicato in quale misura sia legittimo at-

<sup>33</sup> Tanto che nell’applicare la sanzione “*si tiene conto del programma di trattamento in corso*” (art. 36, l. n. 354/1975).

<sup>34</sup> Fino ad applicargli l’isolamento (art. 33, l. n. 354/1975).

<sup>35</sup> Rientra, nella valutazione della prognosi positiva di reinserimento sociale, anche la condotta tenuta in carcere, la quale, a sua volta, costituisce uno degli elementi della valutazione scientifica della personalità, su cui si basa la concessione delle misure: art. 54 della l. n. 354/1975.

<sup>36</sup> Il procedimento si ispira alle logiche penalistiche molto più di quanto lo facciano altri procedimenti sanzionatori amministrativi: è prevista la sospensione condizionale, la valutazione dell’imputabilità, una valutazione delle condizioni sanitarie, la possibilità di condonare e sospendere: G.M. NAPOLI, *Lo statuto garantistico sovra-legale delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari in ambito carcerario*, in *Giur. pen. web*, 9/2022; G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto d’esecuzione penitenziaria*, in *Rass. pen. e crim.*, 1-2/1982, pp. 35 ss.

<sup>37</sup> V. in particolare, gli artt. 58 e 59 delle *Regole Penitenziarie Europee*, i quali suggeriscono agli Stati di avvicinare il procedimento sanzionatorio penitenziario ai canoni dell’art. 6 (Com. min. con. d’Europa, rac. 2/2006, rev. il 1° giugno 2020, in occasione del 1380° Comitato dei Ministri).

<sup>38</sup> La Corte ha ritenuto, ad esempio, che l’afflittività di un isolamento settimanale non sia tale da poter qualificare la sanzione in termini sostanzialmente penalistici (C. eur. dir. uomo, 8 novembre 2007, ricorso n. 29660/03, *Štitić c. Croazia*) e che, in ogni caso, le sanzioni penitenziarie non siano sostanzialmente penali quando non comportino un prolungamento della durata complessiva della pena (C. eur. dir. uomo, 20 novembre 2012, ricorso n. 49635/10, *Toth c. Croazia*).

<sup>39</sup> Nel senso della natura sostanzialmente penale: Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184. In senso inverso: Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2017, n. 43435; Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2018, n. 23043; A. DE SANTIS, *Sanzioni disciplinari penitenziarie e legittimità convenzionale del doppio binario sanzionatorio*, in *Crim. just. net*, par. 3.

tribuire all'amministrazione un potere sanzionatorio personale, a fronte del dettato della Carta, che si posiziona chiaramente per l'attribuzione del potere di applicare sanzioni personali alla sola autorità giudiziaria, quale soggetto indipendente dal potere politico amministrativo<sup>40</sup>, riservando all'amministrazione la sola facoltà di applicare sanzioni pecuniarie, salvo casi del tutto eccezionali, comunque da sottoporre all'A.G. per la successiva convalida, assente nel caso delle sanzioni penitenziarie<sup>41</sup>. Vero è che il medesimo problema si è posto pure in relazione alle perquisizioni penitenziarie ed è stato risolto affermandosi che queste ultime comporterebbero restrizioni non ulteriori rispetto a quelle derivanti dal provvedimento giudiziario restrittivo<sup>42</sup>, ma detto ragionamento è solo in parte applicabile alle sanzioni, perché mentre è ragionevole sostenere che le perquisizioni, in quanto strettamente connesse all'esecuzione della pena o della misura cautelare, non siano altro che una declinazione delle restrizioni che già con la pena erano state imposte<sup>43</sup>, non lo stesso può dirsi per le sanzioni, le quali non dipendono né dalla pena né dalla misura cautelare, ma sono collegate ad un autonomo fatto illecito, che mette a rischio o lede il bene giuridico dell'ordine e sicurezza interna, dell'incolumità altrui. La sanzione, insomma, non è, come sono invece le perquisizioni, neutralmente e oggettivamente collegata all'applicazione della misura penale restrittiva, ma presuppone un giudizio di responsabilità autonomo rispetto a quello penale, nel quale il detenuto incorre, a differenza delle perquisizioni, solo eventualmente e, cioè, se commette un'infrazione, e non per il mero fatto di essere detenuto. La tensione con i principi costituzionali, ad ogni modo, non si è ad oggi tradotta in una dichiarazione di incostituzionalità.

#### 4. L'adeguatezza del grado d'indipendenza assicurato

Oltre che sulla legittimità convenzionale e costituzionale del procedimento sanzionatorio penitenziario, ci si può interrogare sul rappor-

---

<sup>40</sup> Art. 13, co. 2, Cost.

<sup>41</sup> Art. 13, co. 3, Cost.

<sup>42</sup> C. cost., 15 novembre 2000, n. 526.

<sup>43</sup> M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 6/2000, pp. 4127 ss.; G. TAMBURINO, *Osservazioni alla sentenza della Corte Costituzionale 22 novembre 2000, n. 526*, in *Rass. pen. crim.*, 1-3/2000, p. 224.

to tra il grado d'indipendenza del sanzionante e la capacità del procedimento di raggiungere i fini che è preposto a perseguire.

Sul punto, è bene ricordare che la tesi tradizionale riconosce una certa autonomia all'attività del sanzionare e alla sanzione, in quanto tratta alla categoria delle decisioni<sup>44</sup>, frutto di un'attività caratterizzata da una discrezionalità simile a quella giudiziale<sup>45</sup>, perché non orientata al bilanciamento di più interessi, bensì al perseguimento di uno solo, qual è quello della repressione e punizione dell'illecito<sup>46</sup>. Accedendo a questa tesi, l'indipendenza di chi sanziona i detenuti da chi amministra il carcere rifletterebbe la distinzione tra la natura delle due funzioni: l'una, di giudizio, l'altra, di amministrazione attiva. C'è da dire, però, che vi è chi nega l'utilità della suesposta distinzione, dal momento che la sanzione ben potrebbe essere strumentale alla soddisfazione dell'interesse pubblico, con conseguente qualificazione dell'attività del sanzionare come attività discrezionale a tutti gli effetti<sup>47</sup>. Questa seconda ricostruzione, però, se può trovare riscontro quando la sanzione amministrativa si distingue da quella penale almeno e in parte per la prevalenza della funzione generalpreventiva<sup>48</sup>, pare di difficile condi-

<sup>44</sup> A titolo esemplificativo: M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1/1946, pp. 154 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, in *Bil. com. pers.*, 2/2021, pp. 176 ss.; A. TRAVI, *Decisioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 4, Torino, 1989, pp. 526 ss.

<sup>45</sup> E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 125: "ma di quella discrezionalità che [...] si può denominare discrezionalità del giudice [...] che deve procedere in base non alla convenienza per un interesse pubblico di cui egli sia portatore [...] sibbene all'adeguatezza della soluzione con riguardo alle circostanze di fatto oggettive (gravità dell'infrazione) e quando sia il caso anche soggettive (pericolosità dell'incolpato)"; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Bil. com. pers.*, 1/2021, pp. 250 ss: "Il procedimento disciplinare non è un procedimento, bensì un processo".

<sup>46</sup> M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2/2017, pp. 235 ss.: "Il potere sanzionatorio contribuisce a garantire l'effettività dell'azione amministrativa non poiché si pone il fine della piena attuazione dell'interesse pubblico, ma in quanto mira a risolvere l'illecito pubblico ovvero a evitare l'elusione delle regole dettate a protezione dell'interesse, svolgendo la medesima funzione dell'equivalente penale [...] Giudice e amministrazione [...] sono potenzialmente in grado di rivestire lo stesso ruolo nell'ordinamento". In argomento: A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova 1983, pp. 107 ss.; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

<sup>47</sup> Di questo orientamento: F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, pp. 115 ss.; per una ricostruzione sistematica: S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017.

<sup>48</sup> In P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giu-*

visione nel contesto penitenziario, ove è proprio la funzione rieducativa ad essere preminente<sup>49</sup>. Ad ogni modo, la negazione della distinzione concettuale tra attività sanzionatorie e di amministrazione attiva, non rema verso, ma neppure contro l'emancipazione del sanzionante da chi gestisce il carcere, tanto è vero che l'ordinamento conosce numerosi casi di attrazione di procedimenti sanzionatori all'area della giurisdizione<sup>50</sup>. Comunque ci si posizioni nel dibattito tra chi afferma e chi nega la distinzione concettuale tra sanzionare e amministrare, la distribuzione delle funzioni a due diversi organi rimane, dunque, quantomeno possibile.

In ogni caso, l'attribuzione del potere sanzionatorio ad un organo indipendente o, per lo meno, estraneo al Direttore, consentirebbe di ridurre ulteriormente il rischio che il potere sanzionatorio venga distratto rispetto ai suoi fini. In merito a ciò, si consideri che il Direttore è primariamente preposto ad organizzare l'Istituto da lui diretto in modo che vengano garantiti l'ordine e la sicurezza interna, l'efficiente svolgimento delle attività e degli altri servizi penitenziari<sup>51</sup>. La sanzione, invece, e ciò è vero pure se si attrae il sanzionare all'area della discrezionalità amministrativa<sup>52</sup>, dovrebbe guardare solo alle effettive responsabilità dell'incolpato<sup>53</sup>. Le due finalità, questo è chiaro, sono in potenziale conflitto, perché, ad esempio, mentre la gravità dell'infrazione potrebbe suggerire l'isolamento dell'incolpato, la difficoltà di re-

---

*dice dell'opposizione*), in *Dir. amm.*, 1/2018, p. 73, la funzione rieducativa "è coesistente alla potestà punitiva esercitata dal giudice e non anche a quella dell'amministrazione".

<sup>49</sup> V. art. 36, l. n. 354/1975. Per una disamina approfondita del modo di atteggiarsi della discrezionalità nel procedimento sanzionatorio penitenziario: G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2017, pp. 203 ss.

<sup>50</sup> La linea di confine tra giurisdizione e amministrazione è talvolta sottile: V. CERULLI IRELLI, cit., pp. 1825 ss. In argomento: E. GAMBARO - N. LANDI, *Nuovi sviluppi sulla nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 Trattato CE (commento a Corte di Giustizia CE, 31 maggio 2005, C-53/03)*, in *Riv. dir. ind.*, 5/2005, p. 485; E. DELLA VALLE, *La dipendenza del giudice tributario di nuovo alla Corte Costituzionale*, in *Il fisco*, 4/2023, pp. 347-353;

<sup>51</sup> Art. 2 del d.P.R. n. 230/2000.

<sup>52</sup> F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., pp. 115 ss.

<sup>53</sup> In generale: art. 11, l. 24 novembre 1981, n. 681. Per le sanzioni penitenziarie: G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015; G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015.

perire stanze singole e, dunque, un'esigenza logistica, potrebbe suggerire l'applicazione di una sanzione più lieve o, ancora, a fronte dell'indisponibilità di adeguate attività ricreative e sportive, potrebbe ritenersi, pur in presenza di un'infrazione non particolarmente grave, utile applicare la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune piuttosto che dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive stesse. La concentrazione dei poteri sanzionatori in capo a chi amministra o ad organi i cui componenti dipendono da chi amministra rischia, insomma, di coinvolgere aspetti logistici e gestionali nella valutazione sulla sanzione da adottare. Certo è che, in tali ipotesi, più che di esercizio del potere si sarebbe in presenza di uno sviamento dello stesso, tuttavia difficile da provare e, comunque, sindacabile solo successivamente all'applicazione della sanzione, la cui efficacia non è sospesa dal ricorso<sup>54</sup>.

Resta, comunque, che la concentrazione di funzioni sanzionatorie e di amministrazione attiva in capo agli stessi soggetti costituisce anche il più grande pregio del procedimento esaminando, perché consente che l'inculpato venga giudicato da chi conosce, avendolo elaborato, il fascicolo personale dello stesso e, dunque, meglio può valutare la *pena* che più rispecchia i risultati emergenti dall'osservazione scientifica della personalità<sup>55</sup>. È altrettanto vero, però, che nel contesto giuslavoristico, ove pure vi è, seppur in maniera meno totalizzante<sup>56</sup>, prossimità tra sanzionante e sanzionato, si è preferito separare, almeno per le più gravi sanzioni, chi giudica da chi amministra il subordinato<sup>57</sup>.

Da ultimo, non si mette in dubbio che l'ordinamento conosca casi di organi e amministrazioni che, nella stessa materia in cui sanzionano, hanno anche competenze regolatorie e, comunque, di amministrazione attiva<sup>58</sup>, ma è anche vero che le sanzioni amministrative pecuniarie so-

---

<sup>54</sup> K. NATALI, *Reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, pp. 1457 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 236.

<sup>55</sup> Art. 82 della l. n. 354/1975.

<sup>56</sup> Com'è invece il potere dell'istituzione sulle persone detenute: E. GOFFMAN, *Asylums*, trad. di F. BASAGLIA, Milano, 2020.

<sup>57</sup> G. PICCO, *L'avvio della procedura disciplinare e la terzietà dell'UpD nel pubblico impiego "privatizzato"*, in *Lav. giur.*, 2/2023, pp. 182 ss.; R. SANLORENZO, *Il potere disciplinare*, in AA.VV., *il Lavoro pubblico*, Milano, 2018, p. 308; A. FERRI, *Gli uffici per i procedimenti disciplinari nelle amministrazioni pubbliche: un'analisi giurisprudenziale*, in *Labor, sezione rubriche, voce: il contratto di lavoro*, 12 ottobre 2020. Per il caso della Polizia Penitenziaria: d. lgs. 30 ottobre 1992, n. 449.

<sup>58</sup> M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato Giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2006, pp. 80 ss.

no sindacabili da un giudice indipendente, almeno in fase contenziosa, nel merito e a prescindere dalla gravità delle stesse<sup>59</sup>. Cosa che, come si è detto *supra*, non sempre è vera per le sanzioni penitenziarie. Inoltre, per quanto riguarda specificamente le Autorità indipendenti, il procedimento sanzionatorio, che comunque non porta a sanzioni limitative della libertà personale, oltre che distinguere la funzione giudicante da quella accusatoria<sup>60</sup>, per quanto qui di maggior interesse, sterilizza, almeno in parte<sup>61</sup>, l'attività dall'influenza dell'indirizzo politico amministrativo contingente<sup>62</sup>.

In conclusione, dunque, è sulla base di questi dati che bisognerà, in futuro, scegliere se lasciare immutate le competenze sanzionatorie penitenziarie, giurisdizionalizzarle<sup>63</sup> o, ancora, fare in modo almeno di distinguere gli organi addetti all'istruttoria e alla decisione da quelli che amministrano il carcere<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> V. art. 134, co. 1, lett. c), d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>60</sup> B. NASCIBENE, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali"*, in *Eurojus*, 1/2014, p. 1.

<sup>61</sup> Non *in toto* e, per questo, non è giudice in senso stretto: G. MAZZANTINI - M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Oss. Cost.*, 2/2018, pp. 1 ss.; Sul concetto sovranazionale di giudice: V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO - C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Milano, 2020, pp. 441 ss.

<sup>62</sup> R. MANFRELOTTI, *Indirizzo politico, «diritto mite» e autorità amministrative indipendenti*, in *O.s.f.*, 1/2020, pp. 2 ss.; M. DUGATO, *Op cit.*, pp. 459 ss.; AA. VV., *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, pp. 41 ss.; V. VANACORE, *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, in *Giur. it.*, 5/2003, pp. 106 ss.

<sup>63</sup> Così R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare ed amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2004, pp. 1167 ss.

<sup>64</sup> Così M.G. COPPETTA, *Commento all'art. 40*, in DELLA CASA - GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 439.





ORGANISMO DI VIGILANZA *EX D.* LGS. N. 231/2001  
ED EFFETTIVITÀ DELLA FUNZIONE DI CONTROLLO.  
CONSIDERAZIONI IN TEMA DI INDIPENDENZA

ARIANNA GIACCHINO

SOMMARIO: 1. Premessa: autoregolazione ed autocontrollo in materia penale. – 2. Struttura, oggetto e accertamento dell'illecito dell'ente ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. – 3. I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza. – 3.1. Profili critici. – 4. Ruolo dell'Organismo di Vigilanza: recenti pronunce a confronto. – 5. Considerazioni conclusive. Verso un sistema integrato di responsabilità da reato degli enti.

**Abstract:** In our system, the concept of independence is a polysemic notion, apt to serve as a qualifying trait of the actions of both public and private entities to which the legislature has assigned tasks of pre-eminent interest, such as, among others, the prevention of the commission of offenses. In this sense, it seems interesting to draw a parallelism between the function of control over the correct application of the legal norm, proper to the judicial body and the power of control about the adoption and the effective implementation of “organization and management models” attributed by Articles 6 and 7 of Legislative Decree No. 231/2001 to the Supervisory Body. In a broad perspective but typical of our legal system, both entities taken into consideration, the judge and the Supervisory Body, carry out a judgment consisting in applying the provision to the fact, carrying out a control in the scope of application of the law. Hence, a system of appointment, a structure, an organizational framework necessarily controlled by the traits of autonomy and independence. A comparison of recent case law statements appears to be a useful tool for defining the proper role of the Supervisory Body in Decree 231.

## 1. Premessa: autoregolazione ed autocontrollo in materia penale

Nel nostro ordinamento si è gradualmente assistito ad una crisi della legalità penale, la quale, come noto, è scaturita da un duplice ordine di fattori: l'uno innescatosi dall'interno, consistente nell'incapacità della legge di adattarsi ai ritmi frenetici della 'tecnicizzazione' dell'odierna società; l'altro di derivazione esterna, sostanziandosi nella pervasività delle norme internazionali e sovranazionali, le quali hanno inevitabilmente dato vita ad una dimensione *stratificata*<sup>1</sup>.

S'intende qui soffermarsi sulla prima delle due vicende, quella legata ad un "moto centrifugo interno"<sup>2</sup> al sistema delle fonti, per il tramite del quale si è progressivamente insinuata l'istanza di un diritto autoregolativo, la cui costruzione è affidata ad una classe di individui che cooperano per un comune obiettivo economico. E ciò, muovendo dal presupposto dell'ontologica inadeguatezza dello Stato a disciplinare la complessità delle dinamiche societarie; di qui, il ricorso all'auto-normazione.

Non solo. Si è, peraltro, assistito ad una strategia legislativa volta a favorire un processo di privatizzazione del controllo dell'illegalità negli affari, la cui tappa fondamentale è indubbiamente rappresentata dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 con il quale è stata formalizzata una vera e propria delega al privato del controllo del rischio criminale attraverso la predisposizione di un sistema di rilevamento delle violazioni.

Le spinte all'autoregolamentazione, in uno con quelle all'autocontrollo hanno, dunque, conosciuto con il diritto penale dell'economia un'autentica consacrazione, di talché si è giunti ad ammettere che la fonte della regola di comportamento possa esser forgiata dal suo destinatario mediante l'adozione di "modelli di organizzazione e gestione"<sup>3</sup>, così assegnando allo stesso destinatario della regola il compito

---

<sup>1</sup> Sul tema della crisi della legalità penale si rimanda alle autorevoli considerazioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. Nella letteratura penalistica, il tema è stato ampiamente dibattuto. Si richiama, per tutti, F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, 2007, pp. 1279 ss.

<sup>2</sup> L'efficace metafora si deve a C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. PALIERO - E. MOCCIA - G. DE FRANCESCO - G. INSOLERA - M. PELLISSERO - R. RAMPIONI - L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 118.

<sup>3</sup> In tal senso, C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 123, rileva come "questa

di predisporre unilateralmente sistemi idonei a presidiare il rispetto della stessa.

Tale idea parrebbe ontologicamente collidere con la statualità propria della pretesa punitiva, dal momento che questa trova la sua ragione fondativa proprio nell'etero-imposizione del divieto o del comando.

Invero, dinanzi all'incapacità dello Stato di fronteggiare autonomamente la criminalità d'impresa attraverso un'efficace *compliance* preventiva<sup>4</sup>, ammettere che l'integrazione del precetto penale ed il monitoraggio del suo rispetto possano esser affidati all'attività di soggetti interni all'organigramma societario significa prendere atto della necessità di “una sinergica interazione tra intervento repressivo dello Stato e self-regulation delle imprese ed altri attori privati”<sup>5</sup>.

L'attribuzione di una *delega* ai privati del governo del rischio-reato volta ad “integrare un efficace strumento di controllo sociale”<sup>6</sup> sconta tuttavia la necessità che l'attività di prevenzione sia dotata di effettività, ovvero che non vi siano circostanze idonee a mettere a repentaglio il controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione del modello organizzativo<sup>7</sup>.

In tal senso, le dinamiche di strumentalizzazione dei processi di autoregolazione societaria da parte dello Stato presuppongono che l'interlocutore col quale s'interagisce sia connotato dai requisiti di autonomia e indipendenza, pena l'impossibilità di un allineamento degli ordinamenti privati agli obiettivi perseguiti dalle autorità pubbliche.

In altri termini, lo Stato attua una *giuridificazione*<sup>8</sup> delle sfere sociali, stimolando l'adozione di ordinamenti giuridici da parte di organizzazioni private mediante la minaccia della pena ovvero la promessa di una sua esclusione o attenuazione, richiedendo che a presidio di tali

---

*postmoderna versione dell'idea (auto)regolativa si è carsicamente insinuata nel sistema penale, soprattutto laddove questo si apre, per la struttura del 'tipo', all'esterno”.*

<sup>4</sup> A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1488 ss.; Id., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2017, pp. 508 ss.; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, critica*, Torino, 2021, *passim*.

<sup>5</sup> C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 134.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

<sup>7</sup> N. PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc.*, 1/2008, p. 155.

<sup>8</sup> L'espressione si deve a F. VENTURI, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale*, in *www.discrimen.it*, 17 ottobre 2022, p. 8. Nello stesso senso, V. MUSCATIELLO, *Il ruolo dell'autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2020, pp. 311 ss.

sottosistemi sociali siano posti soggetti scervi da qualsivoglia condizionamento, nel senso di una loro estraneità ai processi decisionali dell'ente. Solo in tal modo l'effettività dell'apparato di prevenzione dell'illecito può esser assicurata.

Ciò nondimeno, il mutamento del paradigma di tutela non comporta una cesura con la figura del giudice penale, il quale si pone, in un'ottica di compenetrazione di poteri di vigilanza, in accordo con il principio di *extrema ratio* dell'intervento penale, quale figura di garanzia e chiusura del meccanismo di controllo.

In una prospettiva *lata* ma tipica del nostro ordinamento giuridico, ambedue i soggetti presi in considerazione, il giudice e l'Organismo di Vigilanza, pongono in essere un giudizio di diritto consistente nell'applicazione della norma al fatto, esplicando un controllo nel solco vincolante della norma giuridica. Di qui, un sistema di nomina ed una struttura organizzativa necessariamente presidiate dai caratteri dell'autonomia e dell'indipendenza.

Tracciare un parallelismo tra la funzione di controllo sulla corretta applicazione della norma giuridica propria dell'organo giurisdizionale e il potere di controllo *sistemico*<sup>9</sup> spettante all'Organismo di Vigilanza permette di vagliare la tenuta del sistema dinanzi al proliferare di forme di autocontrollo penale<sup>10</sup>.

A tal fine, risulterà utile una breve disamina della disciplina normativa, nonché delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza.

## **2. Struttura, oggetto e accertamento dell'illecito dell'ente ai sensi del d. lgs. n. 231/2001**

Ripercorrendo il dettato degli artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001, il regime di responsabilità degli enti risulta imperniato sul concetto di "*modello di organizzazione e gestione*" quale meccanismo di conversione delle *best practices* aziendali in parametri legali dell'attività societaria<sup>11</sup>.

In particolare, il decreto 231 subordina l'efficacia esonerante con-

---

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. un., 15 giugno 2022, n. 23401, *Impregilo*.

<sup>10</sup> F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 4/2001, pp. 543 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 1/2013, *passim*.

<sup>11</sup> Sul tema della *compliance* anticorruzione a livello internazionale, si rimanda a

nessa all'adozione del modello organizzativo all'istituzione dell'Organismo di Vigilanza (d'ora in poi OdV), al quale è demandata l'attività di controllo di secondo livello, esterna al processo decisionale<sup>12</sup>.

Brevemente, prendendo le mosse dagli ultimi approdi giurisprudenziali, l'*ossatura* del modello 231<sup>13</sup> sembra potersi delineare secondo le cadenze che seguono.

La colpa di organizzazione è un elemento costitutivo dell'illecito, e dunque soggiace all'onere della prova<sup>14</sup>.

Per giungere ad una sentenza di condanna, nella valutazione dell'idoneità del modello di organizzazione non può ricorrersi alla scoriatoia processuale per la quale la commissione del reato equivale alla dimostrazione che il modello sia inidoneo, così incorrendo in un'aperta violazione del principio di colpevolezza.

In tal contesto, il ruolo dell'OdV si sostanzia, da una parte, nella verifica dell'adeguatezza del modello, quale idoneità dello stesso a prevenire i cc.dd. reati presupposto; dall'altro lato, nel monitoraggio permanente del modello organizzativo rispetto ai rischi reato<sup>15</sup>.

In un'ottica di prevenzione, l'OdV è totalmente estraneo alle scelte gestionali, potendo adempiere correttamente ai propri compiti solamente nella misura in cui svolga un'attività di controllo di secondo livello, esterna al processo decisionale.

Le eventuali lacune strutturali e/o funzionali nell'operato dell'OdV possono fondare un addebito per colpa solo laddove siano causalmente legate al reato-presupposto.

A corredare la funzione di controllo demandata all'OdV, è stata prevista l'adozione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello<sup>16</sup>.

S. MANACORDA - F. CENTONZE - G. FORTI (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Cham, 2014, *passim*.

<sup>12</sup> C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sist. pen.*, 1/2013, p. 9; C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, pp. 192 ss.

<sup>13</sup> G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C. F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol. IV, Milano, 2008, pp. 145 ss.

<sup>14</sup> Soluzione, invero, già da tempo accolta in giurisprudenza. Tra gli autorevoli arresti, si veda tra tutte Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn*, in *Cass. pen.*, 2/2015, pp. 426 ss.

<sup>15</sup> Sul tema, C. BERNASCONI, *L'organismo di vigilanza*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, pp. 157 ss.; F. D'ARCANGELO, *L'organismo di vigilanza*, in A. BASSI - F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, pp. 193 ss.

<sup>16</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 407.

Vicende patologiche possono determinare l'innestarsi della valutazione giurisdizionale in ordine alla idoneità del controllo svolto dall'OdV, dal momento che l'insufficienza o l'inadeguatezza dello stesso sovente viene qualificata dagli interpreti come spia di inefficacia preventiva del modello.

Accade, dunque, che in tali vicende possa eventualmente attuarsi un approccio *sequenziale* di tutela, nel senso che lo svolgersi organizzato delle attività economiche viene a costituire il primo presidio di tutela per la integrità dei rilevanti beni giuridici potenzialmente offensibili (e spesso offesi) nel contesto societario; a questo, successivamente ed eventualmente segue l'intervento di un "*temuto validatore – il giudice penale – a cui la legge affida il compito di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza preventiva del modello*"<sup>17</sup>.

In quest'ottica, se deve esser riconosciuto all'OdV il ruolo di garante dell'attuazione e dell'aggiornamento dei "*modelli preventivi*" attraverso specifici poteri di iniziativa e controllo conferitegli (art. 6, comma 1, lett. *b*), d. lgs. n. 231/2001), ne consegue che, per assicurare l'effettività della vigilanza sotto il profilo funzionale, esso dovrà necessariamente atteggiarsi come un'istituzione autonoma e indipendente rispetto agli altri organi societari<sup>18</sup>.

### **3. I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza**

Nel tentativo di ricostruire i tratti essenziali della struttura dell'OdV, si ritiene opportuno muovere dai compiti ad esso attribuiti.

Più specificamente, l'OdV deve essere dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo adottato dall'ente,

---

<sup>17</sup> C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 136.

<sup>18</sup> In argomento, B. ASSUMMA - M. LEI, *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS - A. PERINI (a cura di), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021, pp. 252 ss.; M. ZANCHETTI, *L'Organismo di Vigilanza*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, pp. 498 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI - P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, pp. 275 ss.; E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance della società di capitali*, Bologna, 2016, pp. 847 ss.

segnatamente per l'espletamento dei seguenti compiti: *i)* verifica dell'efficienza ed efficacia del modello organizzativo adottato; *ii)* verifica del rispetto delle modalità e delle procedure previste dal modello organizzativo e rilevazione degli eventuali scostamenti comportamentali; *iii)* formulazione delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti del modello organizzativo adottato<sup>19</sup>.

In armonia con l'assetto appena delineato, si richiede che il requisito dell'indipendenza, in uno con quello dell'autonomia, rappresentino il minimo comun denominatore che accomuni giudice e OdV e, pertanto, conformino *tanto* la fase genetica al momento della creazione dell'OdV, *quanto* la fase dinamica legata all'esercizio delle funzioni allo stesso proprie.

Si tratta, quindi, di vagliare i seguenti aspetti: *i)* l'istituzione e la nomina; *ii)* i requisiti che ne devono marcare l'azione di controllo.

Con riguardo al primo aspetto, le istanze di indipendenza e autonomia hanno suggerito l'istituzione di un nuovo organismo, estraneo a quelli preesistenti, la cui individuazione avrebbe dovuto indirizzarsi al di fuori del tessuto della *corporate governance*.

L'attribuzione del ruolo di controllore ad uno degli organi potenzialmente controllati, stante il possibile coinvolgimento nei reati-pre-supposto, avrebbe verosimilmente causato un cortocircuito del Sistema 231. E ciò, con inevitabili ripercussioni in termini di fluidità nell'attuazione del controllo interno.

Invero, ai sensi dell'art. 6, comma 4, d. lgs. n. 231/2001 negli enti di piccole dimensioni i compiti di controllo e vigilanza "*possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente*".

Diversamente, nelle imprese medio grandi, è apparsa preferibile la creazione di un organismo *ad hoc* nel quale la presenza di soggetti di diversa estrazione consentisse di soddisfare i requisiti richiesti dalla legge in tema di effettività di controllo<sup>20</sup>.

Con riguardo al secondo aspetto, il concetto di effettività della vigilanza, sotto il profilo funzionale, risulta essere strettamente connesso ai seguenti requisiti dell'azione: autonomia, indipendenza, continuità dell'azione e professionalità.

---

<sup>19</sup> R. LOTTINI, *I criteri di imputazione soggettiva: i modelli di organizzazione, l'organismo di vigilanza e la colpevolezza dell'ente*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA - A. MANNA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2019, pp. 2958 ss.; N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, VI ed., Milano, 2023, pp. 62 ss.

<sup>20</sup> E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Milano, 2006, p. 181.

In particolare, l'art. 6 prevede che l'OdV sia dotato di “*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”.

Il carattere dell'autonomia attiene qui alla necessaria libertà di autodeterminazione e di azione, nel senso della possibilità di esercizio della discrezionalità tecnica *motu proprio* nell'esplicazione del potere di iniziativa e di indagine.

L'indipendenza dell'OdV comporta che questo resti estraneo rispetto alle eventuali forme di interferenza e di pressione del gruppo di comando<sup>21</sup>.

La salvaguardia dell'indipendenza e dell'autonomia ha comportato l'adozione di cautele sostanziali e procedurali<sup>22</sup>, tra le quali la *segregazione* delle funzioni finalizzata ad evitare l'insorgenza di conflitti di interesse.

Per altri versi, l'effettività del controllo è presidiata dalla continuità d'azione, di modo che sia consentito un monitoraggio pressoché continuo. Di qui, la limitata revocabilità della carica, il termine sufficientemente lungo della stessa così da evitare situazioni di dipendenza, la durata asincrona del periodo di carica rispetto al CdA (al fine di interrompere ogni collegamento personale) e, infine la creazione di un fondo di dotazione a disposizione dell'OdV, il quale potrà essere utilizzato anche in assenza dell'autorizzazione dell'organo dirigente<sup>23</sup>.

Alla stessa *ratio* risponde l'ulteriore requisito della professionalità dei componenti. Per garantire l'efficienza del controllo aziendale è indispensabile che vi sia un sapere multidisciplinare che permetta di sviluppare una propria autonoma strategia operativa<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> P. SFAMENI, *Responsabilità amministrativa da reato dell'ente e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2/2007, p. 154.

<sup>22</sup> La distinzione tipologica sulla base del contenuto delle cautele si deve a C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 135, il quale, osservando la prassi, suddivide il confezionamento delle cautele in: (i) cautele procedurali; (ii) cautele sostanziali; (iii) cautele espressive di un'istanza di controllo.

<sup>23</sup> B. ASSUMMA - M. LEI, *Soggetti in posizione apicale*, cit., p. 257.

<sup>24</sup> C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 18. Sul punto si vedano anche le considerazioni di C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2021, p. 1.; F. CENTONZE, *Il crimine dell'«attore decisivo», i limiti della compliance e la prova «certa» della colpa di organizzazione*, in *Cass. pen.*, 12/2022, pp. 15 ss.



### 3.1. *Profili critici*

Il legislatore, con l'art. 14 della l. 12 novembre 2011, n. 183, ha introdotto un nuovo comma 4-*bis* nell'art. 6 d. lgs. n. 231/2001, prevedendo che nelle società di capitali, anche il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione *possono* ricoprire l'incarico di membri dell'OdV.

L'esegesi della norma<sup>25</sup> ha tentato di ricondurre la commistione controllore-controllato nel solco dei dettami impartiti dai dogmi dell'autonomia e dell'indipendenza.

In tal senso, valorizzando la forma verbale utilizzata dal legislatore si è giunti ad affermare che l'indipendenza non assurge a canone astratto, dovendo esser intesa come crisma che informa il meccanismo di funzionamento dell'OdV in concreto.

In altri termini: ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'ente, ciò che conta non è tanto il fatto che tra i membri dell'OdV e la società non intercorra alcun legame funzionale quanto che, anche a fronte di un simile legame, la potenziale inadeguatezza in astratto si riveli poi in concreto inconsistente proprio perché tali soggetti hanno effettivamente esercitato le proprie funzioni, valorizzando le conoscenze provenienti dal proprio angolo visuale privilegiato, anziché subirne il condizionamento<sup>26</sup>.

Simili affermazioni non sembrano esser di poco conto.

Alla luce di una connotazione prettamente sostanziale dell'autonomia e dell'indipendenza, per giungere ad una sentenza di condanna sarà richiesto al giudice un vaglio ben più penetrante, volto a saggiare la funzionalità in concreto del sistema di *compliance*<sup>27</sup>, così da mettere a tacere interpretazioni costituzionalmente oblique<sup>28</sup> improntate alla logica del *post hoc, propter hoc*<sup>29</sup>.

D'altra parte, opinando diversamente, v'è il rischio di tradurre la colpa organizzativa dell'ente in una "*trasposizione 'disumanizzata' della colpa d'autore, della colpa per il modo di essere o di vivere*"<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 1/2013, p. 14.

<sup>26</sup> C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV*, cit., p. 2.

<sup>27</sup> Queste le conclusioni accolte da Trib. Vicenza, sez. pen., 17 giugno 2021, n. 348.

<sup>28</sup> S. RENZETTI, *Op. cit.*, p. 2.

<sup>29</sup> F. D'ARCANGELO, *La introduzione di uno standard legale per la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc.*, 2/2018, p. 73.

<sup>30</sup> A tali conclusioni perviene G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2008, p. 564.

#### 4. Ruolo dell'Organismo di Vigilanza: recenti pronunce a confronto

Negli ultimi anni si è assistito a molteplici sentenze nelle quali la mancanza di autonomia e indipendenza dell'OdV ha rappresentato l'addebito cautelare rivolto alla persona giuridica.

Così, di recente, nella vicenda *Impregilo*. In un primo momento, la Suprema Corte<sup>31</sup> aveva affermato che il profilo di inadeguatezza delle cautele messe in piedi dall'ente risiedeva essenzialmente in una difettosa costruzione dell'OdV dal momento che questo era un organo monocratico, posto *alle dirette dipendenze* dei vertici, privo quindi di sufficienti garanzie di autonomia. Al contempo, si denunciava altresì il fatto che il modello non prevedesse il potere per l'OdV di esprimere una *dissenting opinion* con riguardo alle comunicazioni, in una fase antecedente alla loro divulgazione.

In disparte la censurata inadeguatezza dell'OdV, la quale non era in alcun modo causalmente legata alla consumazione del reato presupposto, il dato di rilievo consiste nel fatto che, con tale pronuncia, si era giunti ad affermare che i flussi informativi dovessero contemplare l'acquisizione del parere dell'OdV, in spregio ai requisiti costitutivi dell'autonomia e dell'indipendenza. Si richiedeva, difatti, che la funzione di controllo a questo propria dovesse esser connotata da una maggiore *incisività*.

Come visto, il Decreto attribuisce all'OdV soltanto poteri di controllo e di vigilanza: collocarlo all'interno della procedura decisionale avrebbe dato vita al paradosso per il quale questo sarebbe divenuto al contempo "controllore" e "controllato". Con ciò, vanificando integralmente l'attività programmata o proattiva mediante la quale l'OdV è chiamato a valutare l'idoneità preventiva delle procedure operative ed il rispetto delle stesse.

Queste le argomentazioni avanzate dalla sentenza<sup>32</sup> della Corte, con la quale, da ultimo, si è conclusa con l'assoluzione dell'ente la vicenda giudiziaria del caso *Impregilo*.

Il merito della pronuncia è stato quello di essersi coraggiosamente discostata dai precedenti orientamenti<sup>33</sup> di merito e di aver posto le ba-

---

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, con una nota critica di C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le società*, 4/2014, pp. 474 ss.

<sup>32</sup> Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401.

<sup>33</sup> Trib. Milano, 8 novembre 2019, n. 13490, con nota di E. MUSCO - B. FRAGASSO, *Sul presupposto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune*

si per la creazione di un “*sistema integrato di responsabilità da reato degli enti*”<sup>34</sup>.

La Corte ha, infatti, inequivocabilmente affermato che l’attività di controllo dell’OdV è “*di secondo livello, esterna al processo decisionale*”, così erigendo un “*fortino dogmaticamente insormontabile*”<sup>35</sup> attorno ai canoni di autonomia e indipendenza.

Peraltro, estendere il controllo al merito dell’attività gestoria significherebbe ammettere un obbligo di impedimento dei reati commessi dalla società a norma dell’art. 40, cpv., c.p., così riconoscendo all’OdV la titolarità di una posizione di garanzia, in aperto conflitto con il dettato legislativo.

L’autonomia e l’indipendenza dell’OdV non sono finalizzate a garantire un (peraltro, sovente irrealizzabile) controllo preventivo sul singolo atto gestorio del vertice ma a presidiare “*compiti di generica prevenzione, prospettici e organizzativi*”<sup>36</sup>.

Opinando diversamente, verrebbe vanificata la stessa coerenza politico-criminale del d. lgs. n. 231/2001.

## 5. Considerazioni conclusive. Verso un sistema integrato di responsabilità da reato degli enti

Il quadro sin qui ricostruito sembra prefigurare un conflitto fondato su una coppia oppositiva: la certezza dei costi da destinare alla redazione della “nuova” impalcatura preventiva alla quale si contrappone l’incertezza della valutazione del giudice.

Invero, l’ente non è in grado di prefigurarsi un approdo proces-

---

*note a margine di BMPS*, in *Sist. pen.*, 10/2020, pp. 113 ss.; Trib. Milano, 7 aprile 2021, n. 10748, con nota di C. SANTORIELLO, *Non c’è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all’OdV un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell’azienda*, in *Sist. pen.*, 5/2021, pp. 1 ss.; Trib. Vicenza, 17 giugno 2021, n. 348, con nota di C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell’OdV*, cit., pp. 1 ss.

<sup>34</sup> S. RENZETTI, *Epilogo della “saga Impregilo”: verso la realizzazione di un “sistema integrato” di responsabilità da reato degli enti*, in *Giur. comm.*, 1/2023, pp. 109 ss. Sul punto si vedano anche le osservazioni di F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, pp. 945 ss.

<sup>35</sup> Così C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”*, cit., pp. 9-10, il quale evidenzia come sia evidente che qualsiasi tipo di compromissione gestoria avrebbe vanificato il DNA dell’OdV: “*se gestisce, governa e, se governa, smarrisce l’autonomia e l’indipendenza*”.

<sup>36</sup> F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell’organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele razionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2015, pp. 445 ss.

sualmente sicuro, perché non sono reperibili criteri che guidano la valutazione giudiziale.

Nemmeno d'ausilio sembra essere il formante giurisprudenziale<sup>37</sup>, che, nel contesto del d. lgs. 231/2001, continua ad oscillare tra orientamenti meramente ricognitivi dell'esistenza di un modello e altri ben più allarmanti che, addirittura, sembrano affermare un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo all'OdV, con ciò vanificando i tentativi di autocontrollo penale, di cui si è ampiamente detto in premessa<sup>38</sup>.

Se, infatti, venissero neutralizzati i requisiti di autonomia e indipendenza dell'OdV, attribuendo ai modelli organizzativi 231 un ruolo impeditivo degli eventi-reato, in luogo della funzione di prevenzione, si correrebbe il rischio di incorrere in un'inaccettabile logica del *versari in re illicita*.

Tale condizione di diffusa incertezza, che ha persino sollecitato interventi di riforma volti ad estromettere il giudice penale con il ricorso a discutibili certificazioni di idoneità preventiva imperversa nell'attuale sistema.

D'altra parte, in netta controtendenza, la lettura oggi offerta dalla Suprema Corte offre incoraggianti spunti, lì dove analizza in concreto la morfologia dell'ente, così elevandolo a protagonista della vicenda giudiziaria.

In tale scenario, l'autonomia e l'indipendenza dell'OdV rimangono i punti fermi, idonei a presidiare l'effettività del controllo, per avviare un cambio di rotta verso la realizzazione di un "*sistema integrato di responsabilità degli enti*".

---

<sup>37</sup> In tal senso, O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI - P. SEVERINO (a cura di), *Op. cit.*, pp. 214 ss.

<sup>38</sup> C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 137.

# IL GIUDICE DINANZI ALL'OFFESA RIPARATA: TRA VECCHI PROBLEMI E NUOVE SFIDE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

MARTINA MANDALARI

SOMMARIO: 1. Premessa: il personalismo della giustizia riparativa. – 2. L'introduzione di una "Disciplina organica della giustizia riparativa": cenni alla c.d. Riforma Cartabia. – 2.1. Informare, inviare, valutare: il nuovo volto del giudice. – 3. La complementarità tra giustizia riparativa e giustizia punitiva: la rilevanza dell'esito riparativo sull'*an* della punibilità e sul piano sanzionatorio. – 3.1. La discrezionalità sanzionatoria: un passo avanti verso l'individualizzazione della pena. – 4. Conclusioni.

**Abstract:** The so-called "Cartabia Reform" aims at introducing an organic discipline for the "restorative justice" into our system and at drawing a new face of the Judge. Thanks to the mediator's report on the offender, in fact, the Judge can now relate to consistent data to understand the history of an offender who took part to "restorative justice" programmes together with the victims, and the community at large.

## 1. Premessa: il personalismo della giustizia riparativa

L'idea di una giustizia "alta" e "altra" da quella punitiva ha origini antiche.

Nell'Antico Testamento, accanto al *mishpat*, un giudizio in cui si confrontano accusa e difesa e che culmina con l'emissione di una sentenza, viene descritto il *rib*, una modalità di soluzione dei conflitti bilaterale e riservata, che ha la finalità di consentire il superamento, attraverso un confronto che avviene nella sfera privata delle parti, dello stato di conflitto tra accusatore e accusato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. MANNOZZI, *Giustizia Riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, pp. 467 ss.

È questo un formante della giustizia riparativa tanto antico quanto significativo, che consente di evidenziare come esista una modalità di soluzione delle controversie che pone al centro del sistema la persona, che sia l'autore del delitto o la vittima. Il punto di partenza è la consapevolezza che l'uomo, muovendo dalla verità dei fatti, dall'emersione dell'accaduto e dall'assunzione delle responsabilità, possa riuscire a prendere il distacco dal conflitto e dalle proprie ragioni.

La giustizia riparativa è allora giustizia "alta", perché eleva le parti dal degrado della vicenda criminosa e gli consente di guardare dall'alto il conflitto e di rigenerarsi nel rapporto con l'altro, ma anche in quello con sé, attraverso l'altro.

È poi anche una giustizia "altra" rispetto a quella afflittiva. I profili di alterità sono molteplici<sup>2</sup>.

Nella giustizia punitiva, la gestione complessiva della dinamica conflittuale è interamente statale e istituzionalizzata, mentre nella giustizia riparativa è comunitaria/sociale, con una de-formalizzazione dello spazio in cui risolvere il conflitto.

Anche il concetto di disvalore del fatto cambia: nella giustizia punitiva è oggettivo, essendo descritto dettagliatamente dalla norma, a protezione di un valore che è di regola astratto, con l'ulteriore conseguenza della spersonalizzazione di tutti i beni protetti.

Nella giustizia riparativa, invece, il disvalore è anche personalistico: il conflitto viene affrontato in termini sostanziali, andando oltre la dimensione astratta valoriale, per soffermarsi sulla "sofferenza criminale" cagionata dall'autore del delitto alla vittima.

Infine, e soprattutto, la diversità tra le due forme di giustizia si rinvia sul piano delle conseguenze<sup>3</sup>.

*Ab immemorabili*, la pena si configura come una afflizione, come una violenza analoga nel contenuto alla negatività del reato<sup>4</sup>.

Nella giustizia riparativa, al contrario, la pena non è subita ma agita e l'esito del processo non ha nulla a che vedere con l'afflizione, potendo dirsi raggiunto nel momento del reciproco riconoscimento tra vittima e accusato, cioè quando è superata la conflittualità originata dalla sofferenza del crimine<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2022.

<sup>3</sup> *Id.* p. 4.

<sup>4</sup> L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, pp. 79 ss.

<sup>5</sup> M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, pp. 237-250, nonché *Id.*, *Per una concezione*

Se allora la giustizia riparativa è tutt'altro da quella punitiva, è grande la sfida, di cui la riforma Cartabia si incarica, per costruire un rapporto di interazione che innesti la giustizia riparativa (d'ora in poi, anche GR) all'interno della giustizia afflittiva, senza con ciò privare la prima dei suoi caratteri essenziali e della sua capacità di consentire il superamento sostanziale del conflitto.

## 2. L'introduzione di una "Disciplina organica della giustizia riparativa": cenni alla c.d. Riforma Cartabia

Con il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, la giustizia riparativa entra a pieno titolo nell'ordinamento italiano<sup>6</sup>. È un momento di svolta: una nuova cultura "*arriva a bussare alle porte del pianeta-giustizia*"<sup>7</sup> e scalza gli orientamenti politici-criminali degli ultimi lustri ispirati all'exasperato rigorismo repressivo e al ricorso alla pena in chiave di stigmatizzazione sociale<sup>8</sup>.

Dando seguito agli *inputs* provenienti da numerose fonti internazionali, il titolo IV del d. lgs. n. 150/2022, in attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134, introduce, attraverso l'interpolazione delle norme del Codice penale, del codice di rito e di alcuni atti di normazione primaria, il "Codice della giustizia riparativa"<sup>9</sup>.

La disciplina introdotta pretende di essere una disciplina "organica" della GR. Infatti, per la prima volta nell'ordinamento italiano, vengono regolamentati principi, obiettivi, soggetti e funzionamento del nuovo sistema di GR.

L'organicità della disciplina si attesta, poi, anche riguardo ad un altro aspetto, laddove il nuovo "Codice" può rappresentare un comple-

---

*post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1162-1218.

<sup>6</sup> Sulla giustizia riparativa la letteratura è sconfinata. Tra le opere pubblicate in Italia, si rimanda a: G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017; AA.VV., in A. CERETTI - G. BERTAGNA - C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015; AA.VV., in G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

<sup>7</sup> G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Legislazionepenale.eu*, 2/2021, p. 22.

<sup>8</sup> F. PALAZZO, *Prima lettura della riforma penale: aspetti sostanziali*, in *La riforma del processo penale*, in *Pol. dir.*, 4/2021, pp. 625-638.

<sup>9</sup> Parlano di codificazione A. PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *Sist. pen.*, 14 novembre 2022, p. 2, nonché C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: "infrastrutture" e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, p. 97.

to paradigma normativo di riferimento per quelle forme di giustizia riparativa che in ordine sparso già erano presenti nel nostro ordinamento<sup>10</sup>.

Accennando, senza pretesa di esaustività, alla definizione di GR, l'art. 42 del decreto in esame richiama la nozione di *Restorative Justice* invalsa nelle fonti internazionali ed europee.

La novella del 2022, infatti, si ispira ai “*Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*” delle Nazioni Unite del 2002, alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018) 8 del 3 ottobre 2018, ma soprattutto recepisce la direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

La direttiva europea, in particolare, in linea con la definizione dei *Basic principles*, ha definito la giustizia riparativa come “*qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale*” (art. 2, par. 1, lett. d)).

La Riforma Cartabia recepisce tale definizione e istituisce, anche nell'ordinamento italiano, uno spazio giuridico esterno rispetto al procedimento penale, in cui, sotto la guida di un mediatore terzo e imparziale, avviene l'incontro tra la vittima, il reo e la comunità<sup>11</sup>.

Superando la visione reocentrica del diritto penale illuministico, la GR pone al centro del sistema la vittima e la frattura sociale determinata dal delitto<sup>12</sup>.

L'obiettivo, come definito dall'art. 43 del decreto, non è quello di punire il reo, ma di riparare la relazione interrotta tra gli attori del reato, attraverso un percorso di riconoscimento della vittima del reato, di

<sup>10</sup> Il riferimento è al sistema penale minorile ex art. 9 e 29 d.P.R. n. 448/88; alle pratiche del giudice di pace di cui agli art. 29 e 35 d. lgs. n. 274/2000; alla mediazione autore/vittima ex art. 168-bis c.p. e all'affidamento in prova al servizio sociale e alla liberazione condizionale della pena durante la fase penitenziaria. Tali discipline, che avevano avuto applicazioni numericamente trascurabili, trovano ora un referente normativo e un'organizzazione ministeriale dei centri per la giustizia riparativa.

<sup>11</sup> La riforma opta per un approccio c.d. puro (o olistico) di Giustizia riparativa, rifiutando l'orientamento massimalista che dilata la nozione fino a ricomprendervi ogni attività riparativa (risarcimento/lavori di pubblica utilità/condotte riparatorie) dell'autore del reato. A. PRESUTTI, *Aspettative*, cit., p. 3.

<sup>12</sup> In tema, V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questionegiustizia.it*, 26 marzo 2019, nonché C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica*, in *Criminalia*, 2021, pp. 209 ss.



responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e di ricostituzione dei legami con la comunità.

### 2.1. *Informare, inviare, valutare: il nuovo volto del giudice*

Riguardo ai compiti dell'autorità giudiziaria, la riforma Cartabia le attribuisce un ruolo particolarmente attivo: informare, inviare e valutare sono le tre attività che è chiamata a compiere per consentire alle parti di fruire degli strumenti di GR.

Con riferimento al potere di informazione e di invio, il nuovo art. 129-*bis* c.p.p. assegna all'Autorità giudiziaria il compito di fare da “filtro” dei casi da trasmettere ai neo-istituiti centri di GR, prevedendo la facoltà del giudice di disporre “*in ogni stato e grado del procedimento*”, anche d'ufficio, l'invio delle parti<sup>13</sup> al centro di riferimento.

Il giudice, dunque, non si limita ad informare dettagliatamente le parti della possibilità di fruire dei programmi di GR ma, con una scelta che è subito apparsa discutibile<sup>14</sup>, può in via officiosa inviare le parti al centro di GR per intraprendere un percorso, sempre che autore e vittima vi acconsentano.

Si è allora osservato che il giudice cambia volto: non si pone al di sopra del conflitto, ma è chiamato a mettersi all'interno di esso<sup>15</sup>.

Senza perdere la sua neutralità, il giudice avvia le parti al difficile e prezioso cammino verso la ricomposizione del conflitto e da mero retributore di pene, diventa l'artefice di un percorso che può rappresentare una chance positiva per l'accusato<sup>16</sup>.

La riforma, poi, attribuisce al giudice un ruolo nella valutazione dell'eventuale esito riparativo ed in ogni caso del programma, delineando così una sorta di percorso circolare che prende avvio con l'informazione, percorre la fase di affido ai centri di giustizia riparativa e ritorna all'autorità giudiziaria sotto forma di potere valutativo.

In tale prospettiva, l'art. 57 impone ai mediatori di comunicare al-

---

<sup>13</sup> Il giudice può aprire le porte alla GR con la valutazione sull'accesso ma non potrà varcarne la soglia, poiché l'individuazione dei programmi, lo svolgimento e la loro esecuzione rientrano nella competenza degli istituendi Centri per la giustizia riparativa.

<sup>14</sup> F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *Legislazionepenale.eu*, 31 dicembre 2022, p. 16.

<sup>15</sup> M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Questionegiustizia.it.*, 10 ottobre 2022.

<sup>16</sup> L. EUSEBI, *Giustizia*, cit., p. 82.

l'Autorità giudiziaria l'esito, positivo o negativo, dei programmi di GR, attraverso la trasmissione di una relazione che contiene la descrizione essenziale dell'accordo di riparazione, ove raggiunto, e del tipo di attività svolta, senza nulla dire circa il contenuto del dialogo tra le parti<sup>17</sup>. In tal modo, si garantisce il rispetto della riservatezza delle dichiarazioni rese dai partecipanti, senza che ne sia fatto un utilizzo in *malam partem* e, al contempo, si consente all'Autorità giudiziaria di acquisire il risultato del percorso di giustizia riparativa.

### **3. La complementarità tra giustizia riparativa e giustizia punitiva: la rilevanza dell'esito riparativo sull'*an* della punibilità e sul piano sanzionatorio**

Tanto premesso, si può concentrare l'attenzione sull'impatto che la partecipazione al programma riparativo è in grado di determinare nel momento in cui incontra il sistema punitivo.

La riforma in commento, oltre ad apportare modifiche ad istituti di diritto penale sostanziale e processuale, ha inserito una norma generale in cui specifica che il giudice, ricevuta la relazione conclusiva redatta del mediatore, “è chiamato a valutare lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo” (art. 48 del decreto).

Dall'esegesi normativa, emerge chiaramente che la novella ha delineato un meccanismo di complementarità funzionale<sup>18</sup> tra giustizia riparativa e giustizia punitiva.

Premesso che giustizia riparativa e giustizia punitiva trovano genesi comune nel reato commesso, si opta per un sistema in cui la regola è che il percorso di GR sia complementare, anziché alternativo, al processo e alla risposta sanzionatoria.

La giustizia riparativa, infatti, viene innestata su istituti propri della giustizia punitiva, a cui concede un significato politico-criminale diverso<sup>19</sup>. Viene, invece, configurata come eccezionale l'ipotesi in cui il raggiungimento di un esito riparativo riesca a produrre effetti sostitutivi alla risposta punitiva.

---

<sup>17</sup> R. MUZZICA, *Il ruolo dell'Autorità Giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen.*, 2/2023, p. 51.

<sup>18</sup> F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sist. pen.*, p. 10.

<sup>19</sup> A. PRESUTTI, *Aspettative*, cit., p. 22.

Anche a non voler ricostruire i due sistemi nei termini rigidi del rapporto regola-eccezione, non può non concordarsi con quanti hanno sottolineato come la riforma abbia utilizzato eccessiva cautela nell'individuare gli effetti, in termini di riduzione o venir meno della risposta sanzionatoria, al positivo esito del percorso di GR<sup>20</sup>.

Invero, per i reati procedibili a querela, viene dato ampio rilievo all'ipotesi in cui il querelante partecipi a un programma di GR che si conclude con esito riparativo, poiché in tal caso opera l'istituto della remissione tacita della querela (art. 152, co. 3, n. 2, c.p.)<sup>21</sup>. Considerando poi che l'estensione delle categorie di reati procedibili a querela di parte, tale meccanismo potrebbe produrre, a regime, importanti effetti deflativi<sup>22</sup>.

Per i reati procedibili d'ufficio, tuttavia, il discorso è diverso.

Con riguardo all'*an* della punibilità, infatti, mai l'esito riparativo è da solo capace di elidere la risposta sanzionatoria.

La riforma, infatti, decide di non introdurre un'autonoma causa di non punibilità in favore dell'autore che ha riparato il delitto, opzione che avrebbe portato ad effetti dirompenti nel giudizio sull'*an* della responsabilità<sup>23</sup>.

Si sceglie, invece, di valorizzare l'istituto della "esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto" di cui all'art. 131-*bis* c.p., individuando in questo il mezzo per dare spazio al positivo espletamento del percorso di GR. Tra gli elementi alla luce del quale valutare la particolare tenuità dell'offesa, infatti, viene aggiunta "*la condotta susseguente al reato*", tra cui rientra indubbiamente anche l'aver concluso positivamente un percorso di riparazione.

La modifica dell'art. 131-*bis* c.p. è stata accolta con favore dalla dottrina, che ha evidenziato che la norma potrà acquisire un ruolo preminente nel dare spazio alla GR, anche alla luce della circostanza che ne è stato ampliato l'ambito applicativo, tarato sul minimo e non più sul massimo della pena legislativamente stabilito.

---

<sup>20</sup> M. BORTOLATO, *La riforma*, cit., p. 131.

<sup>21</sup> Quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo nel caso in cui tali impegni siano stati rispettati.

<sup>22</sup> Si interroga sulla capacità della riforma a produrre effetti deflativi F. PALAZZO, *Plaidoyer*, cit., p. 10. Sul tema si rimanda anche ad A. MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in *Leg. pen.*, 4/2022, pp. 159 ss.

<sup>23</sup> F. PARISI, *Giustizia*, cit., p. 16.

Tuttavia, non si è mancato di sottolineare le ragioni che inducono a non ingigantire la modifica normativa.

Intanto la condotta susseguente al reato acquisisce rilievo non come autonomo indice di tenuità dell'offesa, bensì come criterio aggiuntivo rispetto a quelli di cui all'art. 133, co. 1, c.p. Il positivo risultato riparativo, dunque, potrà determinare la totale esclusione della responsabilità penale soltanto se sorretto da altri elementi che concorrono a determinare il giudizio favorevole sul carattere tenue dell'offesa.

Se è vero, poi, che calibrare il campo applicativo della norma sul minimo della pena ne incrementa le potenzialità, è pur vero che il decreto amplia notevolmente il catalogo dei reati per i quali l'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità, così che viene impedita l'operatività di tale meccanismo rispetto a un numero rilevante di ipotesi<sup>24</sup>.

Le altre modifiche apportate dalla riforma riguardano istituti afferenti non all'*an* della punibilità, ma al *quantum* della sanzione applicabile, potendo la partecipazione al programma di GR influenzare la severità della reazione punitiva<sup>25</sup>.

Nel caso, infatti, di reato procedibile d'ufficio, rispetto al quale non viene dichiarata la non punibilità dell'autore del delitto, l'unica opzione che il giudice ha a disposizione per valorizzare la partecipazione dell'accusato a un percorso di GR è quella di graduare la risposta sanzionatoria in senso favorevole al reo.

Se il programma di GR giunge a un esito riparativo, il giudice applica, obbligatoriamente *ex art. 59, comma 1, c.p.*, la nuova attenuante comune di cui all'art. 62, comma 1, n. 6, c.p. e la pena verrà diminuita fino a un terzo della pena base<sup>26</sup>.

Nel caso, invece, il percorso non si concluda con esito positivo<sup>27</sup> (circostanza che può dipendere anche da condizioni indipendenti dalla

---

<sup>24</sup> *Id.* p. 10.

<sup>25</sup> Peraltro, anche nell'ottica della complementarità tra riparazione e punizione, la riforma non segue neanche l'opzione di autorevole dottrina di affiancare al delitto tentato la fattispecie autonoma del delitto riparato, tesi che finora rappresentava l'espressione più radicale della dottrina favorevole alla riparazione integrata nel sistema penale. La formulazione più recente di tale proposta è contenuta in M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questionegiustizia.it*, 29 ottobre 2020.

<sup>26</sup> Qualora, poi, l'esito riparativo sia consistito nell'assunzione di impegni comportamentali da parte dell'imputato, l'attenuante potrà essere valutata e concessa dal giudice solo se tali impegni siano stati rispettati.

<sup>27</sup> M. IANNUZZELLO, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l'esito riparativo come circostanza attenuante*, in *Legislazionepenale.eu*, 29 novembre 2022, p. 18.

persona accusata), il *post fatto* riparatorio dovrà essere valorizzato attraverso i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. (in forza del citato art. 58) e, segnatamente, dando rilievo alla “*condotta susseguente al reato*”.

### 3.1. *La discrezionalità sanzionatoria: un passo avanti verso l'individualizzazione della pena*

Con riferimento all'ipotesi in cui il programma di GR non si conclude con esito riparativo, si può notare come la riforma abbia accolto l'opzione dottrinarica che aveva evidenziato la possibilità che la mediazione e la riparazione “*dialogassero*” con il sistema commisurativo tramite una piena valorizzazione del parametro fattuale di cui all'art. 133, co. 3, n. 2, c.p.<sup>28</sup>.

Come è noto, in sede di commisurazione della pena il giudice gode di piena discrezionalità ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p. L'essenza di tale potere è individuata nell'essere uno “*strumento finalizzato alla concretizzazione di un retrostante programma politico-legislativo declinato in senso costituzionale*”<sup>29</sup>, alla luce del quale “*il giudice può proseguire nel caso concreto le valutazioni astratte del legislatore*”<sup>30</sup>.

Come da tempo rileva la dottrina, il potere discrezionale viene esercitato nella prassi “*in modo non controllato né controllabile*”<sup>31</sup>. È la stessa giurisprudenza a riconoscere che la fase di commisurazione della pena è affidata sostanzialmente alla “*intuizione del giudice*”<sup>32</sup>, il quale opera secondo le prassi sedimentate in un dato ufficio giudiziale.

<sup>28</sup> Sul tema si richiamano gli studi di G. MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018.

<sup>29</sup> M. VENTUROLI, *Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione*, in A. MENGHINI - E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale, Atti del Convegno di Trento*, 21-22 gennaio 2022, p. 109.

<sup>30</sup> F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato: l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1759.

<sup>31</sup> N. MAZZACUVA, *A proposito della “interpretazione creativa” in materia penale: nuova “garanzia” o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 438 ss.

<sup>32</sup> C. IAGNEMMA, *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, p. 108.

rio, sulla base dei riscontri processuali concernenti il fatto e la colpevolezza del suo autore<sup>33</sup>.

L'art. 133 c.p., invero, si è mostrato inidoneo a limitare il potere discrezionale del giudice nel determinare le sanzioni, soprattutto per la scarsa determinatezza che caratterizza la norma.

La nozione di gravità del reato e di capacità a delinquere costituiscono, infatti, clausole generali che non riescono a fornire all'interprete linee-guida sufficientemente precise per la determinazione della pena<sup>34</sup>.

Sotto altro profilo, la dottrina ha evidenziato come l'ambiguità delle due categorie le renda suscettibili di diversa valutazione a seconda della prospettiva finalistica adottata con riguardo alla funzione della pena<sup>35</sup>.

A tal proposito, si è osservato che a poco è valso il disposto dell'art. 27, co. 3, Cost. che esige che le sanzioni si orientino alla rieducazione del condannato. Infatti, l'attuazione del finalismo rieducativo è stata completamente demandata alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza in sede di determinazione del trattamento esecutivo, mentre la dottrina e la giurisprudenza di cognizione si sono mostrate per lo più propense ad accogliere una concezione polifunzionale della pena<sup>36</sup>.

Ebbene, in questo quadro, la riforma Cartabia sceglie di potenziare la discrezionalità giudiziaria, non solo in sede di qualificazione della sanzione<sup>37</sup>, ma anche in sede di sua quantificazione, nella prospettiva

---

<sup>33</sup> L. EUSEBI, *Giustizia*, cit., p. 81.

<sup>34</sup> Con riguardo al paradigma della capacità a delinquere e, per quanto più qui interessa, della condotta susseguente al reato, la giurisprudenza ne ha fatto una interpretazione restrittiva, limitando la valutazione alla condotta processuale susseguente al fatto tenuta dall'imputato. Cfr. G. MANNOZZI, *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis - Rivista giuridica*, Anno III, 9/2011, pp. 36-40.

<sup>35</sup> C. IAGNEMMA, *Profili*, cit., p. 108.

<sup>36</sup> M. VENTUROLI, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Sist. pen.*, 31 maggio 2023, p. 18. Vedi anche G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 131-146.

<sup>37</sup> La riforma Cartabia dà luogo ad una revisione dell'assetto delle sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 89/1981, su cui si rimanda, tra gli altri, D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, pp. 83 ss.

che della discrezionalità sanzionatoria ne venga fatto un utilizzo “a misura” d'uomo<sup>38</sup>.

Si è visto, infatti, che il giudice, nel momento in cui si trova dinanzi a un'offesa riparata, è chiamato ad applicare obbligatoriamente la nuova attenuante comune prevista al n. 6 dell'art. 62 c.p.

Nel caso in cui, invece, il reo ha tentato di ripararla (partecipando al programma, eventualmente risarcendo il danno, attenuando o elidendo le conseguenze dannose o pericolose) ma l'esito non è positivo, il giudice valuterà tale condotta susseguente al reato come indizio della capacità a delinquere.

Emerge, allora, come la “*capacità a delinquere*” e “*la condotta susseguente al reato*” del secondo comma dell'art. 133 c.p. vengano valorizzate dal legislatore nella diversa prospettiva della giustizia riparativa.

Il post-fatto riparatorio, infatti, lungi dall'essere un indizio congruente con la colpevolezza per il fatto, “*si staglia come sua oggettiva e/o soggettiva antitesi*”<sup>39</sup>. La sua capacità indiziante, dunque, non può riguardare la colpevolezza per il fatto, ma l'attualità, la misura e il tipo delle esigenze di risposta legate al fatto commesso, alla luce dell'attuale modo di essere dell'agente.

Le condotte riparatorie, infatti, riflettono un diverso bisogno di pena di coloro che pongono in essere comportamenti che rappresentano un'inversione di rotta rispetto alla condotta delittuosa, al fine di riconciliarsi con la vittima e con la comunità.

La stessa mera partecipazione a un percorso di GR e l'attivazione per la riparazione della persona indicata come autore dell'offesa, a prescindere dal raggiungimento di un esito positivo, non possono che testimoniare la condivisione da parte dell'autore del fatto del terreno valoriale in cui si riconosce non solo la vittima, ma anche la comunità e, dunque, l'istituzione statale.

Non può, allora, tale circostanza non essere valorizzata in sede di commisurazione della pena, mostrando se non la mancanza del bisogno di pena, quantomeno un bisogno diminuito, a cui dovrà corrispondere l'attenuazione e individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

---

<sup>38</sup> L'attitudine della giustizia riparativa a conciliare le esigenze della vittima e dell'autore del reato nel solco tracciato dal principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 3, Cost. è stata recentemente affermata da G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *Legislazionepenale.eu*, 2 febbraio 2023, pp. 4 ss. Sul tema anche L. EUSEBI, *Giustizia*, cit., pp. 79 ss.

<sup>39</sup> G. MANNOZZI, *Giustizia penale*, cit., p. 39 che rinvia a D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1009.

#### 4. Conclusioni

Tentando di trarre alcuni rilievi conclusivi, può evidenziarsi come la Riforma Cartabia, nel realizzare un “miracolo” legislativo<sup>40</sup>, abbia incaricato la magistratura di un compito non facile. A partire dalla scelta di inviare le parti ad avviare un percorso di GR fino ad arrivare all’attività di valutare e dare rilievo, in sede di applicazione della pena, all’esito positivo o alle condotte riparatorie comunque realizzate dall’accusato, grava sulla magistratura il compito di consentire l’affermazione della logica della giustizia riparativa.

Appare, invero, innegabile che un ordinamento in affanno per eccesso di penalità non si possa permettere di restare indifferente a fronte di condotte di riparazione, sia pure *ex post* dell’offesa, sintomatiche del venir meno o dell’attenuarsi del bisogno di punizione.

Con riferimento, in particolare, alla valorizzazione della discrezionalità sanzionatoria, il giudice viene sfidato a valorizzare l’attitudine della giustizia riparativa a fornire un epilogo sanzionatorio personalizzato. Grazie alla relazione del mediatore, infatti, questi avrà a disposizione dati afferrabili, legati alla concretezza del percorso riparativo intrapreso, che aprono alla comprensione della vicenda umana dell’accusato e rappresentano la strada per giungere ad un epilogo sanzionatorio realmente a misura d’uomo.

Se questa è la sfida del giudice, è comune a tutti gli attori della giustizia quella di farsi promotori di una valorizzazione ulteriore della giustizia riparativa, considerando la riforma appena varata solo come il primo, e significativo, passo di un lungo cammino<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> F. PALAZZO, *Prima lettura*, cit., p. 630.

<sup>41</sup> F. PALAZZO, *Plaidoyer*, cit., p. 13.



LA PREVENZIONE ANTIMAFIA  
TRA POTERI DEL GIUDICE ORDINARIO  
E POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO:  
IL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE I RAPPORTI  
TRA IL CONTROLLO GIUDIZIARIO “VOLONTARIO”  
E LE INTERDITTIVE ANTIMAFIA

LIVIA PERONACI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di progressività dell’intervento statale nel sistema di prevenzione penale e amministrativo. – 3. Gli effetti del controllo giudiziario volontario sul giudizio amministrativo: orientamenti a confronto. – 4. La decisione del Consiglio di Stato. – 5. Osservazioni conclusive.

**Abstract:** In this decision, the plenary meeting of Council of State analyzes the relation between judicial control of companies, foreseen by paragraph sixth of art. 34-*bis* of anti-mafia code, and appeal against anti-mafia interdictory information, proceeding to evaluate the essential connections between ordinary and administrative jurisdiction.

## 1. Premessa

Con la sentenza n. 8 del 13 febbraio 2023<sup>1</sup> l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha risolto la *vexata quaestio* relativa ai rapporti tra l’istituto del controllo giudiziario “volontario”, disciplinato all’art. 34, co. 6, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia) e le in-

---

<sup>1</sup> Cons. St., ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 8, che ha deciso la questione deferita dall’ord. 6 luglio 2022, n. 5624. Identico principio di diritto è stato affermato da Cons. St., ad. plen., 13 febbraio 2023, nn. 6 e 7.

formazioni interdittive antimafia, regolamentate agli artt. 84 ss. del medesimo testo normativo. Da tempo al centro del dibattito scientifico e giurisprudenziale<sup>2</sup>, la tematica involve una questione processuale che, ad un suo più attento esame, impone di indagare l'effettiva portata in chiave sostanziale e sistematica dei due istituti.

Il controllo giudiziario – come si vedrà nel prosieguo – è una misura di prevenzione patrimoniale, di recente compiutamente disciplinata dalla legge n. 161 del 2017, articolata in due versioni: il controllo giudiziario *tout court*, applicabile dal giudice della prevenzione penale su istanza dei soggetti pubblici competenti, e il controllo giudiziario su domanda, o volontario, che può essere disposto a richiesta dell'impresa destinataria di interdittiva antimafia, previa sua impugnazione davanti al giudice amministrativo. Rilevano, sotto tale ultimo profilo, l'art. 34, co. 6 e 7, d. lgs. 159/2011, ove si precisa che il provvedimento che dispone il controllo giudiziario sospende il termine per il rilascio dell'informazione antimafia, nonché “*gli effetti di cui all'articolo 94*”, vale a dire l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il legislatore del 2017, consentendo agli imprenditori attinti dal provvedimento prefettizio di domandare il controllo giudiziario e “*di conseguire così la sospensione degli effetti interdittivi, purché – questa la precondizione di accesso – l'imprenditore abbia impugnato dinanzi al giudice amministrativo*”, ha stabilito un collegamento tra il settore della prevenzione penale e quello della prevenzione amministrativa<sup>3</sup>, e ciò al precipuo fine di diminuire gli effetti esiziali che deriverebbero alle imprese dall'applicazione della più incisiva misura interdittiva.

Alla luce di tale peculiare schema, che vede il controllo giudiziario

---

<sup>2</sup> Sulla questione, cfr. R. CANTONE - B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto alla infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; M. VULCANO, *La prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34-bis del codice antimafia*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 3/2021; G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10 marzo 2021; M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 10 maggio 2022; E. BORBONE, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario: il Consiglio di Stato fa chiarezza*, in *Amministrazione in cammino*, 1/2023; R. ROLLI - V. BILOTTO - F. BRUNO, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza Plenaria mette la parola fine (?) al dibattito rapporto tra i due istituti*, in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it), 24 aprile 2023.

<sup>3</sup> G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 13 maggio 2022.

esondare dal sistema chiuso della prevenzione penale e correlarsi con la misura preventiva più gravosa approntata dal sistema amministrativo, i quesiti di diritto deferiti all'esame del Consiglio di Stato dall'ordinanza di rimessione riguardavano, *in nuce*, la necessità o meno di sospendere il giudizio amministrativo avente ad oggetto la legittimità dell'interdittiva a seguito dell'ammissione dell'impresa ricorrente al controllo giudiziario.

Il Consiglio di Stato, aderendo alla ricostruzione della sezione rimettente, ha rigettato l'opposta tesi, patrocinata da diversa ordinanza di rimessione al collegio, che ravvisava nell'ammissione al controllo giudiziario un'ipotesi di sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.* del processo amministrativo durante la pendenza del controllo giudiziario.

## 2. Il principio di progressività dell'intervento statale nel sistema di prevenzione penale e amministrativo

Prima di analizzare più nel dettaglio l'apparato motivazionale della sentenza in commento, pare opportuno ripercorrere brevemente i tratti essenziali del sistema di prevenzione antimafia in una prospettiva integrata, alla luce del rapporto che lega il settore penale con quello amministrativo.

Il sistema della prevenzione antimafia, raccolto all'interno del d. lgs. n. 159/2011 e periodicamente interessato da interventi legislativi finalizzati ad affinare e implementare gli strumenti di contrasto delle variegate forme di infiltrazione della criminalità mafiosa all'interno del tessuto economico nazionale<sup>4</sup>, è stato tradizionalmente incentrato su un paradigma c.d. ablatorio tramite il ricorso alle due note misure del sequestro e della confisca di prevenzione<sup>5</sup>. Nella mutata consapevolezza che la criminalità mafiosa opera anche come un soggetto economico<sup>6</sup>, è presto emerso che a fronte di realtà economiche

---

<sup>4</sup> G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Il 'Codice delle leggi antimafia': risultati, omissioni e prospettive*, in *Leg. pen.*, 2/2012, pp. 181 ss.

<sup>5</sup> Sul ruolo della confisca nell'azione di contrasto all'accumulo di ricchezza illecita la bibliografia è ricchissima. Tra i molti, si vedano L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997; G. FIANDACA, *Criminalità dei patrimoni illeciti*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 152; V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimine sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, pp. 1259 ss.

<sup>6</sup> C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, p. 705 ss.

direttamente riconducibili a interessi criminali (cc.dd. imprese mafiose<sup>7</sup>) o con un elevato tasso di collusione (cc.dd. imprese colluse) colpire le basi economiche del crimine organizzato rappresenta la migliore strategia per neutralizzare la piaga dell'inquinamento mafioso<sup>8</sup>, dal momento che l'aggressione (tramite ablazione) dei patrimoni riduce il prestigio delle consorterie criminali e scalfisce la capacità di condizionamento delle realtà socio-economiche.

Un simile approccio, senz'altro idoneo a recidere il nodo mafie-imprese per realtà aziendali radicalmente compromesse, è apparso all'opposto inadeguato al cospetto di quei legami tra imprenditoria e mafie meno intensi<sup>9</sup>, in cui i gruppi criminali contaminano imprese in origine sane, condizionandone l'attività, senza controllarle del tutto. In questi casi, il paradigma ablatorio, ritenuto in contrasto con l'esigenza di continuità aziendale e con la libertà costituzionalmente garantita di iniziativa economica privata, è stato affiancato da un diverso approccio, di tipo "terapeutico", ove la tutela preventiva si è incentrata sull'obiettivo di ricondurre l'attività aziendale nella liceità senza espellerla dal mercato<sup>10</sup>.

È in tale ottica che si è mossa la legge n. 161/2017 che, nel valorizzare misure preventive "*diverse dalla confisca*", ha riformato l'amministrazione giudiziaria (art. 34) ed introdotto il controllo giudiziario delle aziende a rischio infiltrazione (art. 34-*bis*), distinto, quest'ultimo, nel controllo giudiziario prescrittivo (co. 1) e volontario (co. 6)<sup>11</sup>. Per effetto di tali misure, si consente all'autorità giudiziaria di incidere sul-

<sup>7</sup> Su tale mutata strategia dell'associazionismo criminale di stampo mafioso v. P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983, pp. 46 ss.; V. RUGGIERO, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Milano, 2013, pp. 180 ss.; N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2018, pp. 15 ss. Per una recente analisi sul punto v. E. MEZZETTI, *L'impresa mafiosa*, in L. LUPARIA - E. MEZZETTI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, pp. 204 ss.; F. SIRACUSANO, *L'impresa a "partecipazione mafiosa" tra repressione e prevenzione*, in *Arch. pen.*, 3/2021.

<sup>8</sup> S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Roma, 2018, pp. 64 ss.

<sup>9</sup> C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuemo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuemo.org), 20 gennaio 2012.

<sup>10</sup> C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia*, cit., pp. 237 ss.

<sup>11</sup> Per un commento sulla recente riforma, cfr. C. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2018, pp. 145 ss.

la struttura organizzativa delle aziende “fiancheggiatrici” dei gruppi mafiosi, producendo, nel primo caso, uno spossessamento gestorio del comparto aziendale in un arco temporale predefinito e, nel secondo, una più *soft* vigilanza prescrittiva da parte di un *tutor* incaricato a “bonificare”, con l’ausilio di un giudice delegato, momenti di criticità aziendali non ancora irrecuperabili<sup>12</sup>.

La misura del controllo giudiziario può attuarsi secondo due modalità: se in un’ottica più tenue l’autorità giudiziaria può limitarsi ad imporre una serie di prescrizioni al soggetto economico (art. 34-*bis*, co. 2, lett. *a*)), qualora si opti per un intervento più incisivo ai sensi dell’art. 34-*bis*, co. 2, lett. *b*) potrà procedersi alla nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario per prevenire ulteriori contaminazioni e recuperare la parte infiltrata dell’azienda<sup>13</sup>. Tale seconda modalità è obbligatoria nel caso in cui l’impresa acceda alla misura non in via officiosa, ma su richiesta della stessa parte privata ai sensi del comma 6.

Da tale breve disamina emerge come la novella del 2017 ha inserito all’interno del codice antimafia un principio di progressività dell’intervento prevenzionale, graduato a seconda del bisogno di tutela del soggetto destinatario della misura. In un’*escalation* di intensità, si passa dal radicale spossessamento dei beni dal contesto patrimoniale di riferimento, proprio della confisca, ad una supervisione temporanea, tipica del controllo giudiziario, dove l’approccio più tenue dell’intervento statale tiene conto del “contatto mafioso” solo occasionale, fino ad arrivare, nel controllo giudiziario volontario, in una dimensione sempre più dialogica, alla richiesta di applicazione della misura da parte dell’impresa stessa a seguito di positiva prognosi di “bonificabilità”<sup>14</sup>.

Il giudice della prevenzione ha così il potere di individuare, sin dalla fase genetica del procedimento, le differenze tra le diverse possibili relazioni tra l’impresa e l’organismo mafioso condizionante, “*al fine di intervenire, ove necessario, con la misura di prevenzione maggiormente adeguata al caso*”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> V. Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487.

<sup>13</sup> M. GUERRA, *Recenti pronunce in tema di controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis del codice antimafia*, in AA.Vv., *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, vol. I, Roma, 2021, pp. 243 ss.

<sup>14</sup> G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario*, cit.

<sup>15</sup> R. MAGI, *Assesamenti interpretativi in tema di controllo giudiziario su domanda*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 maggio 2023.

L'esplicitazione dell'*intentio legis*, votata alla proporzionalità nell'applicazione delle misure preventive<sup>16</sup>, si coglie dallo stesso dato normativo, laddove la l. n. 161/2017, nel modificare gli artt. 20 e 24 del decreto legislativo citato, ha introdotto la possibilità per il tribunale di applicare in luogo del sequestro o della confisca gli articoli 34 e 34-bis "ove ricorrano i presupposti ivi previsti"<sup>17</sup>.

In sintesi, la l. n. 161/2017 ha ridisegnato l'assetto delle misure di prevenzione patrimoniali in materia penale distinguendo gli strumenti a seconda che debbano neutralizzare un'infiltrazione permanente o occasionale. Il rischio di infiltrazione mafiosa è quindi affrontato differenziando le fattispecie e ritagliando un'area, quella dell'infiltrazione solo occasionale, in cui le misure sono meno invasive per l'impresa<sup>18</sup>.

Anche il settore della prevenzione amministrativa ha di recente aderito, con il d.l. 6 novembre 2021, n. 152, ad analoga impostazione. Prima del noto d.l. *Recovery*, il sistema delle misure di contrasto alla criminalità organizzata in campo amministrativo ruotava attorno a un solo strumento, quello delle informazioni interdittive antimafia<sup>19</sup>, provvedimenti a natura cautelare e preventiva finalizzate ad incidere sia sull'economia pubblica sia sull'economia privata<sup>20</sup>. Quanto ai suoi effetti, l'interdittiva colpisce il rischio infiltrativo a prescindere dalla sua occasionalità e dà vita ad una incapacità giuridica parziale – in quanto limitata ad alcuni rapporti giuridici con la p.a. – di tipo temporaneo, potendo venir meno a seguito di successivo provvedimento prefettizio<sup>21</sup>. L'interdittiva, senz'altro efficace nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata in una prospettiva di neutralizzazione sociale, presenta però, soprattutto quella generica, profili di frizioni con i diritti fondamentali della proprietà privata e della libera iniziativa eco-

---

<sup>16</sup> T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 1 spec./2018, pp. 383 ss.

<sup>17</sup> M. VULCANO, *La prevenzione mite*, cit., p. 23.

<sup>18</sup> G. VELTRI, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>19</sup> Tra gli studi più recenti sulle interdittive antimafia, si vedano M.A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 25 maggio 2023; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2020; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 30 giugno 2018.

<sup>20</sup> Cons. St., ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3.

<sup>21</sup> Cons. St., ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23, con nota di G. D'ANGELO, *Interpretazioni e contraddizioni in tema di documentazione antimafia*, in *Foro it.*, 3/2021, pp. 170 ss.

nomica, potendo trovare applicazione in assenza di una previa determinazione dei presupposti e sulla base di una mera valutazione prognostico-possibilista.

Da qui l'esigenza di improntare il sistema a canoni di proporzionalità dell'intervento statale, teso piuttosto che all'esclusione drastica e sostanzialmente definitiva dell'impresa dal settore degli appalti pubblici "ad una bonifica assistita e temporanea dell'impresa infiltrata in un'ottica di recupero all'economia legale"<sup>22</sup>. Questa è parsa la direzione seguita dal d.l. n. 152/2021, che ha introdotto nel d. lgs. n. 159/2011, all'art. 94-bis, nuove misure di prevenzione collaborativa, adottabili dal prefetto all'esito di un contraddittorio endo-procedimentale in caso di agevolazione occasionale<sup>23</sup>. Con l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa, infatti, i soggetti economici immuni da gravi condizionamenti mafiosi sono sottoposti alla vigilanza dell'autorità statale tramite l'imposizione di programmi di bonifica dell'organizzazione aziendale, evitando, con un'evidente estensione della *ratio* sottesa al controllo giudiziario, l'estromissione dai rapporti contrattuali con la p.a.<sup>24</sup>.

Si è assistito così, similmente a quanto previsto in campo penale, all'introduzione nel sistema amministrativo del principio di progressività dell'intervento prevenzionale, finalizzato a sottrarre materia al monopolio delle informative antimafia e agli effetti esiziali che dalle stesse derivano per le imprese.

### 3. Gli effetti del controllo giudiziario volontario sul giudizio amministrativo: orientamenti a confronto

La "stratificazione normativa per aggiunta"<sup>25</sup> delle misure applicabili alle imprese a rischio infiltrazione mafiosa ha imposto di individuare meccanismi di raccordo volti a tracciarne i confini e ad armonizzarne l'operatività. Si legge in tale direzione l'espressa previsione normativa secondo la quale l'applicazione del controllo giudiziario volon-

---

<sup>22</sup> In questi termini, cfr. G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 17 luglio 2020.

<sup>23</sup> M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11/2021.

<sup>24</sup> G. VELTRI, *Op. cit.*, p. 1.

<sup>25</sup> Così Cass. pen., sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898.

tario sospende gli effetti dell'interdittiva e, a seguito della modifica attuata con il d.l. n. 152/2022, impone la cessazione delle eventuali misure di prevenzione collaborativa disposte dal prefetto. Il legislatore ha così sancito la prevalenza dello strumento giudiziario penale rispetto a quello amministrativo, ponendo le due misure in un rapporto di alternatività.

Nonostante lo sforzo attuato in via legislativa, i principali profili problematici si sono appuntati sull'esatto coordinamento tra i due istituti e, in particolare, su quale sia la sorte del giudizio amministrativo avente ad oggetto l'interdittiva antimafia in conseguenza dell'ammissione alla misura *ex art. 34-bis*, co. 6. Tale questione impone il vaglio di due ulteriori aspetti controversi relativi agli effetti della sentenza del giudice amministrativo sul controllo giudiziario e, all'opposto, agli effetti dell'esito favorevole del controllo sull'interdittiva impugnata.

Sul punto le ricostruzioni prospettate sono riconducibili a due filoni interpretativi.

Secondo una prima impostazione – cui mostra adesione l'adunanza plenaria nella pronuncia in commento – l'ambito amministrativo e quello penale, nonostante il “ponte” creato dal legislatore, non interferiscono tra loro in ragione del diverso fondamento e dell'eterogenea funzione<sup>26</sup>. Secondo tale ricostruzione dall'autonomia in astratto dei due procedimenti discende l'indipendenza anche degli esiti delle procedure: l'annullamento giurisdizionale o in autotutela del provvedimento amministrativo non implica la revoca del controllo giudiziario, che permarrrebbe anche in caso di caducazione dell'interdittiva. Una simile conclusione sarebbe suffragata dalla funzione del controllo giudiziario volontario che, pur fondandosi sul requisito dell'infiltrazione mafiosa, esigerebbe quella prognosi di bonificabilità dell'impresa del tutto indipendente dal carattere definitivo o meno dell'interdittiva<sup>27</sup>.

Una seconda impostazione<sup>28</sup>, valorizzando l'evidente complementarità tra i due strumenti preventivi, entrambi inseriti in un disegno unitario nell'azione di contrasto alla contaminazione mafiosa, ha propugnato la tesi della sospensione necessaria del giudizio amministrativo con sospensione *ex lege* dell'efficacia del provvedimento interditti-

---

<sup>26</sup> Cons. St., sez. III, n. 5615/2022, cit.

<sup>27</sup> Nel solco dell'autonomia si sono collocate anche ulteriori ricostruzioni, tra le quali si veda TAR Cal., 18 settembre 2020, n. 560, che ha escluso la sospensione necessaria data l'assenza di un'espressa previsione di legge; cfr. anche Cons. St., sez. III, 19 maggio 2022, n. 3973, che limita la correlazione al momento genetico-applicativo del controllo giudiziario volontario.

<sup>28</sup> Cons. St., sez. III, n. 4578/2022, cit.



vo ai sensi dell'art. 34-*bis*, co. 7, d. lgs. 159/2011. Il disposto dell'art. 34-*bis*, co. 6 e 7, d. lgs. cit. presupporrebbe la non definitività dell'interdittiva antimafia con pendenza del giudizio amministrativo non solo nel momento genetico della misura bensì per tutta la sua durata. Diversamente opinando, da un lato, l'eventuale rigetto del ricorso, con conferma dell'interdittiva, impedirebbe la sospensione degli effetti di un provvedimento ormai consolidato e, da altro lato, un ipotetico accoglimento del ricorso con annullamento dell'interdittiva farebbe venir meno sia gli effetti interdittivi sia il controllo giudiziario, data l'impossibilità di sospendere gli effetti di un provvedimento annullato. Nel caso dell'annullamento del provvedimento prefettizio, nelle more dell'esecuzione del controllo giudiziario, verrebbe del tutto vanificata l'emenda garantita all'impresa volontariamente attivatasi<sup>29</sup>.

#### 4. La decisione del Consiglio di Stato

Come anticipato in apertura, l'adunanza plenaria, in adesione alla tesi dell'autonomia delle due misure, ha fissato il principio di diritto secondo cui la pendenza del controllo giudiziario a domanda non costituisce causa di sospensione del giudizio di impugnazione avverso l'interdittiva, potendo la misura penale proseguire anche nel caso in cui l'interdittiva, all'esito della relativa impugnazione, venga confermata.

Un primo argomento posto a sostegno della decisione del supremo organo amministrativo si incentra sul principio di legalità: la sospensione del giudizio amministrativo non può essere disposta in mancanza di una norma che la preveda espressamente. Il Consiglio di Stato precisa, in proposito, che la correlazione tra il giudizio impugnatorio e il controllo giudiziario è imposta normativamente solo nella fase genetica, nel momento in cui l'impresa viene ammessa alla misura terapeutica, e che, sostanziosamente la pendenza del ricorso avverso l'interdittiva in una condizione di procedibilità del controllo giudiziario, non persiste nelle fasi successive alcun nesso di pregiudizialità-dipendenza in senso tecnico. La vigilanza prescrittiva *ex art. 34-bis*, co. 6, in questa

---

<sup>29</sup> Secondo Cons. St., sez. III, ord. 5 luglio 2021, n. 5134, invece, non si dovrebbe sospendere il processo ma rinviare l'udienza di discussione secondo tempistiche coordinate con quelle della misura preventiva. Cfr. R. ROLLI - V. BILOTTO - F. BRUNO, *Interdittive antimafia e il loro difficile (e travagliato) rapporto con il controllo giudiziario volontario: un quadro di insieme in attesa dell'Adunanza plenaria*, in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it), 15 febbraio 2023.

direzione, presenterebbe presupposti e finalità del tutto indipendenti dall'esito del giudizio sull'interdittiva.

Secondo il Consiglio di Stato una simile conclusione è suffragata anzitutto dall'analisi delle principali pronunce della Corte di cassazione penale, che lungi dal richiedere la necessaria pendenza del giudizio amministrativo durante l'esecuzione della misura preventiva, sovente ammettono il controllo giudiziario volontario anche nel caso di conferma di una precedente interdittiva<sup>30</sup>.

La sospensione necessaria del giudizio amministrativo viene poi respinta dal Consiglio di Stato sulla base di un secondo argomento di carattere teleologico. Si sottolinea, in quest'ottica, la funzione preventiva dello strumento dell'interdittiva, basata su accertamenti "statici", rivolti al passato, diversa in questo dalla funzione spiccatamente terapeutica, volta ad un risanamento "dinamico" dell'impresa, che guarda al futuro, propria del controllo giudiziario. Tali differenze, nell'ottica del Consiglio di Stato, giustificano la reciproca autonomia accertativa del giudice della prevenzione penale e del giudice amministrativo, con la conseguenza che l'eventuale consolidamento degli effetti dell'interdittiva a seguito del rigetto del ricorso da parte del giudice amministrativo non vanifica il percorso di bonifica dell'impresa attuato con il controllo giudiziario, aumentandone, al contrario, una volta accertata in termini definitivi la pregressa esistenza di contaminazioni mafiose, l'esigenza di proseguire il percorso terapeutico.

Infine, la non condivisibilità della tesi della sospensione deriva – nell'argomentazione dell'adunanza plenaria – dalla sua prospettazione da parte del giudice rimettente *secundum eventum litis*, cioè come rimedio a potenziali decisioni sfavorevoli pregiudizievoli del risanamento dell'impresa agevolata dai gruppi mafiosi. In tale prospettiva, verrebbe alterata la funzione dell'istituto della sospensione che non assolverebbe alla sua funzione tipica (prevenire la formazione di giudicati in contrasto tra loro) ma realizzerebbe "*obiettivi di politica legislativa, esorbitanti dal compito del giudice*"<sup>31</sup>, con potenziale lesione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

## 5. Osservazioni conclusive

L'indirizzo interpretativo accolto dal Consiglio di Stato, pur con-

---

<sup>30</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 10 novembre 2022, n. 42646.

<sup>31</sup> E. BORBONE, *Op. cit.*, p. 12.

divisibile sotto il profilo dell'interpretazione letterale delle disposizioni in adesione al principio di legalità, solleva qualche criticità laddove considera del tutto indifferente rispetto al risanamento avviato dal controllo giudiziario l'esito dell'impugnazione davanti al giudice amministrativo. Ammettere la prosecuzione del controllo giudiziario in caso di conferma del provvedimento prefettizio rischia, infatti, di creare una disparità di trattamento tra un provvedimento prefettizio divenuto definitivo per mancata impugnazione – a fronte del quale è senz'altro escluso che l'impresa possa chiedere il controllo giudiziario – e un provvedimento divenuto definitivo a causa del respingimento del ricorso a seguito di impugnazione<sup>32</sup>.

La tesi dell'autonomia delle due misure rischia poi di oscurare la *ratio* sottesa alla scelta legislativa di concedere l'accesso al controllo giudiziario volontario alle sole imprese che abbiano proposto ricorso avverso il provvedimento prefettizio e non anche a quelle che, pur destinatarie della medesima contestazione di occasionalità del condizionamento mafioso, abbiano ritenuto di non impugnare l'interdittiva. Una simile opzione parrebbe giustificata dall'esigenza di garantire l'effettività della tutela all'impresa che, a seguito di mancata sospensione in sede cautelare del provvedimento, potrebbe perdere interesse ad ottenere una definizione del giudizio a sé favorevole nel merito stante la produzione, nelle more del giudizio, degli effetti esiziali dell'interdittiva. In quest'ottica, quindi, il controllo giudiziario, sospendendo gli effetti dell'interdittiva, preserva l'operatività dell'impresa durante la definizione del giudizio. La stessa possibilità non è invece accordata all'impresa che non abbia impugnato l'interdittiva prestandovi acquiescenza<sup>33</sup>.

Un secondo nodo problematico dell'impianto motivazionale della decisione emerge, già in astratto, laddove l'adunanza plenaria afferma la definitività degli effetti dell'interdittiva a seguito del ricorso in sede giurisdizionale e, al tempo stesso, la sospensione dei relativi effetti per la persistenza del controllo giudiziario. Nell'evidenziare che la sospensione del termine per il rilascio dell'informazione e degli effetti dell'interdittiva già emessa siano del tutto compatibili con la definitività di quest'ultima poiché nessuno di tali effetti presuppone la pendenza del giudizio amministrativo, l'adunanza plenaria sembra sottovalutare il rischio di un possibile abuso nelle richieste di controllo giudiziario,

---

<sup>32</sup> In questo senso, cfr. Cons. St., n. 4578/2022, cit.

<sup>33</sup> G. VIGLIOTTI, *Rapporto tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il c.d. controllo giudiziario*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 9 marzo 2023, p. 3.

cui si potrebbe strumentalmente ricorrere “*per sterilizzare l’efficacia interdittiva dell’atto prefettizio anche in assenza a rigore dei relativi presupposti*”<sup>34</sup>.

L’assunto secondo cui l’interdittiva confermata non interferirebbe con il prosieguo del controllo giudiziario sembra poi tralasciare l’innovato quadro dei presupposti normativi della misura *ex art 34-bis* e della prevenzione collaborativa. Come visto, a seguito della novella del 2021, il legislatore ha ritenuto dirimente, sia nel settore penale sia nell’ambito della prevenzione amministrativa, l’analisi sull’intensità dell’agevolazione, all’esito della quale se l’interdittiva è emessa è perché il prefetto ha valutato il rischio infiltrativo come permanente e non già come occasionale<sup>35</sup>. Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, la circostanza che essa sia stata addirittura confermata in sede giurisdizionale dovrebbe escludere a priori una permeabilità marginale dell’impresa e dunque la prosecuzione del controllo giudiziario.

In conclusione, nonostante l’affermazione di una netta autonomia dei due istituti, sembrerebbero all’opposto innegabili le interferenze tra il controllo giudiziario volontario e l’interdittiva antimafia, rese ancor più evidenti dalla recente novella legislativa, che, nell’estendere la *ratio* del controllo giudiziario alle misure *ex art. 94-bis*, pur aprendo ad una “stagione *construens*” della politica antimafia, evidenzia le persistenti criticità di coordinamento tra i due sistemi prevenzionali.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> G. VELTRI, *Op. cit.*, p. 7.

SEZIONE QUINTA

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE COME QUESTIONE  
DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA



# INDIPENDENZA DEL GIUDICE E RICEVIBILITÀ DELLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

SUSANNA DE STEFANI

SOMMARIO: 1. L'indipendenza come condizione di ricevibilità della questione pregiudiziale. – 2. L'indipendenza come contenuto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. – 3. L'orientamento degli avvocati generali. – 4. Considerazioni conclusive.

**Abstract:** Under Article 267 TFEU a “court” of a Member State may refer questions concerning the interpretation and validity of European Union law to the Court of Justice. However, the provision does not clarify which entities are entitled to initiate such proceedings but merely makes a generic reference. The lack of a legislative definition has allowed the Court to determine the subjective boundaries of its jurisdiction and to develop an autonomous notion of a “court” that considers several requirements outlining its content. These include the independence of the referring body, the dual dimension of which requires compliance with precise external and internal guarantees. This contribution, through the analysis of the main jurisprudential stages on the subject, aims to reflect on the importance of distinguishing the different interpretations of the notion of independence in order to modulate the Court of Justice’s review when faced with different violations of the requirement in question.

## **1. L'indipendenza come condizione di ricevibilità della questione pregiudiziale**

Ai sensi dell'articolo 267 TFUE un “organo giurisdizionale” di uno Stato membro può sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione e alla validità del diritto dell'Unione euro-

pea<sup>1</sup>. La disposizione in questione non si sofferma sui soggetti legittimati ad avviare la procedura pregiudiziale ma si limita ad un generico riferimento il cui contenuto è stato definito dalla giurisprudenza della Corte che ha delineato i confini soggettivi della propria competenza<sup>2</sup>. Difatti, nel silenzio dei Trattati, il giudice europeo ha sviluppato una nozione autonoma di “giurisdizione”, attualmente contenuta nelle Raccomandazioni relative alla presentazione di domande pregiudiziali<sup>3</sup>. Tale nozione consta di una serie di requisiti che in passato sono stati oggetto di una dura critica da parte dell’avvocato generale Colomer, il quale, nelle sue conclusioni al caso *De Coster*, ha definito il percorso giurisprudenziale della Corte privo di coerenza, molto elastico e poco scientifico<sup>4</sup>.

Vero è che, come si vedrà nel prosieguo, la Corte ha intenzionalmente elaborato criteri duttili e flessibili, finendo per includere nel novero dei soggetti legittimati organi che formalmente non appartengono ai sistemi giudiziari degli Stati membri. La *ratio* di tale approccio è da rinvenire nell’esigenza di garantire l’effettività del *dialogue des juges* e contribuire all’uniforme applicazione del diritto dell’Unione<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla rilevanza del rinvio pregiudiziale v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell’UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, 2019, pp. 197 ss.

<sup>2</sup> Sulle condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale v. *ex multis* F. FERRARO - C. IANNONE (*sous la direction de*), *Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, 2023, pp. 90 ss.; L. DANIELE, con la collaborazione di S. AMADEO - G. BIAGIONI - C. SCHEPISI - F. SPITALERI, *Diritto dell’Unione europea. Ordinamento - Tutela giurisdizionale - Competenze*, Milano, 2022, pp. 437 ss.; V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO - C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, pp. 33 ss.; N. WAHL - L. PRETE, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings*, in *Common Market Law Review*, 2/2018, pp. 511 ss.; J. RODRIGUEZ MEDAL, *Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: Who can refer questions to the Court of Justice of the EU?*, in *European Journal of Legal Studies*, 1/2015, pp. 104 ss.

<sup>3</sup> La Corte si è occupata per la prima volta della nozione di “giurisdizione” nella sentenza del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vassen Gobbels*. Gli elementi della nozione sono attualmente elencati nelle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2019/C 380/01), punto 4. Sulla nozione di “organo giurisdizionale” si veda L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 2013 ss.

<sup>4</sup> Conclusioni dell’AG Colomer, 28 giugno 2001, C-17/00, *De Coster*, punti 13-14.

<sup>5</sup> Conclusioni dell’AG Tesauro, 15 maggio 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 23: “*la Corte ha dunque mostrato sin dall’inizio di attribuire rilevanza determinante non già al nomen iuris dell’organo remittente, ma piuttosto alle sue caratteristiche sostanziali (...) per garantire la diffusione e l’applicazione uniforme del diritto comuni-*



Tra le condizioni da accertare, l'indipendenza dell'organo rimettente, almeno in un primo momento, è stata trattata con notevole elasticità<sup>6</sup>. Volendo accennare brevemente alle vicende più note sul tema, si inizia a parlare di indipendenza giudiziaria nella sentenza *Pretore di Salò*, già indicativa della generosità con cui la Corte ha interpretato tale requisito. In essa, infatti, il giudice di Lussemburgo si è dichiarato competente a pronunciarsi sulle domande presentate dal suo interlocutore (nel caso di specie il pretore) sul mero presupposto che tale organo agisse “*con indipendenza e conformemente al diritto*” nonostante che, all'epoca, cumulasse le funzioni di pubblico ministero e di giudice istruttore nel procedimento che aveva dato origine al rinvio<sup>7</sup>. Nella successiva sentenza *Corbiau* la Corte conferisce un contenuto sostanziale al requisito dell'indipendenza prevedendo che l'organo rimettente debba trovarsi in una posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso<sup>8</sup>. A partire dalla sentenza *Dorsch Consult* si osserva una progressiva attenuazione della valutazione del requisito, specie in riferimento alle autorità che sono state ammesse alla procedura nonostante la loro natura di giurisdizione apparisse incerta. Invero, in tale pronuncia la questione pregiudiziale sollevata dalla Commissione federale per la sorveglianza sulle aggiudicazioni (Germania) veniva accolta malgrado essa non costituisse un organo *stricto sensu* giudiziario e il suo carattere di “giurisdizione” fosse stato messo in dubbio sotto diversi aspetti, tra cui quello dell'indipendenza<sup>9</sup>. Tale organo risultava infatti legato alla struttura organizzativa del Ministero dell'Economia. Ciononostante, la Corte respingeva le contestazioni, soffermandosi sul fatto che la rimettente esercitasse le sue funzioni “*in modo indipendente e responsabile*”<sup>10</sup>.

---

tario, anche con l'ausilio di un'interpretazione – se necessario – estensiva della nozione di organo legittimato ad adirla”.

<sup>6</sup> In dottrina *ex multis* v. C. IANNONE - G. ETIENNE, *La Cour de justice de l'Union européenne et le respect du principe de l'indépendance du juge national*, in *Dir. Un. eur.*, 1/2020, pp. 65 ss.; P. IANNUCELLI, *L'indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «jurisdiction»* in *Dir. Un. eur.*, 4/2020, pp. 823 ss.; S. ADAM - P. VAN ELSUWEGE, *L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit*, in *Journal de droit européen*, 2018, pp. 334 ss.; L. RAIMONDI, *La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2/2006, pp. 369 ss.

<sup>7</sup> C. giust. UE, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*, punto 7.

<sup>8</sup> C. giust. UE, 30 marzo 1993, C-24/92, *Corbiau*, punti 14-17.

<sup>9</sup> Lo stesso AG Tesauro ha espresso dubbi su questo aspetto nelle sue conclusioni del 15 maggio 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punti 33 ss.

<sup>10</sup> C. giust. UE, 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punti 34-36; la Corte ha osservato altresì come l'imparzialità dei membri della Commissione fosse ga-

Di indipendenza “funzionale”<sup>11</sup> si parla anche in *Gabalfrisa* dove ad essere dichiarato competente è il Tribunale Economico Amministrativo della Catalogna, nonostante formalmente non appartenesse all’amministrazione della giustizia. Al contrario, benché incardinato all’interno del Ministero dell’Economia e delle Finanze, la mera previsione di una “separazione funzionale” dagli uffici dell’amministrazione tributaria è risultata decisiva ai fini della ricevibilità della questione pregiudiziale<sup>12</sup>.

Se nelle sentenze fin qui esaminate il sindacato sull’indipendenza sembra accontentarsi di minime garanzie offerte da *standard* nazionali poco chiari<sup>13</sup>, già con le pronunce *Schmid* e *Syfait* si assiste ad un parziale irrigidimento dello scrutinio del giudice di Lussemburgo, orientato verso un’analisi più dettagliata dei profili che definiscono il requisito<sup>14</sup>. In linea con il nuovo approccio, nella successiva sentenza *Wilson*, la Corte si sofferma maggiormente sul contenuto dell’indipendenza giudiziaria e ne distingue le tradizionali dimensioni<sup>15</sup>. In particolare, la dimensione “esterna” implica che l’organo eserciti le sue funzioni in piena autonomia senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione, tutelato da pressioni di soggetti esterni che possa-

---

rantita dalla legge istitutiva che vietava ai suoi membri di svolgere le funzioni in procedimenti nei quali avessero preso parte, nonché dall’applicazione analogica delle norme riguardanti l’indipendenza e la rimovibilità dei magistrati.

<sup>11</sup> Con tale concetto si intende fare riferimento a quella situazione in cui la netta separazione delle funzioni nell’esercizio delle rispettive competenze è tale da scongiurare indebite interferenze.

<sup>12</sup> C. giust. UE, 21 marzo 2000, cause riunite C-110/98 e C-147/98, *Galbafriisa*, punto 39.

<sup>13</sup> Emblematica in tal senso anche la sentenza C. giust. UE, 4 febbraio 1999, C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, punti 22-25, nella quale la Corte ha riconosciuto l’indipendenza dell’Ufficio aggiudicazioni appalti del Land Tirol sulla base del fatto che la disciplina dell’organo rinviava alle cause di astensione previste nella legge sul procedimento amministrativo per i funzionari pubblici, affermando altresì come non spettasse alla Corte presumere che la disciplina nazionale *de quo* potesse essere applicata in modo contrario ai principi sanciti dall’ordinamento giuridico interno concernenti il divieto di impartire ordini ai membri degli organi giurisdizionali.

<sup>14</sup> C. giust. UE, 30 maggio 2002, C-516/99, *Schmid*, punti 35 ss., la Corte si è dichiarata incompetente a statuire su questioni presentate dall’autorità dinanzi alla quale viene proposto un ricorso avverso le decisioni adottate dai servizi di un’amministrazione in ragione del rapporto organico e funzionale che lega tale autorità all’amministrazione stessa e che, pertanto, si oppone al requisito della terzietà dell’organo rimettente. C. giust. UE, 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*, punti 30 ss., la Corte ha negato la qualifica di organo giurisdizionale all’autorità greca della concorrenza in considerazione della sua prossimità al potere esecutivo e data l’assenza di garanzie riguardo la nomina e la revoca dei suoi membri che poteva dare luogo a “*indebiti interventi o pressioni*” da parte di quest’ultimo.

<sup>15</sup> C. giust. UE, 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*, punti 49 ss.

no influenzare le sue decisioni. Dall'altro lato, la dimensione "interna" si collega ai concetti di imparzialità ed equidistanza dalle parti, dove l'interesse dell'organo deve risiedere nella rigorosa applicazione della norma giuridica e non nella soluzione della controversia.

Solo di recente, a seguito di controverse riforme che hanno interessato i sistemi giudiziari di alcuni Stati membri, la Corte di giustizia ha assunto un atteggiamento più prudente nei confronti dell'indipendenza, e il sindacato sulla sua duplice dimensione è migrato nell'ambito del controllo delle garanzie offerte dagli articoli 19 TUE e 47 della Carta. Le riflessioni che seguono analizzeranno il nuovo contesto normativo nel quale l'indipendenza è divenuta lo strumento attraverso cui valutare quelle misure nazionali potenzialmente idonee a compromettere l'imparzialità del potere giudiziario e che, per tale ragione, rischiano di ostacolare l'accesso al dialogo pregiudiziale.

Lo scopo del presente contributo è quello di esaminare la natura "multidimensionale" dell'indipendenza giudiziaria, ripercorrendo le principali tappe giurisprudenziali che hanno contribuito a delinearne il contenuto. In particolare, ci si soffermerà sull'effettiva necessità di modulare il sindacato del giudice europeo di fronte alle differenti violazioni del requisito, nell'ottica di salvaguardare le regole del dialogo pregiudiziale.

## 2. L'indipendenza come contenuto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva

Come in parte anticipato, l'indipendenza giudiziaria trova ulteriori referenti normativi negli articoli 19, par. 1, co. 2, TUE e 47, par. 2 della Carta<sup>16</sup>. In questi casi l'indipendenza non costituisce una condizione di ricevibilità bensì un aspetto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>17</sup>, riconosciuto dalla Corte quale espressione di

---

<sup>16</sup> L'art. 19, par. 1, co. 2 TUE obbliga gli Stati membri a garantire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione"; l'art. 47, par. 2 della Carta menziona l'indipendenza e l'imparzialità del giudice quali garanzie del diritto ad un ricorso effettivo.

<sup>17</sup> In dottrina *ex multis* v. M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Dir. Un. eur.*, 2/2019, pp. 245 ss.; A. FAVI, *La dimensione "assiologica" della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2020, pp. 795 ss.

un principio generale del diritto dell'Unione sancito altresì dagli articoli 6 e 13 CEDU<sup>18</sup>.

Con particolare riferimento all'art. 19, la Corte di giustizia ha elaborato un'interpretazione alquanto innovativa della disposizione. Invero, a partire dalla sentenza *ASJP* la Corte ha individuato un collegamento strutturale tra l'organizzazione interna di alcuni sistemi giudiziari e il diritto UE, cogliendo l'occasione per sindacare quelle riforme che rischiano di alterare le caratteristiche che un organo giurisdizionale deve possedere<sup>19</sup>.

Sebbene l'art. 19 non faccia esplicito riferimento alla garanzia di indipendenza, la Corte di giustizia ha introdotto la questione attraverso il richiamo alla nozione "comunitaria" di giurisdizione sviluppata nel contesto dell'art. 267 e all'art. 47, par. 2 della Carta che menziona espressamente tale requisito quale corollario del diritto ad un ricorso effettivo. Tra i tradizionali elementi da prendere in considerazione per valutare la qualità di giurisdizione nel senso definito dal diritto UE nonché per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, l'indipendenza è di primaria importanza, in particolare, ha sottolineato la Corte, per preservare il sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal rinvio pregiudiziale, in quanto può essere attivato unicamente da un organo che soddisfi tale criterio<sup>20</sup>. Il collegamento con la giurisprudenza di cui all'art. 267, sebbene abbia permesso alla Corte di giustizia di individuare una nuova dimensione dell'indipendenza giudiziaria che le ha consentito di inserirsi nel controverso dibattito sulla crisi dello Stato di diritto<sup>21</sup>, sollevava però alcuni dubbi sulla valutazione da svolgere in sede di rinvio pregiudiziale. O meglio, quello che non

---

<sup>18</sup> La Corte riconosce per la prima volta il carattere autonomo di tale principio nella pronuncia C. giust. UE, 15 maggio 1986, 222/84, *Johnston*, punti 18-19.

<sup>19</sup> C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punti 27 ss. La Corte individua una dimensione "assiologica" della tutela giurisdizionale effettiva quale elemento essenziale del valore dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 2 TUE. Ragion per cui gli organi giurisdizionali tenuti ad interpretare o applicare il diritto UE devono soddisfare i requisiti di un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, a sua volta piena concretizzazione di tale valore. In dottrina *ex multis* V. ROEBEN, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, pp. 29 ss.; M. PARODI, *Il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati Membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European papers*, 3/2018, pp. 985 ss.

<sup>20</sup> *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punti 37-43.

<sup>21</sup> C. CINNIRELLA, *You cannot bet something with nothing: ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Un. eur.*, 2/2020, pp. 361 ss.

era chiaro è se un'eventuale violazione dell'indipendenza ai sensi dell'art. 19 avrebbe potuto ostacolare l'accesso al *dialogue des juges* di cui all'art. 267<sup>22</sup>.

Tali dubbi sono stati alimentati dalla successiva pronuncia *Banco de Santander* nella quale la Corte, nel trattare la ricevibilità della domanda pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 in maniera alquanto vaga, ha sostenuto come le considerazioni svolte nella precedente sentenza *Gabalfrisa*, riguardo il requisito di indipendenza dell'organo di rinvio, dovessero essere ri-esaminate “*alla luce della più recente giurisprudenza*” relativa alla nozione di giurisdizione<sup>23</sup>. Dopo tale affermazione, la Corte ha richiamato a più riprese la sentenza *ASJP* e la successiva giurisprudenza che ha adottato il medesimo approccio, nonostante tali pronunce, benché trattassero il requisito dell'indipendenza, non avessero nulla a che fare con le condizioni di ricevibilità del rinvio pregiudiziale<sup>24</sup>. L'intricato ragionamento della Corte, sfociato nella dichiarazione di irricevibilità della domanda pregiudiziale, generava ulteriori preoccupazioni riguardo la possibile influenza delle novità in punto di indipendenza sul funzionamento e gli esiti dei procedimenti pregiudiziali<sup>25</sup>.

Se i primi chiarimenti sembravano essere arrivati con la sentenza *Land Hessen*, nella quale la Corte ha affermato come al fine di verificare la ricevibilità di una domanda pregiudiziale tale criterio deve essere valutato alla luce del solo articolo 267<sup>26</sup>, la più recente *Getin Noble Bank* ha riproposto i medesimi interrogativi<sup>27</sup>. Invero, la Corte, da un lato ha precisato che la presunzione circa il possesso dei requisiti di

---

<sup>22</sup> V. L. PECH - S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, 6/2018, pp. 1827 ss.; M. BONELLI - M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *Eur. const. law rev.*, 2018, pp. 633 ss.

<sup>23</sup> C. giust. UE, 21 gennaio 2020, C-274/14, *Banco de Santander*, punti 54-55. Tale pronuncia rappresenta un vero e proprio *revirement* della Corte di giustizia sull'indipendenza dei *tribunales económico-administrativos* (v. nt. 11).

<sup>24</sup> *Banco de Santander*, cit., punti 56-59. Il riferimento è alla sentenza C. giust. UE, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*, resa all'esito di una procedura di infrazione contro la Polonia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del combinato disposto degli artt. 19, par. 1, co. 2 TUE e 47 della Carta.

<sup>25</sup> C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *Eur. const. law rev.*, 2021, pp. 26 ss.

<sup>26</sup> C. giust. UE, 9 luglio 2020, C-272/19, *Land Hessen*, punti 44-46.

<sup>27</sup> C. giust. UE, 29 marzo 2022, C-132/20, *Getin Noble Bank*. In dottrina v. E. DE FALCO, *Indipendenza della magistratura in Polonia: brevi note a margine della sentenza Getin Noble Bank S.A.*, in *I Post di AISDUE*, 2022, pp. 130 ss.; P. FILIPEK, *Drifting*

cui all'art. 267 da parte di un organo nazionale che presenta una domanda pregiudiziale – presunzione operante indipendentemente dalla sua composizione interna – si applica ai soli fini della ricevibilità del rinvio; dall'altro ha però ammesso che tale presunzione può essere rovesciata nel caso in cui una decisione giudiziaria definitiva induca a ritenere che “*il giudice costituente il giudice del rinvio*” non soddisfi la garanzia di indipendenza di cui agli articoli 19 e 47<sup>28</sup>. Il ragionamento della Corte appare contraddittorio e foriero di dubbi, tanto più considerando che, come si analizzerà nel prosieguo, puntuali chiarimenti alla questione erano stati suggeriti dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni alla causa<sup>29</sup>. A parer di alcuni la pronuncia in questione ha offerto l'opportunità di chiarire “una volta per tutte” la relazione che intercorre tra le diverse dimensioni dell'indipendenza<sup>30</sup>. Tuttavia, in linea con gli interrogativi cui il presente lavoro si propone di rispondere, bisogna chiedersi quanto il sindacato della Corte sia effettivamente influenzato da una mancata presa di posizione e quanto, dunque, determinazioni in tal senso siano realmente necessarie.

### 3. L'orientamento degli avvocati generali

Una prospettiva interessante sulla triplice dimensione dell'indipendenza giudiziaria viene offerta da alcuni avvocati generali, i quali hanno sviluppato un approccio di tipo “concettuale” nei confronti del requisito e dei suoi diversi aspetti.

Prendendo le mosse dalle conclusioni poc'anzi menzionate<sup>31</sup>, si veda come l'avvocato generale Bobek, nel trattare l'eccezione di irricevibilità del rinvio sollevata nel procedimento<sup>32</sup>, ha colto l'occasione per svolgere alcune riflessioni sul sindacato che la Corte dovrebbe ap-

---

*Case-law on Judicial Independence: A Double Standard as to What Is a 'Court' Under EU Law?*, in *verfassungsblog.de*, 2022.

<sup>28</sup> *Getin Noble Bank*, cit., punti 69-74.

<sup>29</sup> Conclusioni dell'AG Bobek, 8 luglio 2021, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*.

<sup>30</sup> M. FISICARO, *La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFUE, art. 47 della Carta e art. 19 TUE*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2022, p. 396.

<sup>31</sup> Conclusioni *Getin Noble Bank*, cit.

<sup>32</sup> *Getin Noble Bank*, cit., punti 61 ss. Il Mediatore polacco ha sostenuto come l'atto di nomina del giudice costituente il giudice del rinvio fosse fondato su una delibera della KRS (Consiglio nazionale della magistratura, Polonia) la cui esecuzione era stata poi sospesa da alcune ordinanze della Corte suprema amministrativa. Ciononostante, il Presidente della Repubblica di Polonia aveva comunque proceduto alla nomina di tale giudice presso la Corte suprema.

plicare rispetto alle differenti violazioni che interessano l'indipendenza giudiziaria. Le osservazioni dell'avvocato generale non sono affatto nuove, ma sviluppano e approfondiscono specifiche considerazioni che lo stesso aveva già svolto in precedenti occasioni<sup>33</sup>. In particolare, l'avvocato generale ha sottolineato come, nel diritto dell'Unione, esista un unico principio di indipendenza dei giudici confermato dal fatto che la Corte fa riferimento a tale nozione allo stesso modo, indipendentemente dalla disposizione applicata al caso concreto (artt. 267 TFUE, 19, par. 1, co. 2 TUE e 47, par. 2 CDFUE). Tuttavia, il fatto che tale principio abbia lo stesso contenuto nelle tre disposizioni non significa che le funzioni e gli obiettivi di queste siano equivalenti. Invero, le differenti finalità delle norme si riflettono sulla diversa intensità del controllo che la Corte deve svolgere in ordine al rispetto di tale principio<sup>34</sup>.

Soffermandosi sulla funzione dell'art. 267, l'avvocato generale ha rammentato come tale disposizione, nell'identificare i potenziali interlocutori della Corte, distingue tra organi che agiscono a titolo di giurisdizione e organi che agiscono a titolo diverso, ponendo dunque l'accento sull'organo in quanto tale e non sugli individui che lo compongono e che presentano il rinvio. Questo perché il procedimento pregiudiziale altro non è che un procedimento formalizzato (“*e quindi formale*”) che instaura un dialogo tra istituzioni (giudiziarie) e non tra individui<sup>35</sup>. Ne discende che eventuali vizi nella procedura di nomina del giudice del rinvio o legami con il potere esecutivo non dovrebbero incidere in punto di ricevibilità, ma dovrebbero essere valutati alla luce dei citati articoli 19 e 47. Oltre a ciò, si deve poi considerare che l'art. 267 non conferisce alla Corte specifici poteri di valutazione in ordine alle “qualità morali” del singolo giudice, e tali problemi non dovrebbero privare le parti del procedimento del loro diritto ad una corretta applicazione del diritto UE<sup>36</sup>.

In realtà, questa “divisione dei compiti” era già stata suggerita dall'avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni al caso *AK*, il quale aveva affermato come la valutazione volta a stabilire se un organo soddisfi i requisiti di “giurisdizione” di cui all'art. 267 sia un “*esercizio qualitativamente diverso*” rispetto ai requisiti concernenti l'indipen-

---

<sup>33</sup> Conclusioni dell'AG Bobek, 20 maggio 2021, cause riunite C-748/19 e C-754/19, *WB e a.*, punti 161-170.

<sup>34</sup> Conclusioni *Getin Noble Bank*, cit., punto 36.

<sup>35</sup> *Id.* punti 49-53.

<sup>36</sup> *Id.* punti 68-69 e 73-76.

denza ai sensi degli artt. 19 e 47, i quali richiedono uno scrutinio di tipo sostanziale delle misure che possono compromettere l'indipendenza dei giudici<sup>37</sup>. Ne deriva che la confusione tra le due valutazioni rischierebbe di condurre ad un'applicazione eccessivamente rigorosa dei criteri di ricevibilità producendo un risultato opposto a quello perseguito dall'art. 267, ossia quello di privare i singoli della possibilità di far valere le loro prerogative in sede di rinvio pregiudiziale<sup>38</sup>.

Da ultimo, è opportuno segnalare come anche l'avvocato generale Rantos, di recente, si è espresso nei medesimi termini condividendo le osservazioni dei suoi colleghi. Quest'ultimo, infatti, ha richiamato interamente le conclusioni sin qui esaminate per poi sottolineare come tale approccio non sia stato ancora pienamente condiviso dalla Corte<sup>39</sup>. Ciò premesso, dopo un'attenta disamina delle condizioni di applicazione delle tre disposizioni, che richiedono, rispettivamente, un esame di natura sistemica (art. 19), un esame pratico (art. 47) e un *test* prettamente formale (art. 267), l'avvocato generale, pienamente in linea con l'orientamento prevalente, ribadisce come la garanzia di indipendenza, ai fini della ricevibilità del rinvio pregiudiziale, dovrebbe essere valutata secondo un'interpretazione "minimalista" che non incida eccessivamente sulla cooperazione tra giudici. Tale approccio è infatti coerente con la natura del requisito di ricevibilità quale ultimo di una serie di elementi che devono essere valutati nel loro insieme<sup>40</sup>.

Quello che emerge è una generale tensione nei confronti dell'atteggiamento della Corte nella modulazione del proprio sindacato sui diversi aspetti dell'indipendenza giudiziaria. Tuttavia, è opportuno domandarsi se l'appello degli avvocati generali, così come le perplessità della dottrina, siano fondati su allarmanti precedenti giurisprudenziali che facciano temere una chiusura da parte dei giudici di Lussemburgo.

---

<sup>37</sup> Conclusioni dell'AG Tanchev, 27 giugno 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, punti 111-113.

<sup>38</sup> Conclusioni dell'AG Wahl, 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punti 49-54.

<sup>39</sup> Conclusioni dell'AG Rantos, 2 marzo 2023, C-718/21, *L.G.*, punti 18-19. In dottrina M.C. ORISTANO, *Ancora sull'indipendenza della magistratura in Polonia: le conclusioni dell'avvocato generale Rantos nella causa L.G. contro Krajowa Rada Sądownictwa*, in *Eurojus*, 2/2023, pp. 84 ss.

<sup>40</sup> *L.G.*, cit., punti 20-22.



#### 4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la questione che si pone è se la scarsa attenzione mostrata dalla Corte nei confronti della natura multidimensionale dell'indipendenza, abbia effettivamente pregiudicato l'accesso al dialogo pregiudiziale come viene lasciato intendere.

Guardando alle pronunce che hanno destato maggiori preoccupazioni notiamo come, in realtà, la Corte non si è mai espressa nel senso di precludere il *dialogue des juges* per difetto di indipendenza nei termini sopra rappresentati. Se è vero che in *Banco de Santander* la Corte ha dichiarato l'irricevibilità del rinvio all'esito di un ragionamento poco lineare, ad avviso di chi scrive, il mero rinvio a pronunce non del tutto pertinenti non è indicativo di una "rischiosa" sovrapposizione di valutazioni, tanto più considerando che le disposizioni di "recente acquisizione" non sono state richiamate dalla Corte.

Quanto a *Getin Noble Bank*, la Corte, nonostante la discussa indipendenza del giudice del rinvio, ha accolto le questioni pregiudiziali consentendo una possibilità di dialogo. Tale apertura, però, non deve indurre a pensare che il giudice europeo abbia riposto su un secondo piano la tutela dello Stato di diritto, soprattutto se si considera che in un differente passaggio della pronuncia ha ammesso che, in circostanze eccezionali, le condizioni di nomina del giudice del rinvio possono rilevare ai fini della ricevibilità del rinvio<sup>41</sup>. La Corte, piuttosto, ha voluto dimostrare come anche un giudice la cui indipendenza sia potenzialmente compromessa possa continuare a fare affidamento su una cooperazione con Kirchberg. Non a caso, ad oggi, non si registrano precedenti che smentiscono tale posizione. Vero è che le specifiche competenze della Corte in sede pregiudiziale non le consentono di inoltrarsi in valutazioni di questo tipo. Al riguardo, è interessante rammentare come fu proprio la Corte nella sentenza *Miasto Łowicz* a ribadire come simili questioni dovrebbero essere affrontate dalla Commissione nell'ambito di un ricorso per infrazione che, a sua volta, conferirebbe alla prima poteri decisamente più ampi e pertinenti rispetto al procedimento di rinvio<sup>42</sup>.

Inoltre, a parere di chi scrive, qualora si volesse dare rilevanza alle qualità del giudice costituente il giudice del rinvio ai fini della ricevibilità, si dovrebbe avere riguardo dei quesiti dallo stesso formulati per

---

<sup>41</sup> V. nt. 27.

<sup>42</sup> C. giust. UE, 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e 563/18, *Miasto Łowicz*, punti 46-48.

valutare se eventuali ingerenze o pressioni esterne ne abbiano influenzato il contenuto in danno dell'effettività del dialogo pregiudiziale. Tuttavia, tale eventualità comporterebbe una valutazione della rilevanza della questione, e quindi del merito del provvedimento di rinvio, che può avvenire solo in determinate "ipotesi patologiche" individuate, con approssimazione, dalla Corte nella propria giurisprudenza<sup>43</sup>.

Per concludere, benché dichiarazioni più puntuali siano comunque auspicabili da parte della Corte, dove la recentissima causa rappresenta senza dubbio un'importante occasione di chiarimento<sup>44</sup>, le regole del dialogo pregiudiziale non sono mutate e la nuova funzione che è stata assegnata all'indipendenza giudiziaria, sulla scorta della giurisprudenza fondata sugli articoli 19 TUE e 47 della Carta, non rappresenta una minaccia. Perlomeno, non ancora.

---

<sup>43</sup> Si tratta di (i) questioni mancanti di una sufficiente definizione nell'ambito di fatto e di diritto, (ii) questioni manifestamente irrilevanti e (iii) questioni puramente ipotetiche. *Ex multis*, C. giust. UE, 30 giugno 2016, C-465/15, *Admiral Casinos*, punti 19-20; C. giust. UE, 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, punto 26; C. giust. UE 27 giugno 2013, C-492/11, *Di Donna*, punti 24-26; C. giust. UE, 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, *Telemarsicoabruzzo*, punti 6-7.

<sup>44</sup> Conclusioni *L.G.*, cit., punti 20-26. La domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema (Polonia) ha sollevato la questione se tale sezione abbia natura di "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE. In tale contesto viene messa in discussione l'indipendenza della sezione, ragion per cui l'AG ribadisce come l'art. 267 faccia riferimento ad una nozione di "giurisdizione" di natura "funzionale", laddove è la funzione, e quindi l'organo, a dover essere indipendente e non i singoli membri che lo compongono e che si rivolgono alla Corte. L'AG conclude affermando come, nell'ambito di tale valutazione, "*la toga faccia il giudice*".

II TRYBUNAL KONSTITUCYJNY “LEGALIZZA”  
LA CRISI DELLO STATO DI DIRITTO IN POLONIA.  
L’INDIPENDENZA DEI GIUDICI COSTITUZIONALI POLACCHI  
AL VAGLIO DELLA COMMISSIONE EUROPEA

ROSITA SILVESTRE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma del Trybunal Konstytucyjny. – 2.1. Le controverse sentenze di incostituzionalità. – 3. Brevi cenni al procedimento per inadempimento. – 4. Considerazioni conclusive.

**Abstract:** From 2016 to today, the Polish Constitutional Tribunal (*Trybunal Konstytucyjny*) has been placed under observation by the European institutions in the general context of the reforms on judiciary, launched in Poland in 2015 and accused to threaten the independence of judges. On 22 December 2021, the European Commission has brought a fifth infringement action against the State at issue, which has, furthermore, landed before the Court of Justice on 15 March 2023, in reaction to the constitutional judges’ ruling (K 3/21) of 7 October 2021. This latter sentence, ascertaining the incompatibility of article 19 (1) sub.2, in conjunction with article 2 TEU with the Polish Constitution, consolidates a decision already issued on 14 July 2021, in which the constitutional judges have denied the binding effect of the Luxembourg judges’ order (C-791/19) for the suspension of the national law violating the principle of effective judicial protection and of the independence of judges. One of the issues upon which the Court of justice will have to rule is whether the Polish Constitutional Court fulfils itself the requirements needed to be regarded as an independent court under Article 19 (1) sub. 2 TEU. The aim of this paper is to explore the possible outcomes of a negative assessment by the Court on this very delicate point also in terms of the problematic relations with the Constitutional Courts of some Member States.

## 1. Premessa

Il 14 marzo 2023 la Commissione europea ha deferito per la quinta volta la Repubblica di Polonia dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per carenze del sistema giudiziario nazionale. Rispetto ai precedenti ricorsi, il quinto ha ad oggetto il Tribunale costituzionale polacco e le sue ben note sentenze del 2021 (P 7/20 e K 3/21)<sup>1</sup>.

Con tali decisioni, detto Tribunale aveva apertamente negato la primazia del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la possibilità di dare esecuzione alle varie pronunce della Corte di giustizia, che avevano constatato diverse violazioni dei principi di indipendenza dei giudici dovute alle riforme recentemente approvate in questo settore<sup>2</sup>.

Come è naturale, il ricorso della Commissione contesta alla Polonia la violazione dei principi di autonomia, effettività e primato del diritto dell'Unione<sup>3</sup>.

Tuttavia, per quel che più interessa in questa sede, il ricorso contiene anche pesanti rilievi circa la composizione e il funzionamento del Tribunale costituzionale polacco, aspetti che anch'essi giustificano, secondo la Commissione, l'accusa di violazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta, e del principio dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE<sup>4</sup>.

Invero, già in passato le riforme riguardanti l'organo di giustizia costituzionale introdotte tra il 2015 e il 2016 avevano destato preoccupazioni a livello europeo, perché le modifiche riguardanti la sua composizione mettevano in questione l'indipendenza dei membri, nonché la loro autonomia nell'esercizio del sindacato delle leggi ad essi attribuito dalla Costituzione nazionale<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Trib. Cost. Pol., 14 luglio 2021, P 7/20; Trib. Cost. Pol., 7 ottobre 2021, K 3/21, disponibili su: <https://trybunal.gov.pl/>.

<sup>2</sup> A. DI GREGORIO - A. ANGELI - J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, 3/2017, pp. 787-803.

<sup>3</sup> INFR(2021)2261, comunicato stampa: IP/21/7070, con nota di C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *Eurojus.it*, 31/12/2021.

<sup>4</sup> P. BARD, *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, 2022, pp. 185-210; M. BONELLI, *Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice*, Cambridge, 2022.

<sup>5</sup> Comm. di Venezia opinione del 14-15 ottobre 2016, 860/2016, sull'atto di modifica del Tribunale Costituzionale polacco, disponibile su: <https://www.venice.coe.int/>; Comunicazione della Commissione europea, *A new EU Framework to strengthen the*

Tuttavia, fino alle due sentenze del 2021, era mancata un'iniziativa avente specificamente ad oggetto il massimo organo della giustizia costituzionale nello Stato membro, iniziativa ora divenuta improcrastinabile.

Sotto questo profilo, il ricorso di inadempimento della Commissione rappresenta la punta più alta della gravissima contesa politico-giudiziaria ingaggiata da Bruxelles contro la Polonia e dovuta alle leggi fortemente politicizzate, emanate dal governo a maggioranza PiS (*Diritto e Giustizia*) sin dal 2015, per riformare l'ordinamento giudiziario e sminuirne l'indipendenza<sup>6</sup>.

In effetti, non sono bastate a superare le ostilità né la minaccia di attivare l'"opzione nucleare" di cui all'articolo 7 TUE<sup>7</sup>, né le varie procedure di infrazione<sup>8</sup>, nonché, da ultima, la previsione di uno strumento di condizionalità economica che congela i flussi di finanziamento allo Stato membro<sup>9</sup>.

Né, parallelamente, le pronunce della Corte EDU, investita di ben 57 ricorsi individuali tra il 2018 e il 2021 relativamente alla violazione da parte della Polonia dell'articolo 6 par. 1 CEDU e del diritto ad un giudice indipendente ed imparziale<sup>10</sup>, hanno determinato lo Stato membro a cambiare rotta sulla disciplina della nomina dei giudici e dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Nel frattempo, la condotta inadempiente dell'esecutivo polacco è stata bersaglio di diversi interventi da parte della Corte di giustizia eu-

---

*Rule of Law*, 19 marzo 2014, COM(2014) 158 final/2, disponibile su su: <https://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>6</sup> S. MORETTI, *La riforma del sistema giudiziario polacco e le risposte del Consiglio d'Europa: un quadro dal 2015 ad oggi*, in *Questione Giustizia*, 2021.

<sup>7</sup> Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia del 20 dicembre 2017, COM(2017)835.

<sup>8</sup> Ricorso della Commissione europea del 4 maggio 2018, C-192/18, *Commissione/Polonia*, relativo alla riforma del 12 luglio 2017; ricorso della Commissione europea del 2 ottobre 2018, C-619/18, *Commissione/Polonia* relativo alla riforma del 3 aprile 2018; ricorso della Commissione europea del 25 ottobre 2019, C-791/19, *Commissione/Polonia*; ricorso della Commissione europea del 1° aprile 2021, C-204/21, *Commissione/Polonia*, relativo alle modifiche alla legge del 2017 del 14 febbraio 2020.

<sup>9</sup> Reg. n. 2020/2092 dell'11 gennaio 2021 relativo a un regime di condizionalità per la protezione del bilancio.

<sup>10</sup> C. eur. dir. uomo, 8 novembre 2021, nn. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*; C. eur. dir. uomo, 22 luglio 2021, n. 43447/19, *Reczkowicz c. Pologne*; C. eur. dir. uomo, 7 maggio 2021, n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polognen*; C. eur. dir. uomo 29 giugno 2021, nn. 26691/18 e 27367/18, *Broda et Bojara c. Pologne*.

ropea<sup>11</sup>, in un rapido susseguirsi di pronunce che hanno prodotto, come reazione da parte polacca, le menzionate sentenze del Tribunale Costituzionale del 2021.

Quest'ultimo ha, di fatto, legittimato le riforme del sistema giudiziario introdotte dal proprio governo, sostenendo che la materia non rientrerebbe tra le competenze dell'Unione e che qualunque intervento delle istituzioni europee, comprese le richiamate pronunce della Corte di giustizia, sarebbe *ultra vires*, e, in quanto tale, contrario alla Costituzione polacca.

Secondo i giudici costituzionali, pertanto, le pronunce della Corte di Lussemburgo non potrebbero essere applicate da parte dei giudici polacchi, i quali, dunque, non potrebbero in alcun modo mettere in discussione l'indipendenza e l'imparzialità di sé stessi o di altri giudici nazionali. Questo intervento "a gamba tesa" è stato stigmatizzato durante la conferenza stampa del dicembre 2021, quando la Commissione ha annunciato l'avvio della procedura di infrazione.

L'esecutivo europeo ha dichiarato che con la sua presa di posizione contro le sentenze dei giudici del Lussemburgo sull'indipendenza della magistratura, il Tribunale costituzionale non avrebbe violato soltanto l'articolo 19, par.1, comma 2 TUE, che consacra il diritto ad un ricorso effettivo, imponendone un'interpretazione indebitamente restrittiva, ma anche il primato e l'effettività del diritto dell'Unione.

In effetti, quello delle sentenze *de qua* non è il primo caso in cui viene fatto valere il principio del primato nei confronti di una sentenza della Corte costituzionale di uno Stato membro che voglia negarlo<sup>12</sup>.

Tuttavia, la novità, che maggiormente rileva in questa sede, è che, secondo la Commissione, la Corte dello Stato membro "*non [avrebbe] più i requisiti di un tribunale indipendente ed imparziale, come richiede il TUE*"<sup>13</sup>.

Secondo la Commissione, infatti, la menzionata Corte sarebbe un

---

<sup>11</sup> C. giust. UE, 17 aprile 2018, C-441/17, *Commissione c. Polonia (Białowieża Forest)*; C. giust. UE, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*; C. giust. UE, 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei Tribunali ordinari)*; C. giust. UE, 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia*; C. giust. UE, 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione c. Polonia*.

<sup>12</sup> Sull'obbligo di ottemperanza delle sentenze pregiudiziali e del correlativo dovere di non esecuzione di decisioni con esse contrastanti, v. C. giust. UE, 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*.

<sup>13</sup> G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *Il Blog di AISDUE*, 13/10/2021.

organo privo di indipendenza, a causa dell'irregolarità delle procedure di nomina dei suoi membri.

Mediante il ricorso, i giudici del Lussemburgo verrebbero, quindi, chiamati per la prima volta a decidere sulla composizione stessa del Tribunale costituzionale.

A tal riguardo, dopo una breve disamina degli sviluppi della disciplina riformata avente ad oggetto il Tribunale costituzionale, nel presente scritto saranno svolte delle considerazioni sui possibili effetti dell'eventuale accertamento da parte della Corte di giustizia relativamente alla mancanza di indipendenza dei giudici costituzionali.

Infatti, un accertamento in questo senso produrrebbe pesanti conseguenze sull'intera attività del Tribunale e, a questo punto, sulle sue stesse funzioni.

## 2. La riforma del Trybunal Konstytucyjny

Le vicende che hanno interessato il Tribunale, a partire dalle elezioni che hanno visto il PiS (*Prawo i Sprawiedliwość*) dominare il Parlamento, sono estremamente complesse ma meritano di essere richiamate brevemente.

Applicando l'articolo 194 comma 1 della Costituzione polacca, ai sensi del quale i giudici costituzionali sono eletti nel numero di 15 dalla Camera bassa del Parlamento (*Sejm*) per un mandato di nove anni, il Parlamento, in cui Piattaforma civica aveva la maggioranza, aveva provveduto a nominare cinque nuovi componenti del Tribunale.

Alcuni di essi avrebbero sostituito i componenti i cui mandati sarebbero scaduti dopo le nuove elezioni ma prima dell'insediamento del nuovo Parlamento; altri sopraggiungevano in sostituzione di componenti i cui mandati sarebbero scaduti entro dicembre, cioè addirittura dopo l'insediamento del nuovo Parlamento a maggioranza del PiS.

La "manovra", tuttavia, non era riuscita perché il Presidente della Repubblica, dinanzi a cui i giudici regolarmente prestano giuramento dopo le elezioni, si era rifiutato di consentire l'insediamento di giudici eletti dal precedente Parlamento. Secondo il Presidente, le nuove nomine erano provenute da un *Sejm* incompetente, il che avrebbe violato i principi democratici<sup>14</sup>.

La posizione del Presidente della Repubblica veniva in seguito

---

<sup>14</sup> J. CIENSKI, *Polish constitutional crisis goes international*, dicembre 2015, disponibile su: <https://www.politico.eu/>.

confermata dal Tribunale polacco, peraltro in composizione monca, il quale riteneva illegittima la nomina dei due giudici eletti in luogo di quelli il cui mandato sarebbe scaduto a dicembre.

Nel dicembre 2015, il citato Tribunale dichiarava incostituzionale la legge che aveva consentito l'elezione dei nuovi cinque giudici<sup>15</sup>, motivando che, in caso di posti vacanti, competente per l'elezione dei nuovi giudici è la legislatura in cui viene a scadenza il mandato dei giudici precedenti.

Il nuovo Parlamento, invece, il 2 dicembre, eleggeva addirittura cinque nuovi giudici, in applicazione di una legge approvata nel novembre precedente<sup>16</sup>.

La nuova legge non soltanto riconosceva al nuovo Parlamento il potere di nominare tutti e cinque i giudici in questione, ma prevedeva anche nuovi termini per la scadenza dei mandati del Presidente e del Vicepresidente del Tribunale costituzionale e stabiliva nuovi termini di scadenza per il mandato di due giudici in carica.

A sua volta, il Presidente dell'indicato Tribunale, contestando l'irregolarità della nomina di tre dei giudici nominati dal nuovo Parlamento, ne impediva l'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

A fronte di questa ulteriore presa di posizione, tra il 2015 e il 2016, il Parlamento approvava un nuovo pacchetto di sei *remedial bills*<sup>17</sup>. Trattasi di emendamenti al vecchio testo sul Tribunale in commento, con i quali ne veniva ristrutturata la composizione e, contemporaneamente, modificato anche il *quorum* per l'approvazione delle sentenze.

Lo scopo era evidentemente quello di assicurare la partecipazione al collegio decidente dei membri precedentemente estromessi, nonché di evitare il rischio che il Tribunale stesso dichiarasse incostituzionali i nuovi emendamenti.

Ciò nonostante, nel marzo 2016 i giudici costituzionali intervenivano sulla questione, dichiarando i nuovi emendamenti non conformi a Costituzione, nella parte in cui questi ultimi imponevano ad essi di de-

---

<sup>15</sup> L. 25 giugno 2015, n. 1064, v. Trib. Cost. Pol., 3 dicembre 2015, K 34/15, disponibile su: <https://trybunal.gov.pl/>.

<sup>16</sup> Disegno di legge che modifica la legge sul Tribunale costituzionale approvato il 19 novembre 2015 in assenza del voto dell'opposizione, che ha lasciato l'aula in segno di protesta, disponibile su: <https://www.sejm.gov.pl/>.

<sup>17</sup> *Ex multis*, A. ANGELI, *Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria: tra rischio di paralisi dell'organo di giustizia costituzionale e dualismo giuridico*, in *federalismi.it*, 17/2016, pp.1-36.



cidere le cause in base alla data di ricezione, rischiando addirittura di paralizzarne l'attività decisionale<sup>18</sup>.

Ritenendo tale decisione non legalmente vincolante, il Primo ministro rifiutava di pubblicarla, suscitando le contestazioni dell'Assemblea generale della Suprema Corte polacca<sup>19</sup>.

Alla fine del 2016, una nuova legge attribuiva al Presidente della Repubblica il potere di nominare, all'interno del Tribunale costituzionale, un Presidente *ad interim*, la cui prima azione è stata quella di insediare i tre giudici fino allora lasciati in *stand by* e di consentire loro la partecipazione alla nomina del nuovo Presidente definitivo, che poi è stato nominato nella stessa persona del Presidente *ad interim*.

### 2.1. *Le controverse sentenze di incostituzionalità*

Nonostante i ripetuti moniti rivolti dall'Unione europea alla Polonia sui rischi ingenerati dalle leggi di riforma del sistema giudiziario sull'indipendenza della magistratura e sullo Stato di diritto, le maglie dello scontro tra Bruxelles e il governo di Varsavia si sono allargate, coinvolgendo direttamente l'alta Corte dello Stato membro contro il giudice "supremo" dell'Unione, che, come precedentemente osservato, è stato più volte schierato in campo<sup>20</sup>.

Due sono le decisioni chiave del Tribunale costituzionale polacco che hanno acuito le tensioni nella lunga disputa<sup>21</sup>.

La prima, emessa il 14 luglio 2021<sup>22</sup>, rispondeva a una richiesta della Camera disciplinare della Corte suprema polacca, che chiedeva se i giudici costituzionali dovessero rispettare le misure provvisorie ordinate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'aprile 2020<sup>23</sup>, con le quali veniva ordinata allo Stato membro la sospensione delle disposizioni di legge che autorizzano la Camera a decidere su questioni riguardanti l'immunità e l'impiego dei giudici.

---

<sup>18</sup> Trib. Cost. Pol., 9 marzo 2016, K 47/15, disponibile su: <https://trybunal.gov.pl/>.

<sup>19</sup> La notizia è apparsa su Radio Poland il 27 aprile 2016: *Poland's Supreme Court opposes government in constitutional wrangle*, disponibile su: <http://archiwum.thenews.pl/>.

<sup>20</sup> Cfr. M. BONELLI - M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2018, pp. 622-643.

<sup>21</sup> P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus.it*, 4/2021, pp. 1-8.

<sup>22</sup> Trib. Cost. Pol., 14 luglio 2021, P 7/20.

<sup>23</sup> C. giust. UE, 8 aprile 2020, C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*.

Nel dettaglio, con la sentenza del 14 luglio il Tribunale costituzionale giudicava che le misure cautelari contenute nell'ordinanza della Corte di giustizia non erano compatibili con la Costituzione nazionale perché *ultra vires*, non rientrando la materia dell'organizzazione dei sistemi giudiziari nazionali nelle competenze dell'Unione.

Per di più, negava che il primato del diritto UE e il principio di leale cooperazione, nonché il carattere vincolante delle ordinanze della Corte di giustizia potessero avere l'effetto di erodere la sovranità dello Stato, superando le norme nazionali in materia di ordinamento giudiziario.

Intanto che la Corte di giustizia procedeva con un'ulteriore ordinanza cautelare del 14 luglio sulla sospensione delle leggi di modifica della Corte suprema e degli organi giurisdizionali che qualificano come illecito disciplinare l'esame di indipendenza ed imparzialità dei giudici<sup>24</sup> e con sentenza del 15 luglio del 2021 che dichiarava il regime disciplinare dei giudici contrario al diritto dell'Unione<sup>25</sup>, il Tribunale costituzionale si preparava a decidere su un'altra questione eclatante, presentata dal Premier polacco il 29 marzo 2021 circa la legittimità costituzionale di talune norme del diritto dell'Unione.

Il *casus belli* è stata la pronuncia di una sentenza pregiudiziale agli inizi di marzo 2021<sup>26</sup>, con la quale la Corte di giustizia europea rispondeva ad una serie di quesiti della Corte suprema amministrativa polacca sui successivi emendamenti alla legge polacca sul Consiglio nazionale della magistratura, che avevano condotto all'abolizione dell'effettivo controllo giudiziario sulle decisioni del CNM in merito alla nomina dei candidati alla Corte suprema.

Il 7 ottobre 2021 i giudici costituzionali polacchi intervenivano con la seconda e più volte richiamata sentenza K 3/21, accogliendo, come noto, le tesi del Primo ministro.

Tre sono gli aspetti della sentenza K 3/21 che occorre porre in risalto. In primo luogo, il Tribunale dichiarava che, così come interpretati dalla Corte di giustizia, gli artt. 1 e 4, par. 3 TUE sono incostituzionali, dal momento che attribuiscono competenze alle autorità europee esorbitanti i poteri ad esse conferiti dalla Repubblica di Polonia con la sottoscrizione dei Trattati, ledendo la sovranità dello Stato. Invece, essendo la Costituzione polacca la legge suprema dello Stato, es-

---

<sup>24</sup> C. giust. UE, 14 luglio 2021, C-204/21, *Commissione c. Polonia*; C. giust. UE, 27 ottobre 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*.

<sup>25</sup> C. giust. UE, 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia*.

<sup>26</sup> C. giust. UE, 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B.*

sa ha la precedenza sul diritto dell'Unione in termini di applicazione e forza vincolante.

In secondo luogo, ad avviso dei giudici costituzionali, l'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, non sarebbe conforme alla Costituzione, in quanto, al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, consentirebbe ai giudici nazionali di applicare una normativa, eventualmente compatibile con il diritto dell'Unione, ma non conforme alla Costituzione, ed in ultimo, attribuirebbe ai medesimi la facoltà di disapplicare le leggi nazionali nei procedimenti dinanzi ad essi pendenti.

### 3. Brevi cenni al procedimento per inadempimento

Come già detto, il ricorso di infrazione della Commissione in reazione alle decisioni del Tribunale rappresenta l'ultima tappa della crisi galoppante che ha toccato questo fondamentale organo dello Stato polacco<sup>27</sup>.

L'aspetto che più ha sollevato perplessità è stato l'attribuzione alla Camera Bassa del Parlamento (*Sejm*) del potere di elezione e nomina dei componenti del Tribunale, sottraendolo alla componente togata. Rispetto al passato, è stato rimosso qualsivoglia ostacolo alle modifiche della composizione dell'organo.

A complicare il quadro è stato il ruolo nelle decisioni sulle nomine di un'autorità politica come il Capo dello Stato, la cui evidente interferenza sul sistema di revisione costituzionale in Polonia è provata dalla nomina a Presidente di un candidato vicino al partito di governo e dall'integrazione dei tre giudici irregolari, in clamoroso contrasto con le disposizioni costituzionali sul processo di nomina.

La gravità di tale situazione ha ingenerato seri dubbi sull'indipendenza e sull'imparzialità del *Trybunał Konstytucyjny*, finendo per incidere anche sulla sua affidabilità quanto alla trattazione di singoli casi, come dimostrato dalle pronunce sulle c.d. leggi "bavaglio"<sup>28</sup>, soprattutto, quelle concernenti la responsabilità disciplinare dei giudici.

---

<sup>27</sup> Comm. Venezia, comunicato stampa di ottobre 2016 Ref. DC 162(2016): *New Polish law on constitutional tribunal gives excessive power to parliament and the executive over the judiciary*, disponibile su: <https://www.coe.int/>; tra il 2016 e il 2017 la Commissione europea ha intrapreso una serie di iniziative volte a verificare la sussistenza di gravi violazioni da parte della Polonia dello Stato di diritto, della democrazia e dell'indipendenza della magistratura, fino all'attivazione della procedura *ex art. 7 TUE*.

<sup>28</sup> V. le leggi approvate l'8 dicembre 2017 e quelle di modifica del 20 dicembre

Infatti, il menzionato Tribunale ha, dapprima, negato ai giudici ordinari di poter sindacare l'atto di nomina di un giudice, di cui sia stata accertata la mancanza di indipendenza<sup>29</sup>. Di seguito, con le due sentenze precedentemente menzionate esso ha negato l'efficacia vincolante delle ordinanze della Corte di giustizia emesse ai sensi dell'articolo 279 TFUE per garantire l'effettivo controllo giurisdizionale da parte di un tribunale indipendente, imparziale e precostituito per legge, di conseguenza privandole di effetti giuridici nell'ordinamento polacco<sup>30</sup>. In tal modo, ha posto il veto all'applicazione nel territorio nazionale delle disposizioni di diritto dell'Unione dichiarate illegittime, ai sensi delle quali un giudice, o un tribunale presso cui esso giudica, deve essere conforme ai requisiti di indipendenza. *A fortiori*, detto Tribunale ha compromesso il diritto dei singoli a godere delle piene garanzie connesse al rispetto di detti requisiti, tra cui il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Nel marzo 2023, avendo esaurito senza risultati la fase precontenziosa della procedura di infrazione avviata il 22 dicembre 2021 in reazione alle sentenze del Tribunale costituzionale polacco del 2021, la Commissione europea ha deciso di deferire la Polonia alla Corte di giustizia dell'UE per violazione del diritto dell'UE da parte dello Stato membro.

In specie, tra le sue argomentazioni la Commissione ha affermato, *in primis*, che il diritto dell'Unione europea, nella fattispecie l'articolo 19, par. 1, co. 2 TUE, che sancisce il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, deve essere applicato uniformemente su tutto il territorio dell'Unione, in virtù del principio del primato. Al contrario, avendo dichiarato attraverso le sue sentenze che detto articolo è incompatibile con la Costituzione polacca, la Corte dello Stato membro ha violato i principi generali di autonomia, primato, effettività, applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

*In secundis*, secondo l'esecutivo europeo, il Tribunale costituzionale ha disatteso i suoi obblighi ai sensi del diritto dell'UE dichiarando incostituzionale l'interpretazione della Corte di giustizia del citato articolo 19, par. 1, co. 2 TUE, che consacra un principio giuridico di va-

---

2019 (denominata *Muzzle law* o legge museruola) sulla Corte suprema e sulla giurisdizione ordinaria e amministrativa.

<sup>29</sup> Trib. Cost. Pol., 4 marzo 2020, P 22/19; Trib. Cost. Pol., 20 aprile 2020, U 1/20.

<sup>30</sup> Ci si riferisce, in particolare all'ordinanza cautelare dell'8 aprile 2020, C-791/19 R, nonché all'ordinanza del 14 luglio 2021, C-204/21 R.

lore universale, come il diritto dei singoli ad una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

In ultimo e questo è il tema più interessante posto all'attenzione dei giudici della Corte di giustizia, il Tribunale costituzionale non soddisfa più i requisiti di un tribunale indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi della disposizione di diritto primario invocata.

Anzi, in considerazione del fatto che l'organo di giustizia costituzionale è chiamato a pronunciarsi su questioni relative all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'UE, la Commissione ha ritenuto che esso stesso non possa più garantire un'efficace tutela giurisdizionale, come richiesto dall'articolo 19, paragrafo 1, del TUE, nei settori coperti dal diritto dell'UE.

#### 4. Considerazioni conclusive

Non è un caso isolato che i giudici costituzionali di uno Stato membro abbiano contestato il contenuto di una sentenza della Corte di giustizia europea: la Corte costituzionale tedesca si era espressa nel 2020 in merito al programma di acquisto di titoli di debito pubblico (PSPP) della Banca centrale europea<sup>31</sup>.

Tuttavia, benché sia la Corte tedesca che quella polacca abbiano richiamato l'identità nazionale come pietra angolare dei rispettivi ordinamenti nazionali, che non consente ultronee cessioni di sovranità, l'organo di giustizia costituzionale polacco con le sue sentenze ha messo in discussione un caposaldo dell'integrazione europea e suo elemento fondativo, ossia il principio del primato, e ha postulato la supremazia assoluta della Costituzione nazionale in spregio a qualsivoglia obbligo di diritto dell'Unione, così da ingenerare pesanti dubbi sulla tenuta dello Stato membro all'interno dell'Unione europea.

Dissimilmente, la giurisprudenza *ultra vires* del BVerfG era finalizzata a delimitare il perimetro di intervento dell'Unione in un settore molto specifico, circoscrivendo le contestazioni alla proporzionalità di un singolo atto, di cui era, peraltro, titolare un'unica istituzione europea, quindi, senza conseguenze troppo invasive per il futuro<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> BVerfG, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15. In un comunicato stampa del 12 maggio 2020, il Ministero della giustizia polacco ha invocato la sentenza della Corte costituzionale tedesca per confermare la posizione della Polonia nella controversia con la Commissione europea, disponibile su: <https://www.gov.pl/>.

<sup>32</sup> A. THIELE, *Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken*, in *Verfassungsblog.de*, 2021.

In effetti, l'aspetto su cui hanno insistito gli osservatori internazionali ed europei sin dai primordi della crisi polacca è che la presa del Tribunale costituzionale è il primo tassello di un progetto complessivo dell'esecutivo teso ad indebolire il potere giudiziario in vista della realizzazione della sua agenda politica<sup>33</sup>.

Tanto è vero che il governo dello Stato membro si è servito dei giudici delle leggi per confutare la sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2019, che ha stabilito i criteri di un tribunale indipendente e imparziale ai sensi del diritto dell'UE<sup>34</sup>, così ottenendo come risultato quello di estromettere la magistratura indipendente polacca dalla giustizia europea e ponendo il veto agli interventi della Corte di giustizia.

I giudici federali tedeschi, invece, sembrano non aver mai dubitato dell'importanza dell'attività della Corte di giustizia a controllo dell'operato delle istituzioni, così tenendo fede al compito affidato in via esclusiva alla medesima di tenere saldo l'ordine costituzionale europeo.

Pertanto, nelle decisioni emesse dal Tribunale costituzionale è evidente una presa di posizione estremamente lineare con lo scopo del governo di Varsavia di creare una rete di protezione intorno alle leggi governative contro "indebite" ingerenze esterne<sup>35</sup>.

In tale contesto, è significativo che per la prima volta e in via ufficiale le istituzioni europee abbiano sollevato il problema dell'indipendenza del Tribunale costituzionale di uno Stato membro, perché ciò indubbiamente costituisce un significativo precedente, giuridico e politico.

Dal punto di vista legale, se la Corte di giustizia, accogliendo le motivazioni della Commissione, stabilisse che il Tribunale polacco non è conforme ai requisiti di indipendenza ai sensi del diritto dell'Unione per irregolarità delle procedure di selezione interne e, conseguentemente, affermasse che esso non garantisce il diritto ad una tutela

---

<sup>33</sup> M. MATCZAK, *The Clash of Powers in Poland's Rule of Law Crisis: Tools of Attack and SelfDefense*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12/2020, pp. 421-450.

<sup>34</sup> C. giust. UE, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/19 e C-625/18, *A.K. e a.*

<sup>35</sup> Si vedano le dichiarazioni dell'ex Ministro degli esteri polacco Waszczykowski a Polskie Radio: notizia riportata su euractiv, marzo 2023, disponibile su <https://euractiv.it/>. Il sospetto emerge a chiare lettere dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, 2021/2935(RSP).

giurisdizionale effettiva, a questo punto, dovrebbe confutare anche l'autorità delle sue pronunce.

Di conseguenza, gli effetti non sarebbero dissimili da quelli provocati dalle pronunce emesse nei riguardi degli omologhi della Corte costituzionale rumena, allorquando, consentendo l'applicazione di una giurisprudenza costituzionale che dichiara una normativa nazionale conforme alla Costituzione dello Stato membro solo quando il diritto nazionale garantisca l'indipendenza dei giudici costituzionali nei confronti dei poteri legislativo ed esecutivo, la Corte di giustizia ha offerto un'arma giuridica per i giudici che, conformemente al principio del primato del diritto dell'Unione, sono obbligati a disapplicare anche le decisioni di una Corte costituzionale quando non sia indipendente<sup>36</sup>.

Vi è di più: oltre a neutralizzare l'attività dell'organo, che, nondimeno, difficilmente sarà ripristinato nella sua composizione legittima, ciò richiedendo un dubbio intervento legislativo, i giudici del Kirchberg non si limiteranno a precisare che le sentenze da essi pronunciate sono obbligatorie ed ineludibili, come annunciato in risposta alla decisione di Karlsruhe nel 2020<sup>37</sup>, ma potranno cogliere l'occasione per stimolare una reazione politica da parte degli altri Stati membri, quantomeno e "finalmente" per alzare gli scudi dinanzi alle continue provocazioni polacche in tutte quelle decisioni che sono necessarie per la permanenza della Polonia nell'Unione europea.

---

<sup>36</sup> Sul tema, C. giust. UE, 13 luglio 2023, cause riunite C-615/20 e C-671/20, *YP e a.*; A. PERRELLI, *Indipendenza ed autonomia della magistratura: lezioni dalla Romania*, in *DPCE online*, 3/2021, pp. 3183-3192.

<sup>37</sup> Comunicato stampa della Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 maggio 2020, n. 58.





L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA  
NELLE PROCEDURE DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA  
PENALE: GARANZIA DEL PRINCIPIO DEL MUTUO  
RICONOSCIMENTO E LIMITE ALL'ESECUZIONE  
DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

SILVIA VENTRELLI

SOMMARIO: 1. Premessa: l'indipendenza dei giudici e la mutua fiducia nelle procedure di cooperazione giudiziaria penale. – 2. Il rispetto dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del MAE. – 2.1 Sviluppi giurisprudenziali e diritto fondamentale a un equo processo. – 3. Conclusioni.

**Abstract:** The independence of the judiciary underpins the rule of law and is essential to the functioning of democracy and respect for human rights. In recent years, the development of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union has been oriented in the direction of an increasing enhancement of the independence of the judiciary with reference to the identification of the limits of protection of fundamental rights in the context of the EAW (European Arrest Warrant) execution procedure. Consider, for example, the interpretive lines drawn by the Court in the *LM* decision of July 25, 2018. On this occasion, the test already developed in *Aranyosi and Căldăraru* in relation to the risk of the wanted person being subjected to inhuman and degrading treatment (Art. 4 EU Charter of Fundamental Rights) due to the condition of the prison institutions in the issuing member state was extended to the area of the protection of the right to a fair trial (Art. 47), in relation to the risk of the wanted person being tried by a non-independent judge. The objective of this contribution is to analyze, through the analysis of the jurisprudential pronouncements of the Court of Justice, the progressive identification of the hypotheses in which one can speak of non-independence of the judge of the issuance of the EAW and to identify the circumstances that can determine the suspension of execution, taking into account that the institution of the EAW and the importance of its regular performance respond

to the general principle of mutual trust between member States, a principle equally deserving of protection.

### 1. Premessa: l'indipendenza dei giudici e la mutua fiducia nelle procedure di cooperazione giudiziaria penale

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'indipendenza del potere giudiziario assume una rilevanza particolare quando si parla di cooperazione giudiziaria in materia penale, in special modo in ordine al meccanismo definito dalla decisione quadro 2002/584/GAI per quanto attiene al mandato d'arresto europeo (MAE). Si tratta di un meccanismo che si basa sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie<sup>1</sup>: per MAE, infatti, si intende la richiesta dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'UE affinché si proceda all'arresto di una persona in un altro Stato membro e la si consegni al primo Stato membro ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà. Tale strumento normativo trova il proprio fondamento nell'elevato livello di fiducia che caratterizza le relazioni tra gli Stati membri<sup>2</sup>, in ragione della generale presunzione di pieno rispetto dei diritti fondamentali derivante dall'appartenenza all'Unione europea<sup>3</sup>.

La suddetta presunzione, tuttavia, sta assumendo un carattere sempre più relativo: le varie pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, hanno mostrato, a mano a mano, come la presunzione del rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle procedure di cooperazione giudiziaria in materia penale meriti una verifica più accurata da parte dello Stato deputato a dare esecuzione al MAE (c.d. Stato di esecuzione). Si vedrà difatti come questi diritti rischiano di essere vio-

---

<sup>1</sup> Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea qualifica esplicitamente il reciproco riconoscimento come principio. Invero, il *riconoscimento reciproco* è elevato a principio informatore della cooperazione giudiziaria in materia penale e civile, rispettivamente dagli artt. 81 TFUE e 8 TUE. Si veda E. GIORGI, *Il principio del mutuo riconoscimento nel diritto dell'Unione europea*, in *Premio Ricerca Città di Firenze*, Firenze University Press, 2020.

<sup>2</sup> Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI), decimo considerando.

<sup>3</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, p. 126.

lati nel caso in cui le carenze sistemiche o generalizzate del funzionamento del sistema giudiziario dello Stato membro emittente compromettano la garanzia per la persona ricercata di essere giudicata da un organo effettivamente indipendente. La necessità che il giudice sia indipendente è espressamente prevista dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>4</sup>, ma è anche implicita nell'art. 19, par. 1, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>5</sup>, letto alla luce dell'art. 2 TUE, e nel principio dello Stato di diritto<sup>6</sup> inteso come valore<sup>7</sup>.

Sul significato di indipendenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa nei seguenti termini: “*La nozione di indipendenza presuppone, in particolare, che l'organo di cui trattasi eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, e che esso sia quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e ad influenzare le loro decisioni (...)*”.<sup>8</sup>

## 2. Il rispetto dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del MAE

Il carattere necessario dell'indipendenza dei giudici degli Stati membri ha spinto la Corte ad orientarsi nel senso di un crescente po-

---

<sup>4</sup> C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, LM, punto 51.

<sup>5</sup> Ai sensi del quale “*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*”. Per un'introduzione, L. S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020.

<sup>6</sup> C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sidacal dos Juizes Portugueses*, punto 41.

<sup>7</sup> Si veda al riguardo la recente C. giust. UE, 9 luglio 2020, *Land Hassen*, C-272/19, la quale ha sottolineato la rilevanza dell'indipendenza dei giudici degli Stati membri sotto tre punti di vista: (1) rientra nel principio dello Stato di diritto, il quale fa parte dei valori fondativi, ai sensi dell'articolo 2 TUE, ed è riconducibile all'articolo 19 TUE; (2) viene richiamata dall'articolo 47 della CDFUE, come elemento volto a garantire il rispetto del diritto ad un giudice indipendente; (3) rappresenta un requisito essenziale per il buon funzionamento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Si vedano ulteriormente: C. giust. UE, 21 gennaio 2020, C-274/14, *Banco de Santander*; C. giust. UE, 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Riesame Simpson/Consiglio e HG/Commissione*.

<sup>8</sup> *Associação Sidacal dos Juizes Portugueses*, cit., punto 44.

tenziamento della stessa. Con riferimento al meccanismo dalla decisione quadro 2002/584/GAI, tale potenziamento si è concretizzato nella progressiva individuazione di limiti all'esecuzione di un MAE, limiti che hanno messo in crisi il principio generale di reciproca fiducia tra gli Stati membri.

Come già brevemente evidenziato, la procedura del MAE si fonda appunto sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri. Va da sé che un siffatto riconoscimento reciproco presuppone la "fiducia" che ogni Stato membro assuma le proprie decisioni nel rispetto dei diritti fondamentali della persona ricercata, in conformità al diritto dell'Unione.

Nella sentenza *Melloni*<sup>9</sup>, la Corte si pronuncia per la prima volta sull'ampiezza della tutela dei diritti fondamentali che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare in sede di esecuzione di un mandato d'arresto europeo. In particolare, essa esamina la compatibilità del sistema di mutuo riconoscimento istituito dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo con il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e il diritto ad un processo equo, previsti, rispettivamente, dagli artt. 47<sup>10</sup> e 48<sup>11</sup>, secondo paragrafo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>12</sup>.

La Corte rigetta l'interpretazione proposta dal giudice del rinvio secondo la quale l'art. 53 della Carta<sup>13</sup> autorizzerebbe gli Stati membri ad applicare il proprio standard costituzionale di protezione dei diritti fondamentali – laddove questo si presenti più elevato di quello garan-

---

<sup>9</sup> C. giust. UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*, cfr. C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford Studies in European Law, 2013, p. 209.

<sup>10</sup> Relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Si ricorda in particolar modo il par. 2, ove si prevede che "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge".

<sup>11</sup> Relativo alla presunzione di innocenza e diritto di difesa: "1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato".

<sup>12</sup> V. MITSILEGAS, *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, cit., p. 157.

<sup>13</sup> Secondo il quale: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

tito dalla Carta – opponendolo all’applicazione del diritto dell’Unione. Una simile interpretazione secondo la Corte lederebbe il principio del primato del diritto dell’Unione.

Nella sentenza *Melloni*, dunque, trova compiuta formulazione l’orientamento giurisprudenziale che riserva ai diritti fondamentali un ruolo marginale e limitato fra i motivi di rifiuto dell’esecuzione di un MAE.

Tale posizione, tuttavia, ha subito una svolta grazie all’influenza decisiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>14</sup>, la quale ha indotto il giudice dell’Unione a riconsiderare la portata della presunzione di rispetto dei diritti fondamentali, sottesa alla reciproca fiducia, prospettandone una natura relativa<sup>15</sup>.

Tale orientamento, consolidatosi in numerosissime sentenze della Corte EDU<sup>16</sup>, spinse la Corte di giustizia dell’UE ad attuare un radicale cambio di prospettiva. Nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*<sup>17</sup>, infatti, viene ricordato come il contenuto precettivo del principio di reciproca fiducia ammetta delle limitazioni. Infatti, nel parere n. 2/13<sup>18</sup>, è stato affermato che tale principio impone a ciascuno Stato membro di ritenere, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell’Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest’ultimo, ma “*tranne in circostanze eccezionali*”.

Nell’esaminare una delle *circostanze eccezionali* che può giustificare una limitazione del predetto principio, ossia il divieto assoluto di

---

<sup>14</sup> C. eur. dir. uomo, 21 gennaio 2011, ricorso n. 30606/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*. Sul carattere decisivo esercitato dalla già menzionata sentenza ai fini del *revelment* della Corte di giustizia in ordine alla natura assoluta della presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, cfr. C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, cit., p. 207.

<sup>15</sup> Si consideri come esempio la sentenza *Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna* (C. eur. dir. uomo, 26 giugno 1992, ricorso n. 12747/87), in cui la Corte europea dei diritti dell’uomo, confermando l’approdo della precedente giurisprudenza in tema di estradizione e rispetto del diritto fondamentale ad un processo equo (cfr. C. eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*), sancisce che soltanto un’ipotesi di flagrante diniego di giustizia perpetuatosi nell’ordinamento giuridico dello Stato richiedente determina per lo Stato esecutore un obbligo di non riconoscimento della decisione.

<sup>16</sup> Si vedano ad esempio: C. eur. dir. uomo, 20 luglio 2001, ricorso n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia*; C. eur. dir. Uomo, 15 gennaio 2004, ricorso n. 48198/99, *Lindberg c. Svezia*; C. eur. dir. Uomo, 29 aprile 2008, ricorso n. 18648/04, *McDonald c. Francia*.

<sup>17</sup> C. giust. UE, 5 aprile 2016, cause riunite 404/15 e 659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Căldăraru*.

<sup>18</sup> Parere C. giust. UE, 18 dicembre 2014, n. 2/13, *Adesione dell’UE alla CEDU*, punto 191.

pene o di trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 4 della Carta e all'art. 3 CEDU, la Corte di giustizia riesamina la dottrina sulla reciproca fiducia operando una smentita del precedente orientamento<sup>19</sup>.

In *Aranyosi e Căldăraru*, infatti, la Corte statuisce in termini categorici che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo “*non può condurre a un trattamento inumano o degradante del ricercato, così assegnando ai diritti fondamentali la funzione di limite assoluto del mutuo riconoscimento*”<sup>20</sup>.

Per verificare la sussistenza di elementi che attestano un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti per le persone detenute in uno Stato membro, la Corte ha introdotto un test strutturato in due fasi<sup>21</sup>.

Con la prima fase, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a valutare le condizioni di detenzione dello Stato membro emittente; in particolare, in base ad elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione, deve soppesare il rischio che il destinatario del MAE sia esposto ad una situazione di carenza sistemica o generalizzata. Successivamente occorre valutare se tale rischio possa concretizzarsi nel caso di specie e quindi verificare in modo concreto e preciso se vi siano fondati motivi per ritenere che proprio l'interessato venga sottoposto al rischio di trattamenti inumani o degradanti<sup>22</sup>.

Con il test sviluppatosi in *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte di giustizia ha definito in che modo la tutela dei diritti umani possa prevalere sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri e sul principio del mutuo riconoscimento e quindi impedire l'esecuzione di un MAE nel caso concreto.

## 2.1 *Sviluppi giurisprudenziali e diritto fondamentale a un equo processo*

Risposte alla sentenza *Aranyosi e Căldăraru* non si fecero attende-

---

<sup>19</sup> D. HALBERSTAM., *The Judicial Battle Over Mutual Trust in the EU: Recent Cracks in the Façade*, in *Verfassungsblog.de*, 9 giugno 2016.

<sup>20</sup> C. giust. UE, 5 aprile 2016, cause riunite 404/15 e 659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Căldăraru*, cit., punto 88. Sul punto, cfr. D. HALBERSTAM., *The Judicial Battle over Mutual Trust in the EU: Recent Cracks in the Façade*, cit.

<sup>21</sup> La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 3 CEDU prevedeva già l'attuazione di un giudizio in due fasi per giudicare l'ammissibilità dell'estradizione. Cfr. C. eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*; C. eur. dir. uomo, 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*.

<sup>22</sup> *Pál Aranyosi e Căldăraru* cit., punti 88-94.

re e dal 2016 in poi aumentò sensibilmente il numero di mandati d'arresto europei non eseguiti a causa di comprovato rischio di violazione dei diritti fondamentali del ricercato<sup>23</sup>. Importante al riguardo è il caso *Dorobantu* del 2019<sup>24</sup>, in cui la Corte ribadisce con fermezza che non vi sono dubbi circa il fatto che le previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della CEDU abbiano "carattere assoluto" e non possano pertanto essere subordinate a nulla, indipendentemente dalla persona, dalla situazione e dal contesto.

La novità della sentenza, che ribadisce i principi enunciati con la sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, come precisata nella successiva sentenza *Generalstaatsanwaltschaft*<sup>25</sup>, si individua nella enunciazione dei criteri rilevanti per determinare il rispetto o meno del divieto di trattamenti inumani o degradanti in celle collettive<sup>26</sup>, affermandosi inoltre che "*la constatazione, da parte della suddetta autorità [giudiziaria esecutrice], dell'esistenza di seri e comprovati motivi di ritenere che, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona interessata correrà un rischio siffatto...non può essere posta in bilanciamento, al fine di decidere su tale consegna, con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci*"<sup>27</sup>.

Di fronte al rischio che gli Stati membri possano non rispettare i diritti fondamentali della persona ricercata<sup>28</sup> è evidente, infatti, che

---

<sup>23</sup> In Italia, esempi sono le sentenze della Cass. pen., 3 giugno 2016, n. 23277/16, *Barbu*, 26 settembre 2016, n. 40032/16, *L.F.* e 26 febbraio 2018, n. 8916/18. L'evoluzione giurisprudenziale è stata poi confermata anche in tema di estradizione, arrivando alla conclusione che "*quando l'autorità competente dello Stato membro richiesto dispone di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante delle persone nello Stato terzo richiedente, essa è tenuta a valutare la sussistenza di tale rischio al momento di decidere in ordine all'extradizione di una persona in tale Stato*" (C. giust. UE, 6 settembre 2016, C-182/15, *Petruhhin*, punto 58).

<sup>24</sup> C. giust. UE, 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*.

<sup>25</sup> C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft* (condizioni di detenzione in Ungheria). Degno di nota, tra gli altri, è il punto 91, ove si precisa che "*al fine di rientrare nell'art. 3 della CEDU, un maltrattamento deve raggiungere una soglia minima di gravità, che dipende dall'insieme dei dati della causa...*". Cfr. T. WAHL, CJEU Clarifies Position on Non-Surrender in Case of Poor Detention Conditions ("*Aranyosi III*"), in *eu crim.eu*, 20 ottobre 2018.

<sup>26</sup> L'esecuzione di un mandato d'arresto europeo può essere sospesa a seguito di un accurato ed individuale controllo, da parte dell'autorità giudiziaria esecutrice, delle condizioni detentive alle quali sarebbe sottoposto l'interessato, andando ad analizzare la struttura in cui questo sarebbe realisticamente rinchiuso, salvo rassicurazioni da parte dello Stato membro d'emissione.

<sup>27</sup> *Dorobantu*, cit., punti 61-62, 66, 68-69, 77, 79-85.

<sup>28</sup> Sul tema dei motivi di rifiuto della consegna si vedano: C. giust. UE, 19 set-

la fiducia reciproca tra gli Stati membri non può se non assumere un carattere relativo, che implica un controllo da parte dello Stato membro di esecuzione, diretto a verificare che lo Stato membro che richiede cooperazione assuma le proprie decisioni nel rispetto dei diritti fondamentali.

Il criterio sviluppatosi nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* è stato poi utilizzato dalla Corte nella sua giurisprudenza successiva, anche attraverso la sua estensione all'area del diritto all'equo processo, in relazione al rischio per la persona ricercata di essere giudicata da un giudice non indipendente.

Con la sentenza *LM*<sup>29</sup>, la Corte di giustizia ha infatti affermato che la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo deve essere interpretata nel senso che, in presenza di elementi concreti idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale ad un equo processo (garantito dall'art. 47 della Carta), a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, l'autorità giudiziaria dello Stato esecutore deve verificare concretamente e precisamente se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere sussistente il rischio di violazione di tale diritto fondamentale.

Le argomentazioni della Corte in *LM* muovono dall'assunto secondo cui l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, è intrinseca di uno Stato di diritto<sup>30</sup>. Ne consegue, secondo la Corte, che per potersi dire soddisfatto il rispetto del diritto fondamentale ad un equo processo, ogni Stato membro è tenuto a garantire che tutti gli organi rientranti nel sistema dei rimedi giurisdizionali, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, debbano soddisfare i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva<sup>31</sup>. E per garantire tale tutela è di primaria importanza preservare l'indipendenza di detti organi, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice *independente* tra i requisiti connessi al diritto fondamentale a un ricorso effettivo.

Dunque, con la sentenza *LM* la Corte ha affermato che è possibile giungere a non eseguire un MAE nell'ipotesi in cui l'esecuzione di

---

tembre 2018, C-327/18 PPU, *RO*; C. giust. UE, 23 marzo 2023, cause riunite C-514/21 e C-515/21, *Minister for Justice and Equality* e C. giust. UE, 18 aprile 2023, C-699/21, *E.D.L.*

<sup>29</sup> *LM*, cit.

<sup>30</sup> *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punto 36.

<sup>31</sup> *Id.* punto 37; *LM*, cit. punto 52.



questo esponga il destinatario ad una violazione del suo diritto ad un giudice indipendente. A tal fine, l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione deve procedere all'esecuzione di un apposito test articolato in due fasi, lo stesso test che la sentenza *Aranyosi e Căldăraru* aveva introdotto.

Nella prima fase l'autorità in questione, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente, valuta se sussista un rischio reale di violazione del diritto fondamentale in parola a causa di carenze sistemiche o generalizzate. In caso di esito positivo, con la seconda fase, l'autorità deve stabilire in modo concreto e preciso se esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in esito alla consegna, il destinatario del MAE corra effettivamente il rischio di vedere violato il suo diritto<sup>32</sup>.

Successivamente, la Corte ha avuto modo di chiarire che il test *LM* può essere validamente applicato anche in ambito di tutela del diritto ad un giudice costituito per legge e ha fornito indicazioni specifiche in merito alla seconda parte del test.

Nella pronuncia *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*<sup>33</sup>, infatti, la Corte ha così precisato: quanto alla prima fase del test, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve effettuare un'analisi globale sulla base di elementi oggettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati<sup>34</sup>; quanto alla seconda fase, spetta al destinatario del MAE fornire prove specifiche circa il rischio in concreto, prove che potranno poi essere eventualmente integrate con le informazioni provenienti dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione. Ove si tratti di un MAE emesso per ottenere la consegna di un soggetto nei cui confronti debba essere esercitata l'azione penale, le informazioni devono permettere di svolgere una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto (ad esem-

---

<sup>32</sup> C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-216/18, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, sulla quale P. BARD - W. VAN BALLEGOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3/2018, pp. 353-365.

<sup>33</sup> C. giust. UE, 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*. Per un commento alla pronuncia si veda L. DANIELE - R. SILVESTRE, *Ancora sull'indipendenza della magistratura e l'esecuzione dei mandati d'arresto europei. Commento alla sentenza della CGUE del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, Openbaar Ministerie*, in *I Post di AISDUE*, 4/2022, pp. 87-110.

<sup>34</sup> Quali la proposta motivata della Commissione europea ex art. 7 TUE e la giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

pio, dichiarazioni provenienti da autorità pubbliche che incidano sulla causa specifica e informazioni concernenti la situazione personale del destinatario del MAE, la natura dei reati per i quali questi sia perseguito, il contesto di fatto in cui si inserisce l'emissione del MAE e qualsiasi altra informazione riguardante i giudici che compongono il collegio giudicante verosimilmente competente a conoscere del procedimento successivamente alla consegna). Per quanto riguarda i MAE emessi per procedere all'esecuzione di una pena già inflitta, si tratta di considerare elementi concernenti la procedura di nomina dei giudici che hanno composto il collegio giudicante, l'eventuale distacco di questi ultimi e lo svolgimento del procedimento penale.

Dunque, il quadro delineato progressivamente dalla Corte definisce un perimetro di controllo in favore dei diritti della persona, diretto ad evitare che la semplicità della procedura del MAE e la facilità della consegna si risolvano in approssimazione o superficialità nell'accertare il rispetto dei diritti fondamentali del consegnando.

### 3. Conclusioni

Negli ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia si è decisamente orientata nel senso di una crescente valorizzazione dell'indipendenza del potere giudiziario, sia con riferimento alla individuazione dei limiti di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della procedura di esecuzione del MAE, sia per quel che attiene alla conformità con il principio dello Stato di diritto di talune riforme del sistema giudiziario approvate negli ordinamenti di alcuni Stati membri (come ad es. la Polonia<sup>35</sup>).

Analoghe linee interpretative sono state tracciate, più di recente, con la menzionata sentenza *LM*, relativa alle ipotesi in cui il destinatario del MAE produca, allo scopo di opporsi alla propria consegna, elementi sintomatici dell'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate che incidano sull'indipendenza del potere giudiziario nello Stato di emissione.

S'impone, pertanto, in termini diversi e del tutto innovativi rispet-

---

<sup>35</sup> C. giust. UE, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, (indipendenza della Corte suprema); C. giust. UE, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.* (indipendenza della sezione disciplinare della Corte suprema); C. giust. UE, 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*; C. giust. UE, 8 aprile 2020, C-791/19, *Commissione c. Polonia* (regime disciplinare dei giudici).

to alla declinazione dei principi fondamentali dettati in materia di cooperazione giudiziaria penale nel Trattato di Lisbona, un'esigenza di bilanciamento fra gli obblighi di osservanza del *rule of law* – quale valore di riferimento che deve necessariamente orientare, ex art. 2 TUE, l'attività interpretativa della Corte di giustizia e delle autorità giudiziarie nazionali – e la progressiva individuazione dei diritti fondamentali (anche non assoluti, come il diritto ad un equo processo e ad un giudice indipendente) che possono dar luogo, entro certi limiti e nel rispetto di ben precise condizioni, alla opponibilità di eventuali deroghe al meccanismo della reciproca fiducia sul cui fondamento sono stati costruiti gli istituti di cooperazione penale.

Appare evidente, infatti, che nel momento in cui il sistema giudiziario di un paese si collocasse inequivocabilmente al di fuori delle regole fondamentali del diritto dell'Unione, la fiducia reciproca fra Stati s'incrinerebbe immediatamente. Questo perché non è logicamente possibile dare fiducia a un sistema giudiziario che rifiuti i presupposti fondamentali su cui l'intero sistema comune è stato edificato. È precisamente quanto la Corte ha dichiarato nella pronuncia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* citata: “L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto. Ne consegue che ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto «giurisdizione» (...) soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva”<sup>36</sup>.

È chiaro che gli Stati membri, benché liberi di adeguare i propri sistemi giudiziari nazionali, non possono violare i principi fondatori dell'UE, fra i quali, appunto, l'indipendenza del potere giudiziario.

Non si tratta di una questione di competenze in capo all'UE, ma semplicemente del rispetto dei principi fondamentali che sorreggono il diritto dell'Unione<sup>37</sup>.

Se alla base delle procedure di cooperazione rimane l'esigenza di celerità e di mantenimento di uno spazio senza frontiere caratterizzato da un alto livello di fiducia e di cooperazione reciproca tra gli Stati dell'Unione, tuttavia, se si mira a costruire una Unione europea che non rappresenti solamente una unione commerciale, i valori fondamentali della persona devono necessariamente essere posti in primo piano.

---

<sup>36</sup> *Associação Sidacal dos Juizes Portugueses*, cit., punti 36-37.

<sup>37</sup> A. STIRONE, *Considerazione a margine di un mandato d'arresto europeo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3/2022.



## APPENDICE

### ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO A.A. 2022/2023

Prof. Stelio Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove relazioni internazionali*, discussant Dott. Francesco Guarino (lezione magistrale)

Prof. Stéphane Bauzon (a cura di), *Identità di genere: questioni teoretiche*

Prof. Giuseppe Amarelli, *La sentenza d'appello sulla c.d. trattativa Stato-mafia: dalla condanna mediatico-giudiziaria al proscioglimento dei co-imputati 'istituzionali'*, (in collaborazione con Dottorato di Studi Giuspubblicistici)

Prof.ssa Donatella Morana (a cura di), *Le competenze Stato/Regioni in materia sanitaria oltre l'emergenza pandemica*

Prof. Roberto Rampioni, *Crisi irreversibile del sistema sanzionatorio e giustizia negoziata-riparativa*

Dott.ssa Maria Novella Campagnoli, *Il potenziamento umano. Questioni biogiuridiche*

Prefetto Sandra Sarti, *Asilo e immigrazione (lezione magistrale)*

Dott. Riccardo di Marco, *L'interpretazione della consuetudine internazionale*, discussants Dott.sse Sarah Lattanzi e Chiara Venturini

Prof. Eugenio Picozza, Prof. Raffaello Lupi, *Limiti del mercato come strumento di controllo sociale: ipotesi di liberalizzazioni ideologiche in settori a monopolio naturale (il caso dell'energia elettrica)*

Prof. Pierluigi Simone, Dott.ssa Chiara Venturini, *Il caso degli Uiguri e il Parlamento europeo: profili di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea*

Prof.ssa Sara De Vido, *Quando la violenza di genere contro le donne è voluto o "tollerata" dallo Stato: prospettive di diritto internazionale ed europeo*

Dott. Guido Raimondi, *Gli "occhiali" del giudice europeo dei diritti dell'uomo (lezione magistrale)*

Prof. Carlo Longari, *La messa alla prova a seguito delle riforme introdotte dalla riforma Cartabia*

Dott.ssa Maria Novella Campagnoli, *Vulnerabilità in Rete*

Prof. Luigi Daniele, *Una sentenza di fine anno della Consulta: direttive, sentenze interpretative della Corte di giustizia e interventi "pasticciati" del legislatore, discussants Prof. Roberto Cisotta, Dott. Riccardo di Marco, Dott.sse Rosita Silvestre, Susanna De Stefani e Silvia Ventrelli*

Prof.ssa Agata Amato Mangiameli, *In Prima Persona! Natalità e Libertà fondamentali della Biogiuridica*

Prof. Carlo Longari, *Minima rilevanza del fatto e responsabilità amministrativa degli enti*

Prof. Cristiano Cupelli (a cura di), *Responsabilità penale medica*

Vice Avvocato Generale dello Stato Danilo Del Gaizo, *Europa e sport: il caso Superlega dinanzi alla Corte di giustizia*

Prof.ssa Agata Amato Mangiameli, Prof. Carlo Pisani, *Lavoro, strumento o fine?*

Dott.ssa Maria Novella Campagnoli, *Presupposti dell'obiezione di coscienza*

Prof. Eugenio Picozza, Dott.ssa Chiara Venturini, *Controversie tra Stati e investitori stranieri: l'arbitrato ICSID sul caso Rockhopper c. Repubblica italiana*

Prof.ssa Donatella Morana (a cura di), *La dimensione regionale della solidarietà: salute e provvidenze sociali alla prova della differenziazione territoriale*, Prof.ssa Stefania Mabellini, Dott.ssa Valentina Tamburini

Prof. Roberto Rampioni, *Dalla prevedibilità della decisione alla prevedibilità della norma*

Prof. Carlo Pisani, Prof. Raffaello Lupi, *Azienda pluripersonale e rapporti di lavoro*

Prof. Massimo La Torre, Prof.ssa Agata Amato Mangiameli, *Bioetica in tempi di Pandemia. Morale, diritto e libertà*

Prof. Jose Luis Iriarte Angel, *Las sanciones económicas internacionales y su incidencia en el comercio internacional. El caso de las sanciones de la UE a Rusia*

Prof.ssa Agata Amato Mangiameli (org.), *Giornata di studi in ricordo di Francesco D'Agostino. "Normatività e Natura"*

Dott.ssa Chiara Venturini (a cura di), *Sustainability, Green Transition and Climate Change*, Dott. Moritz Vinken, Dott.ssa Carlotta Ceretelli, Dott.ssa Iona McEntee, Dott. Paolo Mazzotti

Prof. Gaetano Azzariti, *Recenti misure in materia di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare* (in collaborazione con Dottorato di Studi Giuspubblicistici)

Prof.ssa Samantha Velluti, Prof. Francesco Cherubini, *The Externalization of Asylum Claims under International Refugee Law and European Human Rights Law – The Case of the Asylum Partnership Agreement between the UK and Rwanda*

Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Marta Mengozzi, *Salute e condizione femminile nello stato di detenzione* (in collaborazione con Dottorato di Studi Giuspubblicistici)

Vice Avvocato Generale dello Stato Gianni De Bellis, Prof.ssa Alessia Vignoli, *Il giudice nei giudizi contro una pubblica amministrazione*.

*L'esperienza della giustizia tributaria (anche alla luce della recente riforma)*

Prof. Carlo Santulli, *Le variazioni della sovranità dello Stato e la funzione del diritto internazionale*

Dott.ssa Chiara Venturini, Ing. Luisa Franchina, *Le Smart Cities e il diritto internazionale*



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"**  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---

SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO

1. Scritti in memoria di Pietro Gismondi - Vol. I (1987) - Vol. II (1991) - Vol. III (1988).
2. LEANZA U. (a cura di), *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo* (1987).
3. LEANZA U. (a cura di), *Costituzione dello Stato e norme internazionali* (1988).
4. PEZZINI B., *Il Bundesrat della Germania Federale* (1990).
5. LILLO P., *Concordato, «accordi» e «intese» tra lo Stato e la Chiesa cattolica* (1990).
6. LILLO P., *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio"* (1992).
7. MANGIAMELI S., *Le materie di competenza regionale* (1992).

SEZIONE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

1. CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile* (1995).
2. LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario* (1996).
3. MASSA FELSANI F., *Contributo all'analisi del know-how* (1997).
4. FIGÀ-TALAMANCA G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale* (1997).
5. MORACE PINELLI A., *La crisi coniugale tra separazione e divorzio* (2001).

SEZIONE DI STORIA E TEORIA DEL DIRITTO

1. CARDILLI R., *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (Il sec. a.C. -Il sec. d.C.)* (1995).
2. PETRUCCI A., *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto* (1996).
3. BAUZON S., *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey* (2001).
4. SACCOCCIO A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustiniane* (2002).
5. VINCI M., *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano* (2004).
6. BIANCHI P., *Jura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia* (2007).
7. ZHANG L., *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di La-beone e di Aristone* (2007).

8. CALORE E., *Actio quod metus causa*. Tutela della vittima e azione *in rem scripta* (2011).

#### NUOVA SERIE

1. *I mercati monetari finanziari in Italia fra internazionalizzazione e controllo*, a cura di Enzo Rossi (1998).
2. ROTA R., *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione* (1998).
3. *Scritti in onore di Serio Galeotti* - Tomo I-II (1998).
4. MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà*. Contributo allo studio della prestazione non onerosa (1998).
5. XERRI SALAMONE A., *L'ordinamento giuridico dei porti italiani* (1998).
6. *La legge sul procedimento amministrativo*. Legge 7 agosto 1990 n. 241 - Prospettive di alcuni istituti, a cura di Francesco Paolo Pugliese (1999).
7. MASINI S., *Ambiente, agricoltura e governo del territorio*. Contributo ad uno studio sulla riforma delle autonomie locali (2000).
8. GIACOBBE E., *Brokeraggio e tipo contrattuale* (2001).
9. *Il corpo de-formato*. Nuovi percorsi dell'identità personale, a cura di Francesco D'Agostino (2002).
10. ROSSI R., *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria (2003).
11. SEMERARO M., *Il tribunale del Santo Ufficio di Oria*. Inediti processi per la storia dell'Inquisizione in età moderna (2003).
12. TUCCI A., *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*. L'esperienza italiana a confronto con la disciplina delle *public companies* nordamericane (2003).
13. MORACE PINELLI A., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori* (2003).
14. ARRU D., *Il concordato italiano del 1803* (2003).
15. TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo*. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea (2004).
16. *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano, a cura di Francesco D'Agostino (2003).
17. IURILI C., *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo* (2004).
18. SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo* (2004).
19. MASINI S., *La piccola impresa agricola* (2004).
20. SARACENI E. G., *L'autorità ragionevole*. Premesse per uno studio del diritto canonico amministrativo secondo il principio di ragionevolezza (2004).
21. TZITZIS S., *La vittima e il carnefice*. Lezioni romane di filosofia del diritto

to, a cura di Francesco D'Agostino e Fabio Macioce. Traduzione di Fabio Macioce (2004).

22. SCACCHI A., *La proprietà temporanea* (2005).
23. LANNI S., *America latina e tutela del consumatore*. Le prospettive del mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto (2005).
24. DIPACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici* (2006).
25. NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziate* (2006).
26. GAMBINO G., *Le unioni omosessuali*. Un problema di filosofia del diritto (2007).
27. MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore* (2007).
28. *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*. Atti del Convegno di Studi - Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006, a cura di Aristide Police (2008).
29. CAPRIOLI S., *Codice civile*. Struttura e vicende (2008).
30. BELLANTE M., *La caparra* (2008).
31. SCOCA S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali* (2008).
32. *Darwinismo e problemi di giustizia*, a cura di Francesco D'Agostino (2008).
33. CATAUDELLA M. C., *Contratto di lavoro e nullità parziale* (2008).
34. VOTRICO A., *Uccidersi per uccidere. Il suicidio per vendetta* (2009).
35. FIORAVANTI M., *Le potestà normative del Governo*. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale (2009).
36. FRANZA G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento* (2010).
37. SANGERMANO F., *Presupposizione e causa nel negozio testamentario* (2011).
38. *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di Antonio D'Atena (2012).
39. ARRU D., *La legislazione della Repubblica romana del 1849 in materia ecclesiastica*. Prefazione di Mauro Ferri - Presidente Emerito della Corte Costituzionale (2012).
40. ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*. Tra teoria e prassi giurisprudenziale (2012).
41. CHIZZOLA F., *La relazione umana alla luce della differenza sessuale* (2012).
42. SIRGIOVANNI B., *Prefazione legale e acquisto della proprietà* (2012).
43. GABRIELLI E., *"Operazione economica" e teoria del contratto*. Studi (2013).
44. IURILLI C., *Interessi superindividuali e danno collettivo* (2016).
45. GRISAFI R., *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione* (2016).

46. MASSELLA DUCCI TERI N., *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso* (2016).

TERZA SERIE (Wolters Kluwer)

1. MANCINETTI G., *L'emersione dei doveri «accessori» nella 'locatio conductio'* (2017).
2. MARINI R., *Contrarius consensus* (2017).

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

1. *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, a cura di Luigi Daniele e Andrea Buratti (2019).
2. *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, a cura di Aristide Police e Cristiano Cupelli (2020).
3. *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future*, a cura di Donatella Morana e Stefania Mabellini (2022).
4. *Il ritorno dello Stato. Spunti giuridici per un rapporto equilibrato tra mercato e intervento pubblico*, a cura di Raffaello Lupi e Marco Fioravanti (2023).
5. *Giustizia e Potere(i). Riflessioni sull'indipendenza del giudice*, a cura di Luigi Daniele, Alessia Vignoli e Maria Novella Campagnoli (2024).