

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

Ragionamento giuridico, centralità dei diritti fondamentali e cultura della giustificazione:

l'esame della vicenda *Giuliano Germano c. Italia* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

Legal reasoning, the Centrality of Fundamental Rights and the Culture of Justification: An Examination of the case *Giuliano Germano v. Italy* Before the European Court of Human Rights

ROBERTO CHENAL

Giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

E-mail: roberto.chenal@echr.coe.int

ABSTRACT

L'articolo intende comparare, attraverso l'esame della vicenda Giuliano Germano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Consiglio di Stato, due modelli di ragionamento giuridico fondati, l'uno, sui principi (e sui diritti fondamentali) e, l'altro, sulle regole. Il confronto è condotto mettendo in luce gli elementi caratterizzanti i due modelli: da una parte, centralità dei diritti, costituenti il fondamento dell'esercizio del potere da parte dell'autorità e "cultura della giustificazione"; dall'altro, diritti fondamentali assenti nella fisiologia dell'interpretazione giuridica, intesi come mero limite esterno all'esercizio del potere, e "cultura dell'autorità").

The article aims to compare, through the analysis of the case *Giuliano Germano*, examined by the European Court of Human Rights and the Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*), two models of legal reasoning based, the first, on principles (and fundamental rights) and, the second, on rules. The comparison is conducted by highlighting the elements characterizing the two models: on the one hand, the centrality of rights, constituting the foundation of the exercise of power by public authorities, and the "culture of justification"; on the other hand, fundamental rights which, being absent from the physiology of legal interpretation, are understood as a mere external limitation to the exercise of power, and the "culture of authority").

KEYWORDS

diritto alla giustificazione, proporzionalità, Corte europea dei diritti dell'uomo, diritti fondamentali, principi

right to justification, proportionality, European Court of Human Rights, human rights, principles

ALLEGATI

— Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia*

— Cons. Stato, sent. 4365/2011

Ragionamento giuridico, centralità dei diritti fondamentali e cultura della giustificazione:

l'esame della vicenda *Giuliano Germano c. Italia* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

ROBERTO CHENAL

1. *Inquadramento* – 2. *La vicenda* – 3. *Analisi del provvedimento del Questore e la sentenza del Consiglio di Stato* – 4. *Il ragionamento giuridico della Corte EDU ed esame della sentenza Giuliano Germano* – 5. *Conclusioni*.

ALLEGATI

- Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia*
- Cons. Stato, sent. 4365/2011

1. *Inquadramento*

Oggetto della presente nota è l'analisi della sentenza *Giuliano Germano c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU")¹. L'esame di questo caso recentemente divenuto definitivo² fornisce lo spunto per comparare i ragionamenti giuridici espressi da una parte nella sentenza del Consiglio di Stato³ da cui ha tratto origine la presente vicenda, dall'altro nella sentenza della Corte EDU. Si tratta di ragionamenti giuridici rappresentativi di due diversi approcci giuridico-culturali. Occorre tuttavia chiarire fin dall'inizio che i due metodi che si andranno a comparare non caratterizzano, di per sé, due sistemi giurisdizionali o due corti supreme, ma sono approcci culturali e ragionamenti giuridici che sono presenti trasversalmente nei diversi ordinamenti. In effetti, la stessa analisi poteva essere svolta comparando il ragionamento di diverse sentenze del Consiglio di Stato, posto che nelle decisioni adottate all'interno della stessa giurisdizione amministrativa sono riconoscibili, almeno indirettamente, le due impostazioni⁴.

Il primo approccio si basa su un ragionamento per principi⁵ che conferisce centralità ai diritti, i quali costituiscono il fondamento e non soltanto un limite all'esercizio del potere da parte dell'autorità; più in generale, si tratta di un'impostazione fondata sulla c.d. "cultura della giustificazione"⁶. Nel secondo approccio si può riconoscere un ragionamento fondato sulle regole, più formalistico, nel quale i diritti fondamentali, assenti nella fisiologia dell'interpretazione giuridica, costituiscono unicamente un limite esterno all'esercizio del potere, e nel quale prevale come

* Le opinioni espresse nel presente articolo sono esclusivamente riconducibili alla responsabilità dell'autore e non riflettono necessariamente la posizione dell'istituzione di appartenenza.

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia* (in seguito citata come «Giuliano Germano»).

² La sentenza è diventata definitiva, ai sensi dell'art. 44 § 2 CEDU, il 6 novembre 2023.

³ Cons. Stato, 4365/2011.

⁴ La stessa Corte EDU ha ritenuto che l'approccio della maggioranza della giurisprudenza del Consiglio di Stato sia in linea con la Convenzione EDU e con la sua giurisprudenza. Si veda la ricostruzione della giurisprudenza nazionale operata nei paragrafi 27-41 e le considerazioni della Corte relative al rispetto della base legale ai paragrafi 99-121.

⁵ Sulla distinzione tra regole e principi: ALEXY 2002, 44 ss.; DWORKIN 1977; PINO 2010, 52.

⁶ Sulla cultura della giustificazione e sul diritto alla giustificazione, v., tra gli altri: COHEN-ELIYA, PORAT 2013; FORST 2011; KUMM 2010.

Leitmotiv la deferenza da parte dei tribunali nei confronti della discrezionalità dell'autorità pubblica; in sostanza, un modello che si può ricondurre a quella che è stata chiamata da parte della dottrina "cultura dell'autorità"⁷. Da una parte si rinviene dunque un approccio culturale fondato sui diritti, dall'altra uno fondato sull'esercizio del potere.

