

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2014

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

† Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 3/2014

Antonio D'Atena, *Ricordo di Piero Alberto Capotosti* v

saggi

Massimo Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale* 433

Maria Alessandra Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita* 503

Ilaria Carlotto, *I nuovi diritti e l'identità biologica* 561

Giorgio Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia* 597

osservatorio

Anna Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo* 629

attualità

Emiliano Frediani, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero* 653

RICORDO DI PIERO ALBERTO CAPOTOSTI

Con Piero Alberto Capotosti non scompare soltanto un eminente costituzionalista, viene anche a mancare un uomo che ha servito le istituzioni con limpidezza ed indipendenza esemplari, in modo autorevole e discreto, mai sopra le righe, dando prova di uno stile e di una misura cui è sempre rimasto fedele.

Apparteneva alla generazione di costituzionalisti venuta alla ribalta negli anni '70. Allievo di Carlo Lavagna, con Giuliano Amato, Antonio Stefano Agrò, Vittorio Di Ciolo, Alessandro Pizzorusso, Andrea Zorzi Giustiniani, Margherita Raveraira, Achille Chiappetti e Francesco Gabriele, ha, sin dagli inizi, manifestato una spiccatissima sensibilità per le dinamiche istituzionali nel loro concreto farsi, testimoniata dalle sue prime monografie: Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri, Milano 1975, e Problemi della riserva sull'attività radiotelevisiva, Roma 1979. Questa sensibilità era espressione di un impegno civile che non si manifestava soltanto nell'accademia, ed al quale si deve la sua costante attenzione per la tematica delle riforme istituzionali, a partire dal volume scritto a quattro mani con Roberto Ruffilli, nel 1988, in una stagione nella quale la crisi della prima Repubblica bussava alle porte, sino ai contributi più recenti, affidati ad articoli di giornale, ad interventi nel dibattito pubblico, ad interviste.

In tutte le sue prese di posizione, il dato che maggiormente colpiva era costituito dall'oggettività dell'approccio, dal rigore del ragionamento e dall'enorme equilibrio delle soluzioni.

Ed è proprio di questo, che, in una fase particolarmente delicata e complessa per la nostra vita costituzionale, come quella che stiamo vivendo, sentiremo maggiormente la mancanza.

A chi, come lo scrivente, ha avuto il privilegio di essergli amico per quasi cinquant'anni, restano i tanti ricordi, che, a seguito dell'improvvisa notizia della sua morte, si affollano alla memoria: le chiacchierate alla Sa-

pienza quando eravamo entrambi agli inizi, la comune partecipazione al concorso di assistente, da lui vinto, presso la cattedra di Carlo Lavagna, gli incontri insieme ad Angela, la compagna della sua vita, un' appassionata discussione dolomitica sui problemi dell'interpretazione, in un pomeriggio di 45 anni fa, la vivacità della quale suscitò la curiosità di un grande maestro del diritto civile che si trovava a passare per caso... E resta la profonda tristezza per il grande vuoto che la sua scomparsa lascia.

Antonio D'Atena

GARANZIE ED EFFICIENZA NELLA TUTELA GIURISDIZIONALE*

SOMMARIO: 1. Il problema dell'“efficienza” nella giurisdizione. – 2. L'“effettività della tutela giurisdizionale”. – 2.1. Il suo fondamento. – 2.2. Il suo contenuto. Profili generali. – 2.3. Il suo contenuto. La giurisprudenza (amministrativa). – 2.4. Il suo contenuto. Profili problematici. – 3. Un corretto avvicinamento alla soluzione del problema: la cultura giuridica nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto. – 4. Certezza del diritto e giurisdizione nel nuovo assetto costituzionale. – 5. Ulteriori profili teorici e applicativi. – 5.1. La critica alla legge in nome del diritto. – 5.2. Speditezza processuale e garanzie. – 5.3. La specifica questione della tutela cautelare. – 5.4. Riduzione del contenzioso e aumento dei costi della giustizia. – 6. Un cenno di conclusione (e qualche modesta proposta).

1. *Il problema dell'“efficienza” nella giurisdizione*

Nel nostro diritto positivo non troviamo espressioni come “efficienza della giurisdizione” o “efficienza della tutela giurisdizionale”. Questo non è un caso e credo che se ne diano almeno due ragioni.

La prima è che l'emersione costituzionale dell'“efficienza” si compie all'art. 97, laddove si stabilisce il principio del “buon andamento” dell'amministrazione¹, e che il rapporto fra art. 97 e attività giurisdizionale è complesso. La Corte costituzionale ha parlato di “*buon andamento dell'amministrazione della giustizia*”, affermando anche che si tratta di un

* Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi (“Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese”), Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 2014.

¹ Sulla difficile questione del contenuto dell'art. 97 Cost., cfr. C. PINELLI, *Articolo 97, Il “buon andamento” e l'“imparzialità” dell'amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 31 ss.

“servizio pubblico essenziale”², ma la peculiarità dell’amministrazione della giustizia non le è sfuggita, tanto che si è chiesta se fosse possibile assumere quel paradigma a metro di valutazione di tale plesso organizzativo. Il dubbio, però, è stato sciolto positivamente: è vero che l’art. 97 è “*inserito in una sezione della Carta costituzionale che s’intitola alla pubblica amministrazione*” e che la magistratura è “*un «ordine» ben differenziato dagli altri poteri ed apparati pubblici*”, ma non è meno vero che “*sarebbe paradossale voler esentare l’organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento*”³.

Eppure, l’applicazione del principio del buon andamento deve essere circoscritta. “*Tanto detto principio quanto il correlativo sindacato di legittimità costituzionale attengono [...] alle leggi concernenti l’organizzazione della giustizia: quindi a quelle che definiscono l’ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l’aspetto amministrativo*”. Invece, “*ambito del tutto diverso, ed estraneo per definizione alla tematica del buon andamento della pubblica amministrazione, è l’esercizio della funzione giurisdizionale [...]*”⁴.

È un indirizzo condivisibile: compito della giurisdizione non è funzionare “bene” per rapporto a questo o a quell’interesse pubblico, bensì assicurare una più generale prestazione di sistema, non confondibile con quella o quelle che di volta in volta sono rese dai singoli rami della pubblica amministrazione. Quale sia tale prestazione di sistema è discusso: si tratta, però, di questione cruciale ai nostri fini, sulla quale si dovrà tornare in seguito⁵. Per ora, basta dire che proprio il peculiare profilo funzionale della giurisdizione rende assai problematica una sua valutazione in termini di efficienza.

La seconda ragione è che nel diritto pubblico l’efficienza si predica, appunto, delle funzioni (meglio: del loro esercizio) e che la Costituzione mostra di avere della giurisdizione un concetto più complesso. È noto che la sua riduzione a funzione avrebbe potuto contare sull’autorità di

² Sent. n. 171 del 1996.

³ Sent. n. 86 del 1982, ma v. anche, fra le altre, sentt. nn. 18 del 1989 e 376 del 1993.

⁴ I passi riportati nel testo sono tratti dalla cit. sent. n. 376 del 1993. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale è ferma. Correttamente, dunque, si è affermato che “*per giurisprudenza costante di questa Corte, detto principio si riferisce agli organi dell’amministrazione della giustizia unicamente per profili concernenti l’ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l’aspetto amministrativo, ma non riguarda l’esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e i provvedimenti che ne costituiscono espressione*” (ord. n. 44 del 2006).

⁵ V. il par. 4.

Hegel, che, nei *Lineamenti di filosofia del diritto*⁶, negava la divisione dei poteri in quanto divisione (in quanto – cioè – “*autonomia assoluta* dei poteri, l’uno di fronte all’altro”), capace di distruggere l’unità dell’organizzazione statale⁷, e proponeva di intendere quelli che per Locke e per Montesquieu erano – appunto – “poteri” come mere “funzioni”, e cioè come modalità di manifestazione esterna della non discussa unità dello Stato. Non solo: sempre distaccandosi dalla fortunata sistemazione montesquieuiana, Hegel identificava come poteri/funzioni il legislativo, l’esecutivo e il sovrano, affidando al secondo la “sussunzione delle sfere *particolari* e dei casi singoli sotto l’universale”⁸, e precisando sia che “dalla decisione è distinta l’esecuzione” (consistente nella “applicazione delle decisioni del principe”), sia che “questo compito della sussunzione in generale comprende in sé il *potere governativo*, nel quale sono compresi il potere *giudiziario* e quello di *polizia*”⁹.

La prospettiva della Costituzione è più articolata. Lo dimostra la formula dell’art. 104, che, pur mal compresa da molti, risulta di voluta, ma illuminante, ambiguità: “*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”. Si tratta, dunque, di un “ordine”, non di un potere. Eppure, se questo ordine è indipendente da ogni “altro” potere, è evidente che, indirettamente, si finisce per qualificare come potere esattamente quel medesimo plesso organizzativo che poco prima sembrava essere stato qualificato altrimenti. Non è una svista. Non è una distrazione. E’, come accennavo, un’ambiguità voluta, con la quale i Costituenti volevano significare che quello giurisdizionale:

a) deve essere considerato un potere dal punto di vista dei conflitti di attribuzione *ex art. 134* della Costituzione (potere “diffuso”, come è noto, sicché qualunque giudice o ufficio del p.m. può promuovere un conflitto)¹⁰;

b) deve essere ben distinto dall’amministrazione¹¹, ma secondo una

⁶ I passi citati nel testo sono tratti dalla traduzione italiana di F. Messineo, Roma-Bari, 1974.

⁷ *Lineamenti*, cit., § 272.

⁸ *Lineamenti*, cit., § 273, ma anche § 283.

⁹ *Lineamenti*, cit., § 287.

¹⁰ La giurisprudenza è nota e costante. Da ultimo, la ricorda la sent. n. 1 del 2013 (sulla delicata vicenda delle intercettazioni delle comunicazioni del capo dello Stato).

¹¹ Peraltro, il rapporto della magistratura con gli altri poteri è definito, più che dall’art. 104, dall’art. 101. La formula del suo comma 1 è icastica: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo*”, il che significa che fonte della sua legittimazione, prima ancora che la perizia tecnica (il concorso, da superarsi ai sensi dell’art. 97 Cost.), è la volontà

concezione che, pur discostandosi da quella hegeliana, non si avvicina a quella medievale (nella quale, come notano le ricostruzioni più raffinate, la *iurisdictio* non solo era affiancata al *gubernaculum*, ma racchiudeva in sé l'essenza della sovranità)¹², bensì a quella – ormai dominante – lockeana e montesquieuiana, nella quale il vertice delle manifestazioni della sovranità è la legislazione (anche questo in forza di una sistemazione – quella bodiniana – indiscussa e tipica della modernità)¹³;

c) nondimeno, essendo qualificato direttamente come ordine e solo indirettamente come potere, non può essere inteso come titolare di prerogative *politiche*, cioè di prerogative che costituiscano manifestazione di discrezionalità politica (sicché non solo logicamente, ma per una precisa scelta di diritto positivo, una cosa deve considerarsi la *iuris-dictio* e altra la *legis-latio*)¹⁴.

Tutto questo spiega la ritrosia delle fonti costituzionali a valutare la giurisdizione in termini di efficienza e spiega anche perché nelle fonti legislative (peraltro largamente anticipate da significativi spunti della giurisprudenza) troviamo un paradigma diverso, qual è quello della “effettività della tutela giurisdizionale”. Spiega, poi, perché possano destare interrogativi e perplessità quei passaggi, che pur s’incontrano nel percorso giurisprudenziale, nei quali effettività ed efficienza sembrano subire processi di sovrapposizione e di confusione. La differenza concettuale non implica, però, un parallelo distacco pratico: vedremo anzi, nelle conclusioni, che l’efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell’effettività (della tutela).

2. L’“effettività della tutela giurisdizionale”

Nella legislazione nazionale (prescindo, dunque, dalla CEDU e dalla normazione primaria dell’Unione, in cui, pure, l’art. 19 del TUE dispone chiaramente che “*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali ne-*

popolare e che il fatto che la magistratura costituisca un ordine indipendente non vuol dire anche che sia un ordine separato.

¹² C.H. MCLWAYN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York 1947, trad. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, spec. 98.

¹³ J. BODIN, *Les six livres de la République*, L. I, Cap. X. Ma v. anche J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, cap. X, § 132 (e anche § 150): “*the form of government depend[s] upon the placing the supreme power, which is the legislative*”.

¹⁴ Sul punto, se si vuole, v. il mio *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2013, 3823 ss.

cessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”), la formula “effettività della tutela” (salvo il precedente impiego di formule analoghe, usate specie nel contesto dell'esecuzione del diritto internazionale)¹⁵ è stata introdotta, in un primo tempo, con riferimento alla sola definizione di alcune controversie *stragiudiziali*, come quelle previste dall'oggi abrogato art. 8, comma 2, del d. lgs. 28 luglio 2000, n. 253¹⁶, in materia di bonifici transfrontalieri, e dall'art. 29 della l. n. 262 del 2005, che ha introdotto il nuovo art. 128-*bis* del T.U.B., relativo alle controversie tra i clienti e le banche o gli intermediari finanziari¹⁷.

Solo con la legge di delegazione che ha poi condotto al codice del processo amministrativo il paradigma è stato esteso alle controversie *giudiziali*. È l'art. 44, comma 2, lett. *a*), della l. 18 giugno 2009, n. 69, infatti, a prevedere tra i principi e i criteri direttivi vincolanti per il legislatore delegato quello di “*assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato*”. Il principio, come è ben noto, è stato attuato dall'art. 1 del c.p.a., che, riprendendo una formula già presente nel nostro ordinamento, perché impiegata dalla Delibera 6 novembre 2008, n. 60, del Garante per la protezione dei dati personali (recante il “Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento

¹⁵ Alludo, ad esempio, al riferimento alla “tutela effettiva”, che si trova nei trattati che garantiscