

LECTIO MAGISTRALIS DELL'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
GABRIELLA PALMIERI SANDULLI ()*

**La difesa del Governo italiano
nel Contenzioso Internazionale ed Europeo**

1. Ringraziamenti e introduzione.

Magnifico Rettore, Autorità, Prof. Mengozzi, con il quale condivido il bellissimo ricordo del Convegno organizzato nel 2014 in Avvocatura Generale e al Ministero degli Affari Esteri in occasione del semestre di presidenza italiana del Consiglio europeo, Chiarissimi Professori, Avvocati e rappresentanti dei Consigli degli Ordini, Avvocati dello Stato, Dottorandi, Studentesse e Studenti, gentili Ospiti anche collegati da remoto, desidero, innanzitutto, ringraziare davvero e non come una formula di mero stile il Magnifico Rettore, Prof. Giovanni Molari, il Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche, Prof. Michele Caianiello e il Presidente della Sezione Italiana dell'International Law Association, Prof. Attila Tanzi, per avermi invitato a tenere la *lectio magistralis* in questa prestigiosissima Università Alma Mater Studiorum di Bologna e in questa magnifica Aula Magna.

Lo considero un grande onore per me e per l'Istituto che ho il privilegio di dirigere, perché l'impegno dell'Alma Mater e del suo Dipartimento di Scienze Giuridiche nella promozione dell'internazionalizzazione non solo è ben noto, ma è anche espresso nel riconoscimento di Dipartimento di eccellenza.

L'Avvocatura dello Stato ha da sempre, per consolidata tradizione, un costante e vivo rapporto di collaborazione con le Università e ciò consente, attraverso l'aggiornamento e l'attenzione alle riflessioni giuridiche, il migliore svolgimento dei compiti istituzionali, in funzione di positivo completamento della professionalità.

L'argomento oggetto della mia lezione credo illustri perfettamente le caratteristiche dell'Avvocatura dello Stato e la sua proiezione internazionale e che è di grande attualità anche in chiave sistemica.

2. La storia.

Desidero, innanzitutto, soffermarmi, seppure brevemente, sulle caratteristiche del nostro Istituto, anche per far comprendere come l'impegno in sede sovranazionale si inquadri perfettamente nelle competenze e nelle attribuzioni istituzionali.

(*) *Lectio magistralis tenuta dall'Avvocato Generale dello Stato in occasione dell'evento organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Alma Mater Studiorum di Bologna con la collaborazione della Sezione Italiana dell'International Law Association e l'Avvocatura dello Stato, giovedì 31 marzo 2022.*

Non posso non cominciare da qualche sintetico richiamo alla nostra storia.

L'Avvocatura dello Stato ha un'origine antica, essendo una delle prime istituzioni dello Stato unitario, se si considera che è stata fondata nel 1876 all'indomani della sua nascita.

La conformazione dell'Istituto ha la sua matrice storica nel sistema del Granducato di Toscana, dove Leopoldo di Lorena aveva istituito l'avvocato regio per la rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio, che portò nel 1876 alla costituzione della Regia avvocatura erariale sul modello dell'avvocato regio di Toscana.

L'Istituto, fondato con il nome di Avvocatura Erariale con un regolamento del 16 gennaio 1876, "si articola su tre principi fondamentali, validi ancora oggi come vedremo: l'istituzione di un organo dello Stato nettamente distinto dalle amministrazioni assistite, e di un corpo di avvocati dello Stato, opportunamente qualificato e rigorosamente selezionato; una piena indipendenza funzionale ed una assoluta libertà di giudizio a tale organo riconosciuta, quale è quella propria del difensore e del patrono; l'esclusività del patrocinio attribuita all'Istituto per tutte le Amministrazioni ed aziende di Stato, così da assicurare, in un comune pensiero, una costante rigorosa unità d'indirizzo".

Essa trova i suoi antecedenti logici ed ideologici nella concezione illuministica dell'amministrazione pubblica, attenta ad un'ordinata e corretta gestione del settore finanziario nell'interesse degli stessi amministrati.

La riforma consistette, in apparente semplicità, nell'affidamento della rappresentanza e difesa tecnica e delle consultazioni legali ad un corpo di avvocati costituito *ad hoc*.

Questa vocazione spiccatamente legalitaria e giustiziale fu mantenuta dall'Avvocatura dello Stato anche quando si trovò ad esercitare i propri compiti negli anni difficili in cui lo spirito autoritario dei tempi tendeva a privilegiare gli interessi contingenti dello Stato-apparato.

L'Istituto trova, tuttora, la sua disciplina essenziale nel R.D. n. 1611 del 1933, cui la legge n. 103 del 1979 ha apportato modifiche, introducendo importanti garanzie nella gestione dell'Istituto, nonché la disciplina della possibile estensione delle funzioni alle regioni a statuto ordinario.

Sotto il profilo organizzativo, la riforma del 1979 ha opportunamente accentuato l'affrancamento da riflessi burocratici della composita figura dell'avvocato dello Stato, che non è più ordinata in un complesso gerarchico di qualifiche, ma unitariamente concepita in ragione dell'identità della funzione.

Pur avendo i suoi precedenti storici negli avvocati fiscali del diritto romano, riportati in auge nel Settecento dalla tradizione romanistica, l'Avvocatura dello Stato è Istituto relativamente recente: le sue strutture portanti sono direttamente connesse al moto di pensiero che ha portato in Italia a sottrarre la pubblica amministrazione alla giurisdizione e all'avvento dello Stato di diritto.

La soluzione, adottata dal nuovo Stato nazionale, di affidare in via esclusiva a funzionari specializzati (veri e propri avvocati) la difesa in giudizio delle proprie controversie, è una caratteristica propria dell'esperienza italiana, ancorché, di recente, sia stata riproposta in altri ordinamenti giuridici, tra i quali la Spagna, il Marocco, il Brasile e, per certi aspetti, l'Austria (*Finanzprokuratur*), Albania, Grecia.

I tratti comuni delle altre Istituzioni omologhe sono stati ben evidenziati nel corso di un interessantissimo Seminario a porte chiuse svoltosi a Bruxelles nel 2017 con il Servizio Giuridico della Commissione e gli *Abogados de l'estado* spagnoli per un incontro trilaterale e un confronto costruttivo e conoscitivo delle reciproche esperienze anche sotto il profilo eminentemente pratico.

3. *L'Avvocatura dello Stato nell'ordinamento nazionale.*

Nel sistema italiano l'Avvocatura dello Stato svolge le funzioni di assistenza, di consulenza e difesa in via esclusiva e organica delle Amministrazioni statali in tutte le loro articolazioni, degli Organi Costituzionali, delle Autorità amministrative indipendenti e delle Regioni a statuto speciale.

L'Avvocatura dello Stato tutela in sede giudiziaria gli interessi patrimoniali e non patrimoniali dello Stato e di altri enti ammessi al patrocinio, ai quali presta pure la propria consulenza senza limiti di materia.

A differenza dei sistemi adottati in altri Paesi, nell'ordinamento italiano la tutela legale degli interessi, patrimoniali e non patrimoniali dello Stato, è istituzionalmente attribuita a un corpo di giuristi specializzati, chiamato a svolgere la sua attività quando la cura dell'interesse pubblico - sia nelle forme del diritto comune che attraverso l'esercizio di potestà - richieda di promuovere o sostenere una controversia giudiziaria, ovvero comporti l'adozione di una determinazione che implichi l'applicazione di regole giuridiche.

Tale scelta offre innegabili vantaggi che la rendono attuale ancora oggi anche nella visione sovranazionale nell'ottica dell'evoluzione storico-concettuale dei tre principi fondamentali illustrati in precedenza: considerazione unitaria degli interessi dello Stato, che possono trascendere l'esito della singola causa; unità di indirizzo nell'attività defensionale; visione complessiva delle problematiche della funzione amministrativa; costante integrazione tra attività consultiva e contenziosa; e, non ultima per importanza, la notevole riduzione degli oneri di assistenza legale.

L'Avvocatura costituisce, quindi, un osservatorio privilegiato, a tutto campo, delle problematiche - sotto ogni angolazione e sotto ogni sfaccettatura - che interessano la politica dello Stato attraverso una visione completa della giurisprudenza di tutti gli organi giurisdizionali di fronte ai quali questi problemi sono sollevati; in un'ottica di trattazione integrale e interdisciplinare.

4. La rappresentanza e difesa del Governo italiano nel contenzioso internazionale.

Va, innanzitutto, ricordato che la norma cardine di riferimento è l'art. 9 della legge 3 aprile 1979, n. 103, che contiene le modifiche all'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, prevede che *“L'Avvocatura generale dello Stato provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma, nonché nei procedimenti innanzi a collegi internazionali o comunitari”*.

Il predetto articolo costituisce, dunque, la base normativa sulla quale si fonda l'attività giurisdizionale dell'Avvocatura Generale in sede internazionale e innanzi ai Giudici dell'Unione europea.

In particolare, va ricordato, seppure sia ormai risalente nel tempo, il caso *Elsi Elettronica Sicula (Stati Uniti) c. Italia*, deciso con la sentenza 20 luglio 1989 della Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, di rigetto (per 4 voti a 1) dell'istanza, ritenendo che la Repubblica italiana non aveva commesso alcune delle violazioni allegate nella suddetta istanza e respingendo, con la stessa maggioranza, la domanda di risarcimento presentata dagli Stati Uniti contro la Repubblica italiana, con una sola opinione dissenziente.

È stato il primo caso di Collegio difensivo misto (avvocati e professori e avvocati dello stato con una perfetta sinergia e collaborazione che ha reso le difese italiane “imbattibili”) istituito con DPCM ex art. 5 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, *“Approvazione del T.U. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato”*, che espressamente prevede che *“Nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei ministri.*

L'incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del Capo del Governo di concerto col Ministro dal quale dipende l'Amministrazione interessata e col Ministro delle finanze”.

Successivamente alla costituzione del relativo gruppo di avvocati e professori, due Avvocati dello Stato sono stati chiamati a far parte dell'*international legal team* che ha seguito il contenzioso internazionale per la vicenda dei due marò (caso *Enrica Lexie*) azionato nei confronti dell'India innanzi al Tribunale Arbitrale Internazionale con sede a L'Aia e all'ITLOS - Tribunale Internazionale del Diritto del Mare con sede ad Amburgo.

Un'esperienza unica grazie al confronto con le professionalità espresse ad altissimi livelli internazionali dai componenti e che ha determinato una eccezionale sinergia non solo lavorativa, ma anche culturale.

Il risultato principale e fondamentale della sentenza arbitrale, pubblicata

il 21 maggio 2020, relativa alla “*Enrica Lexie*” è senz’altro costituito dalla dichiarazione di carenza di giurisdizione penale dei tribunali indiani, in base alla regola consuetudinaria sulla immunità dalla giurisdizione straniera degli organi dello Stato per atti compiuti nell’esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche. A tal fine, è stato fondamentale l’accertamento da parte del Tribunale internazionale della natura pubblicistica della funzione di NMP (Nuclei Militari di Protezione) svolta dai due fucilieri sulla base del D.L. n. 107/2011, successivamente convertito con Legge n. 130/2011, per operazioni di contrasto alla pirateria nell’Oceano indiano occidentale in esecuzione delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU 1976 (2011) e 2077 (2012). Ciò comporta che solo l’Italia potrà/dovrà esercitare la giurisdizione penale in relazione agli eventi in questione.

Il Tribunale non ha accolto la tesi della esclusività della giurisdizione italiana sull’incidente sulla base degli artt. 56, 58, 97, 100 e 300 UNCLOS invocati dall’Italia. Va, inoltre, rilevato come il Tribunale abbia superato il precedente della controversia, di cui si dirà più avanti, tra Panama e Italia circa la nave *Norstar*, nell’escludere la violazione degli artt. 87 e 92 della Convenzione, anch’essi invocati dall’Italia. Mentre in *Norstar* l’ITLOS ha rilevato una violazione della libertà di navigazione sulla base di tali disposizioni per la semplice adozione del decreto di sequestro che non aveva materialmente in alcun modo interferito sulla navigazione della *Norstar*, il Tribunale, nella questione *Enrica Lexie*, ha elevato la soglia per l’illiceità della condotta, indicando che possono violare la libertà di navigazione esclusivamente “*acts including physical or material interference with navigation of a foreign vessel, the threat or use of force against a foreign vessel, or non-physical forms of interference whose effect is that of instilling fear in, or causing hindrance to, the exercise of the freedom of navigation*” (par. 472).

Il Tribunale ha tenuto conto che l’incidente ha intralciato in modo determinante la navigazione della imbarcazione indiana *St. Antony*, provocando la morte di due cittadini indiani. Sulla base di ciò, il Tribunale ha invitato le Parti a negoziare un accordo risarcitorio, riservandosi il potere di determinare egli stesso il *quantum* nel caso di mancato accordo. Va, inoltre, ricordato che l’Italia aveva già provveduto a effettuare un pagamento *ex gratia* alle famiglie delle vittime nell’aprile 2012, fatto che ha avuto conseguenze sul negoziato tra Italia e India circa il risarcimento da pagare.

Si segnala che l’accertamento del giudice internazionale dell’obbligo di riparazione ha lasciato del tutto impregiudicato l’accertamento sul piano del diritto penale interno che compete, secondo la sentenza, esclusivamente alla magistratura italiana. Infatti, le valutazioni giuridiche internazionali costituiscono meri fatti per il giudice interno.

La vicenda si è, poi, conclusa - com’è noto - anche innanzi alla Corte Suprema indiana che, preso atto dell’avvenuto risarcimento accettato dalle parti,

il 15 giugno 2021, ha disposto l'annullamento di tutte le accuse a carico dei due fucilieri di marina, estinguendo il processo penale a loro carico.

In sede nazionale, il GIP di Roma, Alfonso Sabelli, ha disposto l'archiviazione dell'indagine della Procura di Roma il 31 gennaio 2022.

Un Avvocato dello Stato è stato nominato a dicembre 2015 Agente del Governo dal Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale nella controversia instaurata da Panama in protezione internazionale nei confronti dell'Italia, concernente il sequestro di una motonave avvenuto nel 1998, con conseguente richiesta di risarcimento dei pretesi danni subiti, Caso M/N *Norstar v. Italy*, innanzi all'ITLOS - Tribunale Internazionale del Diritto del Mare con sede ad Amburgo, alla quale si accennava *supra*.

Con la sentenza, pronunciata il 10 aprile 2019, sebbene con un alto numero di opinioni dissenzienti (7), il Tribunale ha ritenuto il sequestro della motonave, una violazione dell'art. 87.1. della UNCLOS "libertà di navigazione", ma non ha accolto gli altri due motivi di ricorso addotti dalla Repubblica di Panama, che agiva in protezione internazionale (violazione degli artt. 87.2 e 300, "rispetto degli interessi degli altri Stati" e "buona fede") per inapplicabilità/irrelevanza nella controversia, condannando la Rep. Italiana al risarcimento del danno che ha stimato in 285.000 USD + interessi del 2,71% annuo a datare dal 25 settembre 1998 (data del sequestro) al 10 aprile 2019 (data della lettura della sentenza), che è solo una minima frazione del *petitum* avanzato (50 milioni di dollari).

I fatti da cui ha avuto origine la controversia riguardavano un provvedimento di sequestro emesso nel 1998 dalla Procura della Repubblica di Savona nei confronti della *Norstar* battente bandiera norvegese, nel quadro di indagini legate a presunti reati fiscali collegati (bunkeraggio). Il sequestro era stato materialmente eseguito nel porto di Palma di Maiorca dalle autorità spagnole dietro richiesta del PM italiano nel quadro della cooperazione giudiziaria e si era protratto fino al 2003, quando il Tribunale di Savona aveva disposto la manleva dell'immobilizzazione della nave, decisione confermata dalla Corte d'Appello di Genova nel 2005.

Va rilevato che la questione aveva una indubbia connessione logica e giuridica con la vicenda dell'*Enrica Lexie* e, quindi, era davvero importante, anche sotto il profilo della strategia processuale da adottare nelle due controversie, l'unitarietà difensiva e la visione di insieme.

La controversia è stata anche un esempio di sinergia istituzionale, sia per la grande qualità professionale del consulente tecnico di parte scelto con il fondamentale apporto del Comandante generale delle Capitanerie di Porto. La consulenza di parte, infatti, è stata determinante per l'esito della controversia, consentendo di limitare il titolo della responsabilità per la Repubblica italiana e, in modo macroscopico, la quantificazione del danno (285.000 dollari USA invece dei 50 milioni di dollari chiesti da parte attrice); fondamentale è stata,

poi, la fattiva collaborazione con l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova per poter recuperare i fascicoli della causa nazionale presso la Procura di Savona.

Molto delicata per i possibili effetti susseguenti sul piano dei rapporti internazionali e della responsabilità dello Stato italiano e che ha sollevato un vivo dibattito nella dottrina, la sentenza depositata il 22 ottobre 2014, n. 238, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 legge 17 agosto 1957, n. 848, recante la "esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite firmato a San Francisco il 26 giugno 1945", e dell'art. 3 della legge n. 14 gennaio 2013, n. 5, "*Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno*", con le quali l'Italia aveva dato esecuzione alla sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte Internazionale di Giustizia - CIG, resa nel giudizio proposto dalla Repubblica Federale di Germania contro Repubblica italiana e conclusosi con la condanna dell'Italia per essere venuta meno ai suoi obblighi di rispettare l'immunità riconosciuta alla Germania dal diritto internazionale. In quel giudizio le funzioni di Co-Agente erano svolte da un Avvocato dello Stato.

Chiaro esempio di interazione e interconnessione fra diritto internazionale e diritto interno.

In particolari situazioni, aventi a oggetto cause risarcitorie azionate con riferimento a stragi compiute sul territorio italiano da militari dell'esercito nazista (1), in cui si è espressa la funzione istituzionale tipica propria, l'Avvocatura ha rappresentato l'insussistenza dei presupposti per un intervento ex art. 105 c.p.c., trattandosi di fattispecie di particolare gravità anche sotto il profilo umanitario, che toccano delicati profili di memoria storica collettiva ancora esistenti e fortemente radicati nella comune percezione e nel comune sentire; esprimendo così un giudizio tecnico coniugato a valutazioni di opportunità al fine di offrire al Governo italiano una complessiva valutazione della questione per orientare nel modo più completo e, perciò, nel modo migliore l'azione e la posizione nel giudizio della Repubblica italiana.

Negli ultimi anni, a far data dal 2014, è sensibilmente aumentato l'impegno dell'Avvocatura dello Stato nell'ambito delle controversie di diritto internazionale, che si è affiancato, quindi, a quello ormai consolidato da tempo, innanzi alla Corte di Giustizia e al Tribunale dell'Unione europea.

L'Avvocatura Generale dello Stato svolge un ruolo da protagonista nell'ambito della trattazione degli arbitrati internazionali azionati da investitori stranieri per la prima volta contro la Repubblica italiana innanzi all'ICSID -

(1) Tribunale di Isernia causa azionata dal Comune di Fornelli; Tribunale di Roma causa azionata dagli eredi delle vittime delle Fosse Ardeatine.

International Center of Settlement of Investment Disputes di Washington e innanzi alla SSC - *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* in tema di fotovoltaico e c.d. “spalma incentivi” e di ECT - *Energy Charter Treaty*.

Sui dettagli si soffermeranno i miei Colleghi nella tavola rotonda a seguire.

In questa sede formulo solo alcune considerazioni di carattere generale.

L’Avvocatura Generale ha dovuto, pertanto, confrontarsi con una diversa e, soprattutto, nuova modalità di svolgimento della procedura, che si caratterizza per la redazione di atti difensivi, di scambio di corrispondenza, anche per posta elettronica, di conference-call, non solo in tempi più ristretti rispetto a quelli previsti dalle norme processuali di diritto interno, ma anche e soprattutto nell’utilizzo della lingua inglese come lingua del processo.

Va segnalato che con nota del 22 marzo scorso è stato comunicato, nel quadro dell’ampliata pubblicità informativa, ormai propria anche del Giudice eurounitario, che il Consiglio amministrativo dell’ICSID ha approvato la modifica del Regolamento con effetto dal 1° luglio 2022 in chiave di miglioramento e di accelerazione, di trasparenza, di riduzione dei costi, prevedendo un termine cogente per la pronuncia di sentenze e di ordinanze, allo scopo di facilitare l’accesso agli investitori stranieri e il ricorso alla mediazione.

Si tratta di controversie che, oltre ad avere un relevantissimo valore economico, sono anche suscettibili di incidere sull’immagine del Paese, quale mercato idoneo a offrire agli investitori stranieri un contesto giuridico ed economico caratterizzato da stabilità. In queste cause ci troviamo a competere con attrezzatissimi studi legali esteri specializzati in questo campo, sulla base di regole procedurali complesse e, all’inizio, per noi inedite. Un compito importante, che siamo fieri di svolgere e nel quale, come ci è stato in più sedi riconosciuto, abbiamo dato buona prova, anche grazie alla capacità di adeguamento alla visione d’insieme.

Ne sono dimostrazione i diversi incontri che, su questo tema, ci hanno richiesto le delegazioni di Stati esteri, che hanno individuato nell’Avvocatura dello Stato un modello per organizzare i loro sistemi di difesa negli analoghi giudizi arbitrali.

Ancora più che in altre situazioni processuali, in questo tipo di controversie, ha assunto rilievo determinante la proficua collaborazione con le Amministrazioni interessate al fine di una puntuale e, quindi, più efficace, difesa e con i consulenti ed esperti del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, quale supporto indispensabile per la migliore trattazione delle controversie stesse; con la preziosa e costante collaborazione del Servizio Giuridico per gli Affari giuridici del Contenzioso diplomatico e dei Trattati del MAECI e degli esperti.

Anche la procedura con la quale si svolgono gli arbitrati è di assoluta novità, basti pensare alla *cross examination*, e si delinea, di volta in volta, se-

condo le indicazioni specifiche del Collegio arbitrale competente a risolvere la singola controversia.

Abbiamo, quindi, organizzato un seminario, il 12 aprile 2016, per prepararci all'udienza dibattimentale, ad oggetto "L'udienza di assunzione della prova negli arbitrati ICSID" (struttura e regole dell'*Oral Process*; la prova testimoniale nell'arbitrato internazionale; la preparazione dei testimoni; *Direct, Cross e Re-Direct Examination* del testimone).

All'interno del nostro Istituto abbiamo costituito un *pool* di Avvocati specializzati per seguire tutte queste controversie che assicurano anche il necessario coordinamento con il diritto dell'Unione europea; come, quando all'esito della decisione della Corte di giustizia sul caso *Achmea*, C-284/16, abbiamo chiesto, nei giudizi ancora pendenti e non decisi innanzi all'ICSID e alla SCC, "*an award declaring immediate termination*".

Segnalo, come espressione degli stretti rapporti fra diritto internazionale e diritto eurounitario e, come effetto anche della globalizzazione e della internazionalizzazione dei rapporti economici e, quindi, in definitiva dello stesso diritto eurounitario, la sentenza *Komstroy* resa il 2 settembre 2021 nella causa C-741/19.

Con dovizia di argomenti in essa si rivendica la competenza della CGUE ad interpretare la Carta dell'energia considerandola essa stessa un atto di diritto dell'Unione siccome sottoscritta anche dalla Commissione Europea.

Si ribadiscono le conclusioni cui era pervenuta la Corte nel precedente *Achmea* del 6 marzo 2018 (all'epoca riguardante l'interpretazione di un BIT causa C-284/16) e l'attribuzione della giurisdizione alla Corte EU sulle controversie intracomunitarie.

In quest'ottica, i Tribunali ICSID o SCC aditi per la tutela dei diritti derivanti dalla Carta dell'energia, non possono essere qualificati come organi giurisdizionali degli Stati membri con la conseguenza che le controversie tra soggetti intracomunitari devono essere deliberate dagli organi giurisdizionali degli Stati membri sulla base dell'applicazione delle regole procedurali vigenti.

Proprio la natura dell'arbitrato previsto dal Trattato dell'energia ed i limiti al riesame del lodo da parte dei Giudici ordinari degli Stati membri, implicano il rischio che controversie in buona misura riferite a materie disciplinate dal diritto comunitario vengano sottratte al sindacato esclusivo della CGUE.

La competenza dell'UE nella stipula degli accordi internazionali non può spingersi fino al punto di negare l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico.

Proprio sul profilo del difetto di giurisdizione dei Collegi arbitrali abbiamo sollecitato e ottenuto - anche grazie al supporto diplomatico del MAECI - l'adesione di altri Stati membri coinvolti negli arbitrati e che hanno condiviso la nostra linea difensiva tesa a sostenere, appunto, il difetto di giurisdizione.

Alla fine della settimana di udienza, svoltasi nella sede della World Bank a Parigi, l'ICSID ha organizzato (Thursday, June, 23, 2016), una "*training*

session” con 150 Paesi membri dell’ICSID; in apertura il Segretario generale dell’ICSID ha evidenziato l’importanza di una difesa istituzionale degli Stati nei confronti degli investitori, perché assicura il valore aggiunto della visione complessiva, della continuità della linea difensiva, l’assenza di conflitti di interessi che alcuni studi hanno, difendendo sia gli Stati sia gli investitori, contribuendo a formare la giurisprudenza arbitrale, caratteristiche proprie dell’Avvocatura dello Stato.

Desidero sottolineare che, d’altronde, l’Avvocatura dello Stato si è da tempo aperta agli scambi professionali con altre Istituzioni anche omologhe, come testimoniano, oltre ai Convegni internazionali ai quali partecipa l’Avvocato Generale dello Stato, accompagnato da una Delegazione di Avvocati dello Stato, l’incontro, avvenuto nel maggio 2014, con la delegazione degli Avvocati dello Stato del Kuwait e nel luglio 2014 con la delegazione dello Yemen del Nord; l’incontro, avvenuto nel settembre 2013, con la delegazione della Tunisia e l’incontro, avvenuto nel luglio 2013, con la delegazione del Tagikistan.

Tutti i predetti incontri erano stati patrocinati dall’IDLO - *International Development Law Organization*, e hanno consentito di realizzare un proficuo scambio di vedute e di informazioni sui rispettivi sistemi di difesa dello Stato.

Di recente è stata in visita all’Avvocatura Generale una delegazione di avvocati sudcoreani, particolarmente interessati non solo a uno scambio di esperienze professionali, ma anche a conoscere i dettagli degli arbitrati internazionali di investimento seguiti dall’Avvocatura dello Stato.

Il 24 novembre 2021 è stato presentato all’Avvocatura Generale il primo testo “*Introduzione al diritto giapponese*” in materia, opera collettanea che affronta in modo chiaro i profili storici, giuridici e comparatistici.

Il ruolo dell’Avvocatura dello Stato e dell’Avvocato dello Stato si va, quindi, ormai da tempo e sempre più ampliando nella prospettiva del diritto internazionale e del diritto dell’Unione europea; va ricordato, infatti, che, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 7 dicembre 2018, l’Avvocatura dello Stato è stata autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa della prestigiosa Banca Centrale Europea nei giudizi attivi e passivi innanzi le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali e le Giurisdizioni amministrative e speciali sul territorio nazionale.

Il ruolo dell’Avvocatura dello Stato e dell’Avvocato dello Stato si va sempre più ampliando anche sotto il profilo professionale della prestazione resa, che impone una preparazione più mirata alle nuove prospettive e che, quindi, non si soffermi alla sola visione di diritto interno.

L’ampliamento porta con sé la necessità di ripensare ai meccanismi dei rapporti con le Amministrazioni in una chiave di lettura interdisciplinare e con una sempre crescente attenzione all’ottica dell’impatto sociale con la quale esaminare e valutare la questione giuridica.

E ciò anche al fine di consentire di far confluire in un unico atto sia il profilo più squisitamente giuridico espresso dall'Avvocatura dello Stato, sia quello più essenzialmente politico.

D'altronde, questa necessità di ridurre a unità ha come effetto quello di comporre in un quadro di riferimento condiviso le diverse sfaccettature delle singole questioni e le loro diverse angolazioni e i loro diversi profili in una complessiva visione di insieme, diretta alla migliore rappresentazione dell'interesse pubblico.

Il valore aggiunto che ci dà questa proiezione internazionale credo sia anche quello - come ho già detto nel mio discorso di insediamento il 22 novembre 2019 - di avere l'occasione di formare, sin dal loro ingresso nell'Istituto, un corpo di giuristi versati nel diritto dell'Unione europea e nel settore della tutela internazionale dei diritti fondamentali, che contribuisce alla diffusione della conoscenza di tali materie a livello nazionale, attraverso la propria attività quotidiana nelle aule di giustizia e nelle altre sedi istituzionali dove Avvocati e Procuratori dello Stato prestano la loro opera.

Va ricordato che la Corte Penale Internazionale (CPI) sta indagando sui crimini commessi durante la guerra in Ucraina; il suo Procuratore Generale, il britannico Karim Khan, si è recato a Kiev per coordinare il lavoro di raccolta delle testimonianze e degli elementi di prova. «Se gli attacchi sono diretti intenzionalmente contro la popolazione civile, o contro strutture civili compresi gli ospedali - ha detto Khan - questi sono crimini che la CPI può indagare e perseguire». L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha verificato che nelle prime tre settimane di invasione in Ucraina ci sono stati 43 attacchi contro strutture sanitarie. I crimini di guerra (come quelli più ampi dei crimini contro l'umanità: sterminio, torture, stupri, deportazioni) sono definiti in base alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e, più di recente, allo Statuto di Roma, che nel 1998 ha istituito la Corte Penale Internazionale.

In data 2 marzo 2022, prima 39 Paesi, poi divenuti 41, con l'adesione della Svezia e della Bulgaria, hanno presentato un *Referral* in base all'art. 14 dello Statuto di Roma affinché il Procuratore indaghi sui crimini di guerra e contro l'umanità e genocidio compiuti nel territorio dell'Ucraina.

Proprio oggi 31 marzo 2022 si insedia la Commissione istituita dal Ministro della Giustizia e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, emerito di diritto penale presso l'Università di Firenze e dal Prof. Fausto Pocar, per 17 anni Presidente della Corte per i reati commessi nell'ex Jugoslavia, emerito di diritto internazionale presso l'Università di Milano, per redigere - come previsto dallo Statuto di Roma e dopo ben 24 anni - il codice sui crimini di guerra internazionali.

5. La difesa del Governo italiano innanzi alla CEDU.

Frequente è stata, poi, la partecipazione dell'Avvocatura Generale dello

Stato a fianco dell'Agente del Governo innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - CEDU a sostegno delle tesi difensive svolte nell'interesse dello Stato italiano, come nel giudizio innanzi alla Grand Chambre della CEDU, in tema di maternità surrogata, conclusosi con la sentenza del 25 gennaio 2017, che ha affermato che il Governo italiano non ha violato alcuna norma della Convenzione EDU nel caso posto all'esame della Corte (caso *Paradiso - Campanelli*); e nel caso del crocifisso esposto nelle aule scolastiche, risolto dalla CEDU, Grande Camera, con la sentenza 18 marzo 2011, con la quale è stato statuito che non contrasta con il diritto dei genitori all'istruzione dei figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche l'obbligo di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, in quanto, a dispetto della sua connotazione religiosa, il crocifisso rappresenta un "simbolo passivo", inidoneo di per sé a configurare una forma di "indottrinamento" degli allievi.

Si possono delineare due fasi temporali distinte: in una prima fase, la difesa dell'Avvocatura dello Stato è stata facoltativa, circoscritta solo a grandi questioni di rilievo; in una seconda, il ruolo di difesa del Governo italiano è stato istituzionalizzato, anche per effetto degli ottimi risultati conseguiti innanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale Ue.

Tanto che l'art. 15, rubricato "*Disposizioni in materia di giustizia*", del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, contenente le "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*", convertito con modificazioni con la legge 1 dicembre 2018, n. 132, ha previsto che "*le funzioni di agente del Governo a difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono svolte dall'Avvocato generale dello Stato, che può delegare un avvocato dello Stato*".

La norma è modellata sul meccanismo della difesa in giudizio del Presidente del Consiglio dei Ministri innanzi alla Corte Costituzionale, come espressione della sintesi della valutazione politica del Governo e della difesa tecnica da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Alla base l'esigenza di sistematizzazione nel patrocinio dello Stato italiano dinanzi alle Corti sovranazionali e l'integrazione dell'attività difensiva ivi svolta con l'esercizio defensionale ordinario al cospetto delle giurisdizioni interne, in specie superiori, sulle stesse materie, e l'opportunità di una simmetria con le modalità della difesa innanzi al Giudice eurounitario ancora una volta in chiave di unitarietà e visione di insieme che solo l'Avvocatura dello Stato può assicurare.

Il Regolamento della CEDU, all'art. 35, prevede che gli Stati membri della Convenzione siano rappresentati da agenti, che possono farsi assistere da avvocati o consulenti.

I compiti che l'Agente è chiamato ad assolvere sono, innanzitutto, connessi alla rappresentanza e difesa del Governo italiano davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle questioni in cui è chiamato in giudizio lo Stato italiano. Talvolta, l'interesse indiretto dello Stato italiano può richiedere la predisposizione di interventi da svolgersi in procedimenti rivolti contro Stati diversi dall'Italia, quando - per le questioni trattate - possano derivarne riflessi significativi sul diritto italiano, nonché quando si presentino problematiche importanti nelle relazioni interstatali. Va rilevato che lo schema concettuale non differisce nella sostanza da quello seguito per le cause innanzi alla CGUE.

Rientra nell'esercizio di queste funzioni anche l'individuazione dei casi in cui, alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte, pare opportuno o finanche necessitato (in ipotesi in cui, fermi i precedenti sfavorevoli, sussista un rischio elevatissimo di condanna) pervenire a una soluzione amichevole o unilaterale del caso.

La citata norma del 2018 giunge a individuare - ancora una volta - nell'Avvocatura dello Stato il punto centrale e di riferimento, la figura e, soprattutto, l'apparato amministrativo preposto a questa delicata attività di difesa. In questo modo, la gestione del contenzioso italiano davanti alla Corte di Strasburgo trova supporto all'interno della più qualificata e organizzata istituzione pubblica di assistenza legale.

Con il prospettarsi di margini per un confronto sempre più anticipato con il diritto convenzionale, si rafforza sempre di più l'esigenza di consentire all'Amministrazione statale coinvolta di avvalersi in maniera ancora più intensa, anche immediata e/o preventiva, dell'apporto consultivo dell'Avvocatura dello Stato per quanto attiene al profilo di prevenzione e del loro patrocinio per la gestione del contenzioso e, dunque, della condotta difensiva in giudizio.

In questi termini il ruolo di Agente del Governo assegnato all'Avvocato Generale dello Stato si raccorda, peraltro, all'attività consultiva già svolta in tema di regolamentazione amichevole dinanzi alla Corte: la decisione, al riguardo, è di competenza della Presidenza del Consiglio dei ministri, sentite le Amministrazioni coinvolte e, una volta determinatasi per una proposta di regolamento amichevole, di norma, richiede preventivamente un parere all'Avvocatura Generale dello Stato (la facoltà di richiedere detto parere è prevista dall'art. 1, comma 5, DPCM 1 febbraio 2007).

Da ultimo, l'art. 1, comma 172, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 ha previsto che, al fine di supportare l'Agente del Governo a difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, possono essere nominati esperti, nel numero massimo di otto, individuati tra magistrati ordinari, amministrativi e contabili, professori universitari, ricercatori a tempo determinato, assegnisti di ricerca, dottori di ricerca e dirigenti dell'amministrazione dello Stato. L'attività dell'Agente del Governo può giovare, pertanto, delle esperienze professionali di queste figure istituzionali che ricoprono ruoli di ri-

lievo e di prestigio in un'ottica interdisciplinare a tutto vantaggio della tutela dell'interesse pubblico nazionale innanzi alla CEDU.

Una norma da me fortemente voluta e sostenuta proprio per questo.

Come ha dato prova la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo - e come già suggeriva la tradizione costituzionale interna - sarebbe oggi fuorviante pretendere di rappresentare l'insieme dei principi fondamentali come un catalogo tassativo, capace di cristallizzare un numero determinato di fattispecie giuridiche. Si tratta, piuttosto, di un elenco aperto, dove la precisa collocazione del diritto è spesso affidata alla responsabilità dell'interprete. Nondimeno, il fenomeno di necessitata interazione tra i diversi diritti, vecchi e nuovi, entro una società pluralistica, impone un loro contemperamento e, dunque, una loro reciproca limitazione, spesso anche in seno ad un corretto esercizio del potere pubblico.

Da questa circostanza nasce la necessità di qualificare alcuni diritti come fondamentali, cioè, di collocare alcune situazioni in una posizione più alta nella gerarchia dei valori riconosciuti e tutelati dall'ordinamento, e tra questi alcuni come diritti inviolabili. Anche nella cornice della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lo sforzo di inventariare un catalogo di diritti assurti al sommo rango potrebbe essere messo in crisi dal difetto di corrispondenza tra la nozione di diritti umani e quella, ormai storicizzata, di diritti costituzionali meritevoli di tutela in quanto fondamentali, ovvero, addirittura, in quanto inviolabili.

Come è noto, tra le più significative novità introdotte per mezzo del Protocollo n. 15, la cui entrata in vigore è subordinata alla ratifica della totalità dei membri del Consiglio d'Europa, vi è senz'altro quella di inserire nel preambolo della Convenzione il richiamo al principio di sussidiarietà quale regola di precedenza e alla teoria del margine di apprezzamento, progressivamente emersa nella giurisprudenza di Strasburgo, come parametro limite dell'intervento e, dunque, di salvaguardia delle specificità di cui solo i Parlamenti nazionali possono essere promotori. Entrambi costituiscono espressione del più generale principio di prossimità che governa funzionalmente i sistemi multi-livello. Incamerarli dentro la Convenzione ha lo scopo di garantire una più puntuale definizione dello spazio giudiziale riconosciuto alla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ai margini di *enforcement* dei diritti, che tuttora sono riservati alle giurisdizioni interne dei Paesi membri. L'operatività del criterio del "margine di apprezzamento" ricorre nella giurisprudenza relativa a talune importanti disposizioni della Convenzione, quali quelle relative ai diritti di libertà e di sicurezza personale (art. 5), al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), di espressione (art. 10), di riunione e di associazione (art. 11), al principio di non discriminazione (art. 14), al diritto di proprietà (art. 1, prot. 1). Peraltro, oltre che, nel lavoro degli organi giurisdizionali interni, anche la Pubblica Am-

ministrazione è chiamata, in prima battuta, a operare il bilanciamento tra i vari diritti attraverso la costante ricerca e la difesa dell'interesse pubblico quale crocevia e sintesi dei diversi interessi particolari.

Di tale insopprimibile esigenza di contemperamento dei diritti umani non può non tenersi in debito conto, in specie nelle materie - come quella tratteggiata dall'art. 1, prot. 1 - in cui la ricerca di un «giusto equilibrio» è predicata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione del testo convenzionale. In questo ambito, il funzionamento di tale complesso meccanismo può beneficiare del contributo dell'Avvocatura dello Stato, quale esclusivo organo consultivo delle Amministrazioni statali chiamate al difficile compito di bilanciamento dei diritti e degli interessi, loro organo difensivo nel contenzioso nazionale e, infine, organo difensivo sovranazionale dinanzi alla Corte di Strasburgo. Il circolo virtuoso che ne può derivare vede, da un lato, l'Avvocatura dello Stato difendere e illustrare dinanzi alla Corte di Strasburgo le ragioni delle scelte e del funzionamento dell'ordinamento nazionale; dall'altro, intervenire presso gli organi nazionali al fine di proporre correttivi utili a scongiurare il prodursi di criticità anche sistematiche nella tutela dei diritti umani, tali oltre tutto da esporre lo Stato a un numero imprecisato di ricorsi e soccombenze.

Nel contenzioso nazionale la presenza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato può rappresentare un mezzo per sensibilizzare il giudice domestico a una interpretazione convenzionalmente orientata, onde scongiurare, come detto, il formarsi di contenziosi (anche) seriali a Strasburgo. L'ambito giurisdizionale costituisce, dunque, la dimensione privilegiata della tutela dei diritti umani, nella variegatura dei casi di specie offerti da una realtà sociale complessa e in continua evoluzione. Di qui il primato della regola concreta, da ricostruirsi sempre più nel dialogo tra i diversi livelli dell'esperienza giudiziale. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si caratterizza per una dimensione casistica, che ordinariamente si affida ad un sistema di precedenti, sui quali vanno stratificandosi i principi utilizzati e applicati dalla Corte al caso concreto.

Il sistema multilivello, benché imperniato sul primato della tutela come criterio di sintesi nella compresenza di fonti e giudici nazionali e sovranazionali, sembra insuscettibile di essere ricondotto ad una unità secondo il senso tradizionale. In un ordinamento così disarticolato e frammentato, dove pure si voglia garantire il primario valore della certezza del diritto, una funzione decisiva è svolta dal dialogo tra le Corti coinvolte secondo la rispettiva competenza. Esso va inteso come momento di confronto e di reciproco arricchimento, che matura anche al di fuori delle occasioni di scambio assicurate dalle regole procedurali. Il sorgere di una rete di soluzioni appare imprescindibile affinché la soluzione individuata come ottimale tenga conto anche dei profili sovranazionali ed internazionali, cosicché la tutela si riveli il più possibile uni-

forme e integrata. In questo senso, non si può ignorare il monito di chi riconduce concettualmente il c.d. dialogo tra le Corti a una visione d'insieme del sistema, che non trascuri la prospettiva della effettiva tutela dei diritti fondamentali, ma nemmeno si arresti al dogma della sua massimizzazione, salvaguardando il valore guida della certezza del diritto.

Per agevolare i giudici nell'esercizio di questo importante ruolo collaborativo, sembra fondamentale l'apporto di un interlocutore comune nelle diverse sedi contenziose, quale l'Avvocatura dello Stato, punto di raccordo già in base ai propri compiti istituzionali più risalenti e, *a fortiori*, da quando ha anche il patrocinio assolto nella difesa dello Stato italiano davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea e davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Per il suo tramite, il dialogo tra le Corti, la cui importanza è ormai costantemente sottolineata anche dalla nostra Corte costituzionale, può essere reso più efficace e può essere favorito lo sviluppo di una cultura giuridica comune ai diversi ordinamenti e livelli, che tenga conto delle insopprimibili differenze che giustificano un trattamento differenziato, ma amplifichi gli aspetti di identità o similitudine. L'attività difensiva compiuta ai diversi piani della giurisdizione assicura continuità e formalità nella trasmissione del materiale giurisprudenziale e, ancor più, delle sensibilità sottese alle posizioni assunte dal legislatore ovvero dall'Amministrazione competente. La base della partecipazione a questo dialogo asimmetrico, in cui l'Avvocatura dello Stato finisce per essere il minimo comune denominatore, sembra garantita - ancora - da una interpretazione in chiave ampia e sostanziale del principio di sussidiarietà. Se, come detto, la dinamica prevalente corre verso un pragmatismo giurisdizionale, la funzione che deve essere riconosciuta all'Avvocatura dello Stato non può che essere quella di "cinghia di trasmissione" nel circuito dei comuni principi e beni giuridici meritevoli di tutela, temperando - nella mediazione dell'interesse pubblico - le esigenze di garanzia dell'individuo con l'irrinunciabile esigenza di coerenza interna al sistema tecnico, sulle cui forme giuridiche poggia l'affidamento dei cittadini nelle regole.

Sembra voler rafforzare questo modello di dialogo, piuttosto che scardinarlo, la novità assoluta introdotta dallo strumento processuale congegnato nel Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione europea: il rinvio pregiudiziale facoltativo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, avente per oggetto la richiesta - da parte delle «più alte giurisdizioni» individuate in concreto da ciascuno Stato - di un parere consultivo (cioè formalmente privo di un valore vincolante) riguardante questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della normativa della Convenzione. La riforma mira proprio a rafforzare il ruolo attivo delle giurisdizioni nazionali, attraverso un meccanismo che coinvolge in via preventiva e immediata l'organo giurisdizionale della Convenzione, ma tradisce, altresì, tutto sommato una funzione di autoconservazione del sistema convenzionale nella misura in cui si assicuri

lo scopo ultimo di garantire una maggiore sostenibilità del meccanismo giurisdizionale.

Le brevi riflessioni che sono state sin qui operate hanno permesso di tratteggiare, cogliendone, nonostante la necessaria sinteticità, gli elementi caratterizzanti, l'articolato funzionamento della difesa del Governo italiano di fronte la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Di certo, entrambe le Corti hanno assunto una sempre maggiore importanza all'interno del nostro ordinamento, soprattutto perché partecipano sia direttamente che in via mediata, alla regolazione di ampi settori della vita dei cittadini, ivi inclusi i diritti fondamentali. Inoltre, il sistema UE e quello CEDU, benché separati ed autonomi, mostrano sempre maggiori spazi di interdipendenza e interconnessione: basti pensare alla circostanza che sempre più spesso le questioni pregiudiziali sottoposte alla CGUE dai Giudici nazionali degli Stati membri individuano come parametri di riferimento norme della Convenzione EDU e che la CGUE non si sottrae al compito di considerarli utili e di valutarli ai fini della pronuncia adottata. Tali spazi di interconnessione suggeriscono, quindi, anche un necessario rilancio della discussione sulle possibili modalità di "compartecipazione" fra i due sistemi. Non si intende approfondire qui una questione estremamente complessa come quella dell'adesione dell'UE alla CEDU, ma si vuole soprattutto sottolineare che permane - e forse si rafforza anche - una costante necessità di rafforzare il dialogo fra le Corti, compreso quello fra CGUE e CEDU. D'altronde, ben prima della previsione dell'adesione, i costanti richiami incrociati fra le due Corti hanno permesso di avviare il meritorio tentativo di uniformare la tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Da un punto di vista strettamente interno, l'aver concentrato le difese del Governo italiano presso l'Avvocatura dello Stato e previsto forme di coordinamento a "geometria variabile" ha fatto sì che nascesse un nuovo approccio al contenzioso europeo e internazionale, che ha condotto a esiti pienamente positivi e che inducono a ritenere sussistente la necessità di rafforzare i vari elementi di tale "modello" che potrebbe diventare ancora di più un'esperienza di riferimento anche all'estero.

In tale contesto, non può rinunciarsi alla continua necessità di adeguamento ai cambiamenti, a volte veri e propri stravolgimenti, che le odierne sfide globali impongono agli Stati, sia internamente che nel panorama delle relazioni internazionali. Non a caso, il paradigma classico del processo è in forte evoluzione e si discosta sensibilmente da alcuni capisaldi che vengono, invece, man mano erosi. Si pensi, ad esempio, all'informatizzazione dei processi di lavoro, allo sviluppo del processo telematico, oppure alla possibilità che, oltre alla dematerializzazione, la presenza fisica possa essere sostituita da partecipazioni informatiche da remoto: elementi già ben utilizzati dalla CGUE, dal

2012, anno in cui è stato dato avvio all'utilizzo del sistema informatico *e-Curia*.

6. Il contenzioso innanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale dell'Unione europea.

Va ricordato che l'art. 42, comma 3, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 prevede che *“Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei e il Ministro degli affari esteri nominano, quale agente del Governo italiano previsto dall'articolo 19 (2) dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, un avvocato dello Stato, sentito l'Avvocato generale dello Stato”*.

Le difese del Governo della Repubblica italiana innanzi alla Corte di Giustizia, al Tribunale dell'Unione europea e, più di rado, innanzi al Tribunale della funzione pubblica, sono state sempre svolte dall'Avvocatura dello Stato.

L'art. 42 citato ha, dunque, codificato una prassi che si era affermata negli ultimi anni con la nomina di un Avvocato dello Stato quale Capo del Contenzioso Diplomatico e Agente del Governo e, poi, dopo la riforma del Ministero degli Affari Esteri del 2007, come Agente del Governo, il cui ufficio di supporto è posto all'interno del Servizio per gli Affari giuridici del Contenzioso diplomatico e dei Trattati del Ministero degli Affari Esteri, attualmente Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale.

L'Agente del Governo (va precisato che, a differenza di quanto accade per la CEDU, non sono previsti né Co-Agenti, né la possibilità di delega) ha la rappresentanza processuale della Repubblica italiana davanti al plesso giudiziario dell'Unione europea e, pertanto, assicura il coordinamento delle difese istituzionalmente svolte dall'Avvocatura Generale dello Stato e l'unitarietà della difesa anche con riferimento al riparto di competenze fra Stato Regioni e Enti locali.

Costante e intenso, quindi, il nostro impegno quotidiano nell'attuale sistema giuridico multilivello: l'ampiezza e l'importanza delle materie di competenza dell'Unione europea, sempre maggiori soprattutto dopo il Trattato di Lisbona, il progressivo aumento dello spettro dei diritti riconosciuti dalla Corte EDU e la complessità delle questioni oggetto degli arbitrati internazionali hanno richiesto una forte specializzazione e una visione dell'attività dell'Istituto che vada oltre le sue tradizionali caratteristiche. Ma ciò costituisce anche il nostro punto di forza.

Il patrocinio dinnanzi alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali consente all'Avvocatura dello Stato di essere testimone privilegiato di quel dialogo

(2) Tutti gli Stati membri e le Istituzioni sono rappresentati davanti alla Corte di Giustizia da un agente nominato per ciascuna causa; l'agente può essere assistito da un consulente o da un avvocato abilitato al patrocinio dinnanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro.

tra le Alte Corti che costituisce strumento fondamentale affinché l'integrazione tra l'ordinamento interno e quelli sovranazionali avvenga senza pregiudizio per le nostre tradizioni costituzionali e per i principi supremi che ne sono alla base.

È un dialogo al quale anche l'Avvocatura dello Stato contribuisce nell'ottica di assicurare l'interesse pubblico generale e non solo quello della parte coinvolta nel giudizio. Basti ricordare, per limitarsi ai procedimenti già conclusi, il caso c.d. *Taricco-bis*, nel quale l'Avvocatura dello Stato ha difeso le ragioni del Governo dinnanzi alla Corte costituzionale e, poi, della Repubblica italiana dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In nessun luogo al di fuori dell'Avvocatura dello Stato è possibile avere quella visione d'insieme delle questioni giuridiche che caratterizzano un determinato momento storico: la presenza costante davanti al giudice ordinario, contabile e amministrativo, davanti alla Corte costituzionale e alle Corti sovranazionali, consente all'Avvocatura dello Stato di affrontare le tematiche su cui i Giudici sono chiamati a pronunciarsi in ogni sua sfaccettatura, garantendo l'indispensabile coerenza delle posizioni sostenute e la comprensione delle ricadute di quelle posizioni in ogni ambito.

Ciò fa dell'Avvocatura anche un'essenziale palestra di formazione di giovani leve di giuristi, in grado di affrontare con profitto tutti i settori della professione forense e di ben meritare in ogni sede.

Negli ultimi anni si è radicata un'ulteriore competenza per l'Agente fondamentale per una rappresentazione ancora una volta unitaria dell'interesse del Governo italiano.

Assolve, infatti, d'intesa con il Dipartimento per le politiche europee, anche il compito di indire le riunioni di coordinamento con le Amministrazioni centrali e locali di volta in volta interessate e presiede le riunioni finalizzate alla proposizione degli interventi e dei ricorsi innanzi alla Corte di giustizia ex art. 42, comma 2, della legge n. 234/2012 citata, alle quali partecipano in veste di relatori gli Avvocati dello Stato assegnatari delle singole cause e le Amministrazioni interessate per competenza e materia.

Le riunioni si susseguono ininterrotte dall'agosto 2015 e sono diventate un importante ausilio per elaborare sia una visione unitaria sulla valutazione di opportunità di presentare osservazioni o spiegare intervento in giudizio (diritto) a sostegno di una delle parti in causa, sia nella fase contenziosa dei ricorsi diretti.

L'Agente del Governo svolge un ruolo molto importante perché realizza un momento di sintesi, da un lato, tra le diverse posizioni e valutazioni espresse dalle singole Amministrazioni competenti e interessate e, dall'altro, con il profilo politico strettamente inteso.

Una modalità operativa concreta che non si inquadra in una organizzazione burocratica, ma assume caratteristiche di duttilità per adattarsi e risolvere

single situazioni; nell'ambito di un regime di competenze non rigidamente delineate, ma concretamente operative e finalizzate alla migliore espressione dell'interesse pubblico, della collettività.

Il riconoscimento del ruolo dell'Agente, espressamente codificato nell'art. 42 della legge n. 234/2012, in particolare al comma 1, citato, nell'ottica del sempre maggiore coinvolgimento anche nelle procedure precontenziose EU Pilot e nelle procedure di infrazione, affiancando all'Agente l'Avvocato assegnatario del fascicolo in Avvocatura (come nel caso della *Xylella fastidiosa*).

Dal 16 aprile 2012, dopo il primo periodo di sperimentazione effettuata nel mese di ottobre 2011, è diventato operativo anche per l'Italia il processo telematico con il sistema *e-Curia*. L'introduzione del processo telematico ha rivoluzionato il modo di lavorare come tradizionalmente inteso, semplificando non solo le procedure di trasmissione delle comunicazioni della Cancelleria, di cui l'Ufficio dell'Agente costituisce il "*back office*", ma anche delle procedure di trasmissione degli atti difensivi, rendendo l'Ufficio dell'Agente totalmente "*paperless*", attuando, quindi, la totale dematerializzazione e realizzando pure un risparmio di spesa, stimato intorno ai 250.000/300.000 euro annui.

Va sottolineato che il nuovo sistema telematico della Corte costituzionale da poco entrato in funzione è ispirato a questo modello e non a caso si chiama *e-Cost*, pur essendo espressamente assimilato al processo amministrativo telematico, le cui regole si applicano in assenza di regole specifiche proprie e con un rinvio generale esterno.

La partecipazione alle riunioni periodiche con gli Agenti di Governo degli altri Stati membri della UE, con i quali l'Agente e il suo ufficio condividono una rete di rapporti istituzionali, attraverso lo scambio di e-mail sulle questioni più rilevanti consente di coordinare le azioni dei Governi nazionali nelle cause d'interesse comune e di suggerire opportuni correttivi alle norme procedurali vigenti.

L'Agente del Governo italiano svolge le proprie funzioni innanzi al Tribunale dell'Unione europea, la cui istituzione è stata decisa nel 1988 dal Consiglio delle Comunità europee, su richiesta della Corte di giustizia. Esso è entrato in funzione il 31 ottobre 1989. Fino a tale data, l'unico processo comunitario esistente era quello di fronte la Corte di giustizia.

Le principali ragioni che hanno portato all'istituzione del Tribunale dell'UE sono, da un lato, la necessità di alleviare l'onere di lavoro della Corte di giustizia e, dall'altro, l'intenzione di garantire una migliore tutela giurisdizionale all'interno del sistema comunitario, prevedendo un doppio grado di giudizio per talune controversie innestato dal basso.

Come avvenuto per i Tribunali Amministrativi Regionali italiani, come ricordato l'anno scorso in occasione del 50° anniversario della loro istituzione con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Il Tribunale, oltre alle competenze relative ai ricorsi per annullamento indicate nel paragrafo precedente, ha giurisdizione su: (a) i ricorsi diretti a ottenere il risarcimento per responsabilità extracontrattuale dei danni causati dalle istituzioni comunitarie o dai loro dipendenti; (b) i ricorsi fondati su contratti stipulati dalle Comunità, che prevedono espressamente la competenza del Tribunale; (c) i ricorsi in materia di marchio comunitario; (d) le impugnazioni proposte contro le sentenze di primo grado dei tribunali specializzati (ad oggi l'unico esistente è il Tribunale della Funzione Pubblica), in questo caso opera quale giudice di secondo grado.

Il par. 3, dell'art. 256 TFUE dispone: «il Tribunale è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali sottoposte ai sensi dell'art. 267, in materie specifiche determinate dallo Statuto». Le competenze del Tribunale sono andate ampliandosi nel corso degli anni.

Sin dall'istituzione era previsto che il rito del Tribunale non dovesse discostarsi molto da quello della Corte. Nel preambolo della decisione istitutiva del nuovo organo si legge: «è auspicabile che le norme da applicare al procedimento dinanzi al Tribunale non divergano più del necessario dalle norme che disciplinano il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia». In effetti, nella procedura del Tribunale dell'Ue, risultano essere vigenti le stesse norme generali valide per la Corte: fase scritta, fase orale, istruttoria, deliberazione delle sentenze/ordinanze, intervento dei terzi e via dicendo. Si è voluto, dunque, creare e mantenere un quadro di unitarietà del diritto processuale dell'Unione europea. I due riti sono disciplinati dalle medesime norme statutarie, originariamente previste per la sola Corte e poi estese al Tribunale. I regolamenti dei due organi spesso prevedono delle disposizioni del tutto identiche o con lievi differenze legate alla natura dell'organo.

I giudizi pregiudiziali rappresentano la competenza più importante della Corte di Giustizia in materia non contenziosa ed incidentale e per questo costituiscono l'attività più rilevante anche in termini numerici per l'Ufficio dell'Agente.

Attraverso tale procedura, menzionata dall'art. 19, par. 3, lett. b, TUE e disciplinata dall'art. 267 TFUE, il giudice nazionale, qualora ravvisi la necessaria antecedenza logico-giuridica della "soluzione europea" rispetto alla controversia nazionale, ha la facoltà o l'obbligo (laddove sia un giudice di ultima istanza, salvo quando l'interpretazione della norma comunitaria sia chiara e non presenti alcun ragionevole dubbio) di deferire alla Corte di Giustizia le questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione europea e - più di rado - l'accertamento della validità di un atto delle istituzioni europee. Dunque, il rinvio pregiudiziale può essere effettuato esclusivamente da un organo giurisdizionale (d'ufficio o su istanza delle parti) su questioni che scaturiscano da controversie reali e non fittizie. Le parti del procedimento nazionale non possono adire direttamente la Corte di Lussemburgo, ma prendono parte (anche attiva) al processo.

La pendenza del procedimento pregiudiziale comporta la sospensione del processo nazionale, di cui costituisce una parentesi e, quindi, un incidente.

L'art. 267 TFUE costituisce un ricorso di primaria importanza per il cittadino ed un mezzo fondamentale di creazione del diritto, perciò, il cancelliere della Corte provvede a notificare tutte le decisioni dei giudici nazionali nella versione originale o tradotta (salva la possibilità di comunicare un semplice sunto) alle parti in causa, agli Stati membri e ad altre istituzioni europee (in ogni caso alla Commissione europea). La notifica del cancelliere ha l'effetto di informare della pendenza del procedimento e, solo per le parti del processo nazionale, dell'apertura della fase incidentale.

Il Parlamento Europeo, già nel documento di lavoro sulla diciassettesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario del 22 gennaio 2001, aveva affermato che: "La differenza nel numero di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte da ciascuno Stato membro induce a riflettere sul fatto che in alcuni Stati i giudici e gli avvocati non sono sufficientemente edotti in materia di diritto comunitario. Secondo un'altra teoria il diritto degli Stati membri di cui fanno parte le giurisdizioni nazionali che non rivolgono domande di pronuncia pregiudiziale è assai vicino al diritto comunitario, per cui le direttive vengono facilmente recepite. Siffatta spiegazione è forse corretta, ma va sottolineato che solo gli Stati membri che hanno un'alta percentuale di trasposizione possono utilizzare tale argomento. Il contrario sarebbe assai contraddittorio".

L'Italia si pone molto al di sopra della media degli altri Stati membri, segno che i Giudici italiani guardano con attenzione al diritto dell'Unione e prima di applicarlo, nei casi di dubbi interpretativi, preferiscono rivolgersi alla Corte di giustizia.

Un punto va esaminato con attenzione e riguarda il significato da attribuire alla presenza di uno Stato membro nelle procedure pregiudiziali di interpretazione.

Va ricordato che, entro due mesi dalla notifica del rinvio pregiudiziale, a cui vanno aggiunti 10 giorni (termine processuale per la distanza ex art. 51 del Regolamento di procedura della CGUE), l'Agente del Governo provvede a consultare le Amministrazioni dello Stato che hanno competenza nelle materie sollevate davanti alla Corte e, di concerto con l'Avvocatura Generale dello Stato, all'esito delle riunioni di coordinamento indette ex art. 42, comma 1, citato, decide se depositare osservazioni scritte; se optare per un probabile intervento orale, con il rischio, però, di vedere preclusa una reale partecipazione alla fase orale, qualora la Corte decidesse di ometterla (ex art. 44-bis del Regolamento di procedura); ovvero se non intervenire, perché, ad esempio, la questione non ha alcuna rilevanza nel diritto interno o non è segnalata la pendenza di un contenzioso nazionale analogo, sul quale la pronuncia della Corte possa avere influenza.

Gli Stati membri spesso intervengono in procedimenti che non li riguardano direttamente, per l'estrema importanza che le sentenze della Corte ex art. 267 TFUE assumono sia sull'evoluzione del diritto dell'Unione europea, sia sul modo di interpretare il diritto dell'Unione europea cui ogni Stato membro è interessato; sia, soprattutto, sulle questioni di maggiore interesse politico.

Una regola non scritta di “*fair play*” istituzionale impone di non presentare osservazioni al solo scopo di sottolineare o eccepire la non conformità della normativa di un altro Stato membro al diritto eurounitario.

Dalle statistiche, redatte con cadenza trimestrale dall'Ufficio dell'Agente e inoltrate al Dipartimento per le Politiche europee, risulta che il maggior numero dei rinvii pregiudiziali notificati all'Agente del Governo italiano verte soprattutto sulla fiscalità; le altre materie più ricorrenti riguardano il lavoro e la politica sociale, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.

Nella scansione procedimentale emergono gli aspetti più significativi e specifici della difesa svolta e dell'attività di sintesi e di coordinamento tra la visione giuridica e la visione politica, quest'ultima intesa nella più nobile accezione di tutela dell'interesse pubblico.

Le parti non hanno la possibilità di replicare per iscritto alle rispettive osservazioni e per questo motivo la discussione orale rappresenta il momento in cui è possibile confutare le argomentazioni non collimanti o che possono indirizzare in modo non condivisibile la pronuncia della Corte. Tuttavia, il regolamento di procedura della Corte prevede la possibilità per la stessa, sentito l'Avvocato generale, di omettere la fase orale, se nessuna delle parti presenta una domanda (entro tre settimane dalla notifica della chiusura della fase scritta del procedimento) che indichi i motivi per i quali desidera essere sentita. La Corte è divenuta sempre più rigorosa nel richiedere una motivazione non di mero stile, ma assolutamente appropriata e nel considerare assolutamente discrezionale il suo potere di accoglierla o meno. La dequotazione della fase orale da parte della Corte di Giustizia si pone nell'ambito di un irreversibile processo di trasformazione della procedura in prevalentemente scritta e solo eventualmente orale.

Durante il periodo più difficile dell'emergenza epidemiologica tale dequotazione ha consentito di assicurare l'ordinario svolgimento delle cause che, ove necessario, anche con udienze da remoto sulla piattaforma Cisco Webex o sostituendole con quesiti a risposta scritta diretti alle Parti.

L'importanza del rinvio pregiudiziale, strumento di cooperazione “da giudice a giudice” è stata spesso sottolineata dalla stessa Corte di giustizia come la “chiave di volta” del sistema giurisdizionale dell'Unione europea.

E proprio nel meccanismo del rinvio pregiudiziale che si enfatizza la funzione dell'Avvocatura dello Stato che, già presente (a monte) nei giudizi nazionali *a quo*, è chiamata a rappresentare le ragioni del Governo italiano anche innanzi alla Corte di giustizia, per, poi, (a valle), rappresentarne esiti e conse-

guenze alla ripresa del giudizio dinnanzi al giudice nazionale. Un circuito virtuoso, dunque, come si è già detto nel paragrafo precedente.

Come accaduto nella causa C-497/20, su rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione che aveva adito la Corte di giustizia al fine di chiarire, in sostanza, se il diritto dell'Unione osti a una disposizione di diritto interno, l'art. 111, comma 8, della Cost., che, secondo la giurisprudenza nazionale, non consente al singolo di contestare, nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi a tale giudice, la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa.

La Corte, riunita in Grande Sezione, ha dichiarato, con sentenza del 21 dicembre 2021, che una siffatta disposizione è conforme al diritto dell'Unione. Alla luce del principio dell'autonomia procedurale, ha osservato, infatti, che, fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, ai sensi dell'articolo 19 TUE; garantendo che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività). Il diritto dell'Unione, infatti, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché tali due principi siano rispettati, come accade, appunto, nel caso di specie.

Per citare solo qualche caso rilevante e di interesse recente, la causa pregiudiziale proposta dal giudice portoghese in tema di c.d. Superlega calcistica (C-331/21); e, innanzi al Tribunale dell'Ue, le cause in tema di sanzioni economiche alla Russia, T-125/22 e T-125/22R, ricorsi proposti da Russia *Today France*, nelle quali sono intervenuti la Francia, il Belgio e la Polonia a sostegno del Consiglio dell'Unione europea; di cui costituisce un precedente la causa T-732/14 e la sentenza del 13 settembre 2018 di rigetto del ricorso, proposta da una Banca russa. In relazione alla richiesta di misure cautelari, il Tribunale ha ritenuto, con ordinanza del 30 marzo 2022, non sussistenti i presupposti in quanto il pregiudizio lamentato è meramente economico e finanziario, non si realizza la condizione dell'urgenza e il bilanciamento degli interessi è a favore del Consiglio.

7. Conclusioni.

Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato e dell'Avvocato dello Stato si va sempre più ampliando nella prospettiva del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea. Questo ampliamento di ruolo è perfettamente congeniale alla preparazione giuridica e professionale degli Avvocati dello Stato e può

essere la chiave di volta anche per la modernizzazione delle strutture amministrative, soprattutto nella fase attuativa del PNRR - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e dei suoi obiettivi (come la riforma della giustizia civile e l'eliminazione dell'arretrato anche di quella amministrativa).

Noi siamo pronti ad affrontare queste sfide, forti dell'esperienza maturata durante il periodo dell'emergenza epidemiologica che abbiamo trasformato in un fattore di accelerazione della informatizzazione e della dematerializzazione del nostro Istituto, per contribuire in modo fattivo alla crescita del nostro Paese e alla realizzazione degli obiettivi indicati nel PNRR.

Grazie per l'attenzione.