Senza entrare nel merito dei due modelli, è doveroso precisare che essi non sono reciprocamente escludenti: non si vuole né sostenere che nel modello fondato sulla giustificazione non giochi un ruolo importante anche un discorso fondato sui rapporti tra poteri e sugli interessi (primo fra tutti quello democratico) che sono volti a garantire un certo margine di discrezionalità in capo alle autorità formalmente legittimate ad esercitare tali poteri; né, allo stesso modo, si vuole sostenere che un modello che conferisce priorità alla discrezionalità dell'esercizio del potere da parte delle autorità pubbliche, non preveda uno spazio, benché più ridotto, all'obbligo di giustificazione rispetto al bilanciamento degli interessi in gioco e alla limitazione degli stessi. Allo stesso modo, distinguere il ragionamento fondato sui principi rispetto a quello fondato sulle regole significa ricorrere a due modelli idealtipici, mentre nella pratica delle corti nazionali e internazionali il ragionamento si fonda spesso su un intreccio di norme-principio e norme-regole. Tuttavia, si ritiene, come si cercherà di dimostrare più avanti, che ci sia una differenza strutturale tra i due modelli e che la pratica giuridica tenda a ispirarsi, in maniera alternativa, a uno o all'altro modello⁸. Infine, poiché la distinzione tra regole e principi è controversa in dottrina⁹ e sebbene non sia possibile entrare nel merito del dibattito, si ritiene necessario precisare, al fine di una più chiara esposizione, che l'analisi che segue accoglie la distinzione "forte" tra regole e principi.

2. La vicenda

La vicenda oggetto della sentenza trae origine da un provvedimento di ammonimento orale previsto dall'art. 8 del decreto legge 11/2009, successivamente convertito nella legge 38/2009, adottato dal Questore su richiesta della moglie del ricorrente, la quale lo aveva denunciato per «atti persecutori». I fatti si sono svolti nell'ambito del procedimento di separazione giudiziale della coppia e dell'affidamento della loro figlia. Il provvedimento del Questore era stato adottato *inaudita altera parte*.

La struttura della motivazione del provvedimento del Questore, riprodotto integralmente nel testo della sentenza della Corte EDU, si compone principalmente di tre parti.

Nella prima parte il Questore individua le condotte attribuite al marito, riassumendole per come esposte dalla richiedente:

«TENUTO CONTO che, secondo quanto evidenziato nella stessa richiesta, Giuliano Germano, marito della richiedente con la quale, peraltro, è attualmente in fase di separazione, nel corso degli ultimi tre anni, ma con episodi in particolare divenuti più frequenti a far data dal maggio del corrente anno, caratterizzati da reiterate condotte esplicitatesi in ingiurie proferite anche in presenza di altre persone, telefonate perpetrate in ambito privato e sul posto di lavoro dirette sia all'esponente che a persone gravitanti nell'ambiente dei due ex coniugi, invio di messaggi SMS, insistenti e reiterate richieste, effettuate anche con atteggiamenti di potenziale prevaricazione fisica, volti comunque a controllare con

⁷ Si deve precisare che per cultura dell'autorità non si intende "cultura dell'autoritarismo". Su questa distinzione, v. COHEN-ELIYA, PORAT 2013, III ss.

⁸ V. anche le precisazioni espresse nella nota 15.

⁹ Sia qui sufficiente richiamare le tre differenti tesi sul rapporto tra principi e regole così come ricostruite da ALEXY 2002, 47: a) la tesi secondo la quale non sussiste una differenza strutturale tra principi e regole, b) la tesi della distinzione forte, ossia una distinzione di natura qualitativa, c) la tesi della distinzione debole, ossia di grado. V. anche PINO 2010, 52.

toni insistenti, ossessivi ed intimidatori gli spostamenti della donna e, più in generale, le sue abitudini di vita quotidiana, ha cagionato nei confronti dell'interessata un perdurante grave stato di ansia e paura nonché timore per l'incolumità personale».

La seconda parte è relativa alle prove delle condotte sopra esposte¹⁰.

Infine, la terza parte riguarda l'esame dell'urgenza dell'adozione della misura:

«RILEVATA la necessità ed urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori».

Il provvedimento impone all'ammonito di tenere una condotta conforme alla legge e lo avvisa che, qualora continui a mantenere comportamenti analoghi a quelli che hanno determinato l'adozione dello stesso, sarebbe stato deferito alla competente Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 612-bis c.p., indipendentemente da un eventuale atto di querela, attesa la procedibilità d'ufficio del medesimo delitto nei confronti di soggetto ammonito. Inoltre, in caso di condanna è prevista l'applicazione dell'aggravante.

Il TAR Liguria ha accolto il ricorso del marito, ritenendo che il provvedimento fosse stato emesso in violazione dell'art. 7 della legge 241/1990, ossia senza aver instaurato un contraddittorio con la parte interessata e ciò senza aver esplicitato le ragioni di urgenza che potevano giustificare tale scelta. Il Ministero degli Interni ha interposto appello.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'impugnazione proposta dal Ministero. La motivazione della decisione si struttura su due punti principali: la presunta violazione dell'art. 7 della legge 241/1990 sul diritto alla partecipazione al procedimento amministrativo dell'interessato; il difetto di motivazione del provvedimento di ammonimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, poste le funzioni tipicamente cautelare e preventiva del provvedimento questorile, secondo il Consiglio di Stato:

«è del tutto palese l'esigenza che la sua adozione avvenga in tempi rapidi, in ragione della necessità di interrompere con immediatezza l'azione persecutoria. E del resto è lo stesso legislatore a configurare l'"ammonimento" come provvedimento caratterizzato da "esigenze di celerità", laddove ne ha previsto la esternazione in forma orale (art. 8, 2° comma), ed ha stabilito che la richiesta della sua emissione sia trasmessa al Questore "senza ritardo" (art. 8, 1° comma)».

Il Consiglio di Stato mette inoltre in evidenza come sia sempre possibile esprimere le proprie ragioni successivamente all'adozione del provvedimento, attraverso il ricorso gerarchico e quello giurisdizionale. Ha poi aggiunto che nel caso concreto «deve ritenersi che nella fattispecie in esame ricorrano esattamente quelle "particolari esigenze di celerità del procedimento" che, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 7, 1° comma, legge n° 241 del 1990 esonerano l'Amministrazione dal dare la comunicazione dell'avvio del procedimento al soggetto destinato a subirne gli effetti».

Questo approccio è stato poi ribadito da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale «alla luce della peculiare funzione del decreto di ammonimento, ben si comprende l'urgenza *in re ipsa* che caratterizza i procedimenti finalizzati all'adozione della misura in

¹⁰ «CONSIDERATO che gli accertamenti esperiti dalla dipendente Squadra Mobile e l'ulteriore documentazione acquisita, tutti certificati in atti al di là del contesto in cui i comportamenti del Germano risultano maturati, non ultimo quello della separazione giudiziale della coppia e le connesse vicende inerenti all'affidamento della figlia di entrambi di 7 anni sebbene, per alcuni episodi non figurino dirimenti, fanno emergere per altri, con relative conferme ritenute di per sé sufficienti ed obiettive, una situazione di peculiare gravità, cui fanno da sfondo, fatti, richiamati nella succitata istanza, sfociati anche in aggressioni fisiche ad opera del predetto, le stesse oggetto, peraltro, di procedimento penale e come tali non richiamabili in questa sede, ma non sottovalutabili ai fini della ponderazione complessiva delle circostanze e dei fatti lamentati dalla richiedente, obiettivamente idonei a causare uno stato dir poco di disagio psicologico dell'interessata e, quindi, a far ritenere fondata la richiesta da costei avanzata».

questione. L'esigenza d'interrompere immediatamente l'azione persecutoria, per la costante giurisprudenza, determina, dunque, la non necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n° 241 del 1990 e, tantomeno, della previa audizione dell'autore dei comportamenti che giustificano l'adozione del provvedimento di ammonimento»¹¹. La norma di cui all'art. 8, decreto legge 11/2009 «non impone l'obbligo per l'autorità amministrativa di procedere a siffatto incumbente, lasciando di contro ampia discrezionalità sulla necessità di coinvolgere il destinatario del provvedimento restrittivo nel corso dell'indagine»¹².

Infine, per quanto riguarda il controllo sul merito della decisione del Questore di ammonire il marito, il Consiglio di Stato si limita a precisare che:

«Non sussiste invero né il dedotto difetto di motivazione, né la carenza dei presupposti dell'«ammonimento»»,

in quanto il provvedimento del Questore dà puntualmente conto degli accertamenti effettuati dalla Squadra Mobile, dai quali emerge la condotta ingiuriosa e intimidatoria tenuta dall'odierno appellato nei confronti della moglie, tale da suggerire

«la necessità e l'urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori».

Questo approccio sembra, di fatto, ricondursi nel quadro di quella parte di giurisprudenza nazionale secondo la quale «essendo il potere valutativo del Questore ampiamente discrezionale, il sindacato del giudice amministrativo non può che essere limitato ai casi di insussistenza manifesta dei presupposti di fatto, di manifesta irragionevolezza e sproporzione, senza che sia possibile una sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa nella valutazione di merito di fatti e circostanze»¹³.

3. *Analisi del provvedimento del Questore e la sentenza del Consiglio di Stato*

Si può ora passare all'esame delle decisioni in oggetto, prendendo in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: la struttura del ragionamento giuridico (per regole o per principi), il ruolo giocato dai diritti fondamentali in relazione all'esercizio del potere; il grado di centralità della discrezionalità dell'autorità pubblica e dell'obbligo di giustificare le proprie scelte.

Si analizzeranno, nell'ordine, la questione della partecipazione al procedimento dell'interessato e quella del sindacato giurisdizionale sul merito del provvedimento adottato dal Questore.

Quanto al primo aspetto, si può notare che la struttura del ragionamento caratterizzante il provvedimento del Questore e la specifica sentenza del Consiglio di Stato in esame, oltre che il filone giurisprudenziale in cui quest'ultima si colloca, si fonda su un ragionamento per «regole»: a) individuazione della fattispecie concreta; b) individuazione della fattispecie astratta-regola e sua interpretazione che prescinde da un ragionamento fondato sui principi; c) sussunzione; d) applicazione nel caso concreto delle conseguenze dettate dalla regola così come interpretata¹⁴.

¹¹ Cons. Stato, 2419/2016, 10211/2022, 7486/2023, 3420/2023, 2494/2023, 2394/2023.

¹² Da ultimo, Cons. Stato, 748/2023. V. anche Cons. Stato, 2419/2016 e 4241/2016.

¹³ Cons. Stato, 7486/2023, 3420/2023, 2496/2023, 2394/2023, 10211/2022, 6958/2021.

¹⁴ Quando si parla di ragionamento per regole, non si intende sostenere che il ragionamento prenda in considerazione unicamente le regole ma che: a) l'utilizzo dei principi sia solo eventuale e, b) essi giochino un ruolo diverso nella struttura del ragionamento rispetto a quello fondato sui principi. In altre parole, per riprendere la sequenza illustrata nel testo, i principi che riconoscono i diritti fondamentali interverrebbero unicamente come ipotetico elemento e), ossia come valutazione, in ultima istanza, della compatibilità con i diritti fondamentali della conclu-

Infatti, il Consiglio di Stato ha fondato la possibile rilevanza giuridica del “fatto” di non essere stato sentito dal Questore prima dell’emanazione del provvedimento sul mero presupposto che la regola generale propria del diritto amministrativo, richiamata nel già menzionato art. 7 della legge 241/1990, che prevede la comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo all’interessato, può essere derogata. A questo proposito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disposizione, e in particolare l’inciso «ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», sia da leggere alla luce della lettera del già menzionato art. 8 e dell’intenzione del legislatore. In sostanza le «esigenze di celerità» nel caso dell’ammonimento risiedono nella necessità di interrompere con immediatezza l’azione persecutoria, con conseguente ammissibile deroga, per questo tipo di materia, alla regola generale che prevede la comunicazione dell’avvio del procedimento. Si noti che, nel caso di specie, la conclusione a cui è giunto il Consiglio di Stato in relazione all’assenza dell’obbligo di sentire previamente l’interessato si fonda su un provvedimento, quello del Questore, che sul punto si è limitato a stabilire che si «rileva la necessità ed urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori». Su questa stessa linea interpretativa, una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ritenuto, in maniera ancora più netta, che per questo tipo di provvedimenti l’urgenza è presente *in re ipsa*.

Come si può notare, l’argomentazione relativa all’interpretazione della disposizione prescinde da qualunque valutazione in termini di principi e ancor meno di diritti fondamentali. L’interesse limitato dal provvedimento o non è menzionato (v. provvedimento del Questore) o è citato in modo del tutto secondario¹⁵. Esso non è un elemento preso in considerazione al fine di risolvere la controversia giuridica ed è totalmente assente la questione della eventuale incidenza della misura su un diritto fondamentale. L’interpretazione delle regole nazionali si fonda dunque unicamente sulla lettera della legge e sulle finalità del legislatore¹⁶.

La questione interpretativa è inoltre posta in termini dicotomici: o sussiste, a certe condizioni, l’obbligo, proprio dei procedimenti amministrativi, di sentire l’interessato oppure l’autorità amministrativa gode di una totale discrezionalità, negando a monte l’esistenza o la rilevanza di un diritto *prima facie* al contraddittorio. Se si volesse rileggere questa soluzione interpretativa in termini di ragionamento per principi, si potrebbe sostenere che il giudice ha interpretato la disposizione in modo da ritenere che il legislatore volesse conferire una assoluta prevalenza all’interesse perseguito (la tutela delle potenziali vittime) rispetto ad altri eventuali interessi o diritti in gioco. Questo “bilanciamento” sarebbe effettuato una volta per tutte in astratto, in assenza di un esame delle circostanze del caso concreto. Questa soluzione, tuttavia, impedisce alla radice un ragionamento del giudice fondato sui principi.

La norma, così come costruita, prevede una totale discrezionalità del Questore in merito alla possibilità di garantire un contraddittorio preventivo. La sua scelta a questo proposito non è di

sione a cui si è giunti sulla base di un ragionamento per regole. Come si vedrà in seguito, un ragionamento fondato sui principi, invece, pone questi ultimi come strutturale elemento di partenza del ragionamento giuridico.

¹⁵ Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che «Non possono disconoscersi gli effetti particolarmente lesivi, dal momento che esso comporta non solo la procedibilità d’ufficio, ma anche l’aumento di pena, per il delitto previsto dall’art. 612-bis c.p.».

¹⁶ Si noti che il Consiglio di Stato esamina una questione di legittimità costituzionale posta sotto il profilo del rispetto del principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost. (ove interpretato in modo da escludere la necessità della comunicazione dell’avvio del procedimento) ma la rigetta limitandosi a ritenere che «il principio di imparzialità cui deve conformarsi l’azione amministrativa a norma dell’art. 97 Cost. non esclude che in presenza di situazioni che reclamano un intervento immediato possa procedersi senza la “partecipazione” del soggetto destinatario dell’atto, il quale ha comunque la possibilità di tutelare la propria sfera giuridica eventualmente lesa dal provvedimento sia in via amministrativa che in via giurisdizionale». In altre parole, l’incidenza sul diritto fondamentale della negazione di essere sentito nella fase precedente all’emissione del provvedimento è irrilevante, anche qualora sia nel caso concreto ingiustificata, in quanto si ritiene che sia comunque globalmente tutelata dalla possibilità di partecipare alla fase procedimentale e giudiziaria successiva.

fatto (caso in esame) o di diritto (principio espresso dalla giurisprudenza che considera l'urgenza *in re ipsa*) sottoposta a un controllo giurisdizionale e a un controllo del rispetto dei diritti in relazione alle specificità del caso concreto.

In contrasto rispetto a un ragionamento fondato sui diritti, tale approccio comporta una assoluta centralità della scelta discrezionale dell'autorità di esercitare il proprio potere, formalmente legittimo, nonostante la misura abbia, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, «effetti particolarmente lesivi». Allo stesso tempo, sulla base di questo approccio interpretativo, non sussiste un obbligo di giustificazione in capo all'autorità. Da un punto di vista sostanziale, la scelta dell'autorità si presume sempre e in ogni caso legittima. In questa fase procedimentale, l'interesse del soggetto colpito dalla misura è privo di qualunque rilevanza giuridica.

A conclusioni molto simili si giunge anche se si esamina quanto affermato da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato in relazione al controllo sul merito delle scelte del Questore di adottare o meno il provvedimento alla luce delle circostanze del caso concreto. Ritenere che il sindacato del giudice amministrativo sia «limitato ai casi di insussistenza manifesta dei presupposti di fatto, di manifesta irragionevolezza e sproporzione, senza che sia possibile una sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa nella valutazione di merito di fatti e circostanze» significa conferire una piena discrezionalità all'autorità amministrativa. Emerge qui, in modo ancora più evidente, l'assenza di un vero e proprio obbligo di giustificazione nei confronti del soggetto che subisce gli effetti della misura. La pressoché totale discrezionalità dell'autorità pubblica farebbe salva qualunque sua scelta ad eccezione di quelle che si potrebbero qualificare, in questa ottica, come “patologiche”. In sostanza, non sussisterebbe un generale obbligo di giustificare ciascuna la scelta in termini di diritti fondamentali, ma semplicemente di imporre un limite esterno all'esercizio del potere nel solo caso di abuso di tale potere. Ancora una volta, i diritti non svolgono un ruolo di fondamento sostanziale dell'esercizio del potere, ma solo di limite allo stesso. All'interno di un certo margine, l'esercizio del potere dell'autorità è quindi insindacabile. Secondo questa linea giurisprudenziale – che, lo si ricorda, la Corte EDU ha ritenuto non essere maggioritaria a livello interno sulla base delle informazioni a sua disposizione – il Questore non ha il dovere di giustificare la misura in termini di bilanciamento tra gli interessi in gioco, né, a fortiori, il giudice è competente a verificare, salvo i casi “patologici”, la proporzionalità della misura adottata nel caso concreto.

4. Il ragionamento giuridico della Corte EDU ed esame della sentenza Giuliano Germano

Il ragionamento giuridico della Corte EDU si fonda, al contrario, su un ragionamento per principi e, più in particolare, di principi che tutelano i diritti fondamentali. L'esame del rispetto dei diritti fondamentali operato dalla Corte EDU ha una struttura bifasica: i) esame dell'ingerenza nel godimento del diritto fondamentale (inteso come diritto *prima facie*); ii) esame del carattere giustificato dell'ingerenza. Questa seconda fase, chiamata appunto della giustificazione, si fonda su un triplice esame: quello della base legale su cui si fonda la misura, quello dello scopo legittimo della stessa e quello della sua proporzionalità¹⁷. In altre parole, nella prospettiva della Corte EDU, ogni ingerenza per essere legittima deve essere giustificata.

È necessario ricordare che quello brevemente richiamato non costituisce l'unico modello argomentativo fondato sui diritti fondamentali. Sebbene quello accolto dalla Corte EDU sia probabilmente quello più diffuso tra i Paesi occidentali¹⁸, non mancano modelli di ragionamento per

¹⁷ Sulla struttura dei diritti e in particolare sul principio di proporzionalità, v.: ALEXY 2002; BARAK 2012; KUMM 2007; MOLLER 2012; PINO 2010.

¹⁸ Il sistema convenzionale è stato profondamente influenzato da quello costituzionale tedesco. Tra gli altri sistemi giuridici non europei si possono menzionare, tra i più celebri, quello canadese, sudafricano e israeliano.

diritti fondamentali che variano a seconda della cultura giuridica accolta (in particolare quella fondata sull'autorità o quella fondata sulla giustificazione)¹⁹.

Se si prova a scomporre la sequenza argomentativa fondata sui diritti così come interpretati dalla Corte EDU, si potrebbero costruire gli scenari seguenti:

- a) ragionamento del giudice interno: fatto (ingerenza nel diritto fondamentale) → individuazione dei principi (diritti fondamentali in gioco e altri interessi concorrenti) → esame della giustificazione → interpretazione conforme del diritto interno e in particolare della regola da applicare²⁰ → conseguenze derivanti dall'applicazione della regola;
- b) ragionamento della Corte EDU in assenza di una valutazione fondata sui diritti da parte del giudice interno: fatto (ingerenza)²¹ → individuazione diritti fondamentali e interessi in gioco → esame della giustificazione → conclusioni sulla violazione;
- c) ragionamento della Corte EDU in presenza di una valutazione fondata sui diritti da parte del giudice interno: fatto (ingerenza) → individuazione dei diritti fondamentali e degli interessi in gioco → esame sostanziale delle ragioni fornite dalle autorità interne e in particolare dai giudici nazionali a fondamento della giustificazione → esame della violazione.

A questa ricostruzione, che concerne l'esame delle ingerenze nei diritti fondamentali da un punto di vista sostanziale, la Corte EDU ne affianca sempre più spesso una seconda, di natura procedurale. In questa ultima prospettiva, la Corte EDU procede all'esame seguente:

fatto (ingerenza) → individuazione dei diritti fondamentali e degli interessi in gioco → verifica dell'assenza di un esame da parte delle autorità delle ragioni a fondamento dell'ingerenza²² e, in caso negativo, → constatazione della violazione.

In altre parole, in quest'ultimo caso, a fronte di allegazioni *prima facie* non manifestamente infondate, la Corte EDU si limita a verificare se le autorità interne hanno adottato un ragionamento fondato sui principi convenzionali. In caso di risposta negativa, sempre più spesso, anche in ossequio al principio di sussidiarietà, la Corte EDU decide di non entrare nel merito dell'esame della proporzionalità dell'ingerenza ma si limita a constatare una c.d. "violazione procedurale" del diritto in gioco.

Nel caso *Giuliano Germano*, il controllo della Corte EDU verte principalmente sulle questioni seguenti:

- 1) se il diritto interno preveda, nel conferire il potere di ammonire, che la legittimità dell'esercizio di tale potere sia condizionata all'onere di giustificazione fondato sui diritti e se preveda l'obbligo dei tribunali di riesaminare la giustificazione dell'esercizio del potere nel caso concreto (questione legata alla base legale e alle garanzie contro l'arbitrio);

¹⁹ Si pensi al c.d. eccezionalismo americano, ma anche lo stesso modello costituzionale italiano, sebbene stia gradualmente accogliendo la concezione bifasica e fondata sulla giustificazione dei diritti fondamentali, è ancora principalmente ancorata a "test" diversi da quelli europei (ad esempio, scarso riconoscimento della prevedibilità in concreto, test di ragionevolezza al posto della proporzionalità, deferenza nei confronti del legislatore rispetto al carattere proporzionato di un'ingerenza).

²⁰ Nel caso in cui la lettera della legge non permetta una interpretazione conforme a Convenzione, a seconda dei sistemi giuridici, si può avere disapplicazione delle disposizioni contrarie alla CEDU (si veda il modello di controllo di convenzionalità francese), o incostituzionalità delle stesse (come nell'ordinamento italiano ex art. 117 Cost.).

²¹ Si noti che il "fatto", dal punto di vista del controllo da parte della Corte EDU, non è inteso unicamente nella sua materialità, ma come fatto materiale (azione od omissione dell'autorità pubblica) frutto di esercizio di un potere accordato e fondato a sua volta su norme. Il fatto può produrre conseguenze giuridiche solo in quanto le norme riconoscono portata giuridicamente rilevante a certe atti.

²² In altre parole, assenza di una valutazione da parte dei giudici nazionali della giustificazione dell'ingerenza, intesa come base legale – scopo legittimo – proporzionalità.

- 2) se il Questore, nell'applicare la misura dell'ammonimento, abbia svolto una valutazione di proporzionalità nel caso concreto sia in relazione al diritto procedurale a essere ascoltato nella fase procedimentale precedente l'emissione del provvedimento sia in relazione alle ragioni sostanziali che hanno condotto alla sua emissione;
- 3) se il giudice abbia operato, applicando il ragionamento giuridico fondato sui principi-diritti, un sufficiente sindacato sulle scelte dell'autorità amministrativa.

Ci si concentrerà principalmente sui due ultimi aspetti, mentre in relazioni al primo saranno svolte alcune considerazioni nella parte conclusiva.

Il punto di partenza del ragionamento giuridico della Corte EDU è costituito dall'esame dell'ingerenza in un diritto *prima facie* riconosciuto dalla CEDU. Più in particolare, la Corte EDU ha esaminato se l'ammonimento ha costituito un'ingerenza nei confronti del ricorrente e se tale ingerenza ha inciso su un interesse rilevante ai sensi della CEDU. L'individuazione di quale diritto è in gioco e l'esame della gravità dell'ingerenza sono due passaggi importanti in vista dell'analisi dell'ulteriore valutazione, vale a dire quella della giustificazione dell'ingerenza: infatti, più l'interesse in gioco costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale e più la sua limitazione è importante, maggiore è l'onere delle autorità di giustificare l'ingerenza.

Nel caso concreto, la Corte EDU ha ritenuto che l'ammonimento abbia, da una parte, inciso sulla vita familiare del ricorrente, limitando la possibilità di contatto con la figlia²³ e, dall'altra, sulla sua vita privata, avendo un effetto stigmatizzante tale da compromettere la sua reputazione.

Conclusa la fase dell'applicabilità della Convenzione, la Corte EDU si è concentrata su quello che è il cuore del suo esame, la fase della giustificazione dell'ingerenza nel godimento del diritto.

Dopo aver ritenuto che la misura adottata si fondava su una base legale prevedibile e che offriva garanzie sufficienti contro l'arbitrio, ha esaminato lo scopo legittimo della misura, ovvero la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute e la protezione dei diritti e delle libertà altrui e, più in particolare, la prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

La Corte EDU è passata quindi all'analisi del carattere proporzionato della misura.

L'esame dell'ingerenza e dello scopo legittimo permettono alla Corte EDU di identificare tutti gli interessi in gioco che rilevano nel caso concreto. Emerge qui un punto metodologicamente importante: l'identificazione degli interessi in gioco, e in particolare dello scopo legittimo, non sono di per sé sufficienti per giustificare la misura. L'autorità non può limitarsi a enunciare lo scopo perseguito per poi godere di una discrezionalità pressoché assoluta nel modo di regolare i diversi interessi in gioco. Non è sufficiente avere delle generiche ragioni per tutelare un determinato interesse (nel caso di specie, la protezione contro atti di stalking) ma è necessario avere delle ragioni "qualificate", sufficienti e pertinenti, per giustificare, alla luce delle circostanze del caso concreto, la compressione del diritto fondamentale (alla vita familiare e alla reputazione) e quindi per dimostrare il carattere proporzionato della misura (l'ammonimento).

Non effettuare un controllo sul carattere proporzionato della misura significa poter ammettere l'eventuale scelta dell'autorità di massimizzare la tutela di un interesse a scapito della tutela di un diritto. I diversi principi in gioco (interessi o diritti) per loro natura entrano in conflitto e per questo le autorità hanno la responsabilità di trovare un punto di equilibrio. In particolare, l'obbligo positivo di tutela di un diritto non può mai considerarsi come un obbligo di risultato. A questo proposito, la Corte EDU ha sottolineato che, a fronte dell'obbligo positivo ai sensi degli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione di adottare misure operative preventive per tutelare le vittime

²³ In particolare, la Corte EDU ha sottolineato che l'ammonimento ha inciso sulla «possibilità di organizzare incontri con la figlia e trascorrere del tempo con lei e quindi di esercitare la sua potestà genitoriale come era nell'interesse superiore della minore e necessario per garantire il suo diritto alla bigenitorialità».

o le potenziali vittime da reali e immediati rischi per la vita e da violazioni della propria integrità fisica e psicologica, le autorità,

«nel decidere quali misure operative adottare, devono inevitabilmente bilanciare con attenzione, sia a livello generale che individuale, i diritti concorrenti in gioco e gli altri limiti pertinenti. La Corte nei casi di violenza domestica ha sottolineato l'assoluta necessità di tutelare il diritto umano alla vita e all'integrità fisica e psicologica delle vittime. Al contempo, sussiste la necessità di assicurare che la polizia eserciti i suoi poteri di controllo e prevenzione dei reati con modalità che rispettino pienamente la procedura prevista e le altre garanzie che limitano legittimamente le sue possibilità d'azione, comprese le garanzie contenute, per quanto pertinente ai fini della presente causa, nell'articolo 8 della Convenzione»²⁴.

Interessante poi è notare che la Corte EDU ha preliminarmente chiarito il grado di controllo che avrebbe esercitato sul modo in cui il Questore e i tribunali interni hanno bilanciato i diversi interessi in gioco. La Corte ha specificato che, nonostante le autorità godano di un certo margine di apprezzamento, nel caso concreto, l'importanza degli aspetti della vita privata e familiare che entravano in gioco e la gravità dell'ingerenza deponevano a favore di un esame rigoroso.

Al fine di esaminare il carattere giustificato dell'ammonimento nel caso concreto, la Corte EDU ha adottato la sopramenzionata prospettiva procedurale, concentrando il controllo sulla qualità delle ragioni poste dalle autorità interne. La Corte EDU ha esaminato separatamente la questione del diritto ad essere ascoltato e quella delle ragioni sostanziali che hanno giustificato l'ammonimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte EDU ha preso atto del fatto che il processo verbale dell'ammonimento emesso dal Questore non indicava le «pressanti ragioni» che asseritamente imponevano una misura urgente e quindi la compressione del diritto ad essere ascoltato. La Corte EDU ha notato poi che il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha ritenuto che, viste le finalità dell'ammonimento, la misura fosse di per sé caratterizzata dalla necessità di intervenire con urgenza per prevenire conseguenze gravi e irreparabili per la vittima di atti persecutori e che quindi il Questore non era tenuto ad addurre motivi. Per la Corte EDU, il tribunale interno non ha «svolto un esame indipendente dell'eventuale rischio imminente per l'incolumità della moglie del ricorrente o degli altri motivi che giustificavano il mancato ascolto del ricorrente» e «né il Questore né i tribunali amministrativi hanno fornito una giustificazione della deroga al diritto del ricorrente di essere ascoltato nel procedimento amministrativo [...]»²⁵.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la Corte EDU ha reputato che il processo verbale dell'ammonimento emesso dal Questore fosse carente di motivazione, in quanto si limitava ad affermare che, alla luce delle indagini svolte dalla polizia, gli episodi riferiti dalla moglie del ricorrente risultavano dimostrati. La Corte «non può fare a meno di notare che i fatti pertinenti, oltre a essere citati “come indicati dalla persona che ha richiesto l'ammonimento”, erano stati descritti in termini estremamente generici e vaghi. Il ragionamento, come si può desumere dal processo verbale dell'ammonimento, prende l'avvio dai fatti come ipotizzati dalla moglie del ricorrente, e li ritiene dimostrati senza indicare le indagini svolte e senza esaminare in che modo il loro esito confermi l'ipotesi originale»²⁶.

L'approccio procedurale della Corte EDU è evidenziato nell'affermazione secondo la quale «un simile ragionamento, pertanto, non consente alla Corte di esaminare in che modo l'autorità amministrativa abbia valutato le prove raccolte con le indagini»²⁷, senza addentrarsi in un esame sostanziale del carattere proporzionato della decisione nel caso concreto.

²⁴ *Giuliano Germano*, cit., § 126.

²⁵ *Giuliano Germano*, cit., § 129.

²⁶ *Giuliano Germano*, cit., § 136.

²⁷ *Giuliano Germano*, cit., § 136.

Inoltre, sempre in un'ottica procedurale, la Corte EDU verifica se i tribunali interni e in particolare il Consiglio di Stato hanno effettuato un sindacato di piena giurisdizione sul carattere proporzionato e giustificato della misura. A questo proposito la Corte EDU afferma che nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha svolto un controllo indipendente dell'eventuale esistenza di una ragionevole base di fatto per la misura ma «si è limitato a un esame puramente formale della decisione di infliggere l'ammonimento»²⁸, ritenendolo legittimo alla luce dei motivi addotti dal Questore senza procedere alla valutazione delle prove disponibili.

Di conseguenza, non essendo possibile determinare, leggendo la motivazione della sentenza, quali fossero le circostanze di fatto e di diritto che giustificavano la misura, «le autorità giudiziarie non hanno esercitato un adeguato controllo giurisdizionale del fondamento fattuale nonché della legittimità, necessità e proporzionalità della misura»²⁹.

5. Conclusioni

Dall'esame del ragionamento giuridico della Corte EDU emerge, rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato, un quadro ribaltato dei rapporti tra regole e principi, tra potere e diritti, discrezionalità dell'autorità e cultura della giustificazione.

Se la giurisprudenza interna esaminata risolve la controversia ponendo al centro del suo ragionamento l'interpretazione e applicazione delle regole attraverso l'analisi della lettera della legge e della finalità impressa ad essa dal legislatore, la sentenza della Corte EDU fonda il suo esame sulla domanda di giustizia relativa al se fosse giustificato limitare i diritti fondamentali in gioco. Il diritto è qui inteso come una pratica argomentativa volta a saggiare le ragioni di una scelta che incide sui diritti. La ricerca della volontà del legislatore e delle sue finalità rappresentano solo uno degli elementi della decisione, ma non la determinano. I diritti fondamentali costituiscono così il parametro di valutazione delle ragioni poste dal legislatore. In ogni caso, anche a voler ritenere la finalità di una disposizione legittima in astratto, per la Corte EDU è sempre necessario effettuare un bilanciamento alla luce delle circostanze del caso concreto, e questo non può che essere un compito affidato alle autorità pubbliche e in particolare ai tribunali. Sebbene i provvedimenti delle autorità interne abbiano necessariamente un impatto sui diversi interessi in gioco determinando implicitamente quale debba prevalere, la giurisprudenza esaminata estromette le ragioni sostanziali-valoriali dal perimetro dell'argomentazione giuridica: in parte presumendo che il legislatore abbia già svolto una scelta in astratto (ragioni di urgenza rispetto al diritto ad essere ascoltato) e in parte lasciando all'autorità amministrativa un margine di discrezionalità pressoché totale. I diritti fondamentali così come interpretati dalla Corte, invece, non permettono, al di là del margine di apprezzamento, delle zone franche. Lungi dal costituire un mero limite all'esercizio del potere, i diritti fondamentali costituiscono il fondamento del fisiologico esercizio del potere. Ogni atto compiuto dalle autorità che incide sui diritti fondamentali per essere legittimo deve essere giustificato.

Infine, alcune considerazioni sull'esame delle garanzie contro l'arbitrio che discendono dal rispetto della base legale. A questo proposito la Corte EDU esamina se il diritto interno disciplina l'esercizio del potere da parte dell'autorità in modo tale da obbligare quest'ultima a giustificare le scelte che limitano i diritti fondamentali. La Corte EDU non si limita quindi, sotto il profilo procedurale del controllo di proporzionalità, a esaminare se le autorità interne hanno adottato nel caso concreto il ragionamento giuridico proprio della Corte EDU stessa, ma anche, sotto il profilo della base legale, a controllare che l'ordinamento interno abbia integrato tale obbligo nel-

²⁸ *Giuliano Germano*, cit., § 141.

²⁹ *Giuliano Germano*, cit., § 143.

le norme che disciplinano l'esercizio del potere. In altre parole, la struttura del ragionamento fondata sui diritti CEDU non costituisce unicamente uno strumento della Corte EDU per verificare sul piano internazionale se, nell'ambito della propria discrezionalità, le autorità interne hanno rispettato la CEDU; non si tratta solo di un ragionamento che le corti interne devono adottare al fine di valutare la compatibilità delle ingerenze pubbliche nell'esercizio dei diritti; ma deve essere intesa come un vincolo preesistente all'esercizio del potere da parte dell'autorità. Quest'ultima sarà quindi tenuta dal diritto interno stesso a compiere le proprie scelte plasmando il proprio procedimento sul ragionamento fondato sui diritti e dovrà esplicitare, se del caso nel proprio provvedimento, le ragioni che le hanno determinate.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press.

BARAK A. 2012. *Proportionality*, Cambridge University Press.

COHEN-ELIYA M., PORAT I. 2013. *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press.

DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.

FORST R. 2011. *The Right to Justification*, Columbia University Press.

KUMM M. 2007. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of The Proportionality Requirement*, in PAVLAKOS G. (ed.), *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Hart Publishing, 131 ss.

KUMM M. 2010. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 2010, 140 ss.

MOLLER K. 2012. *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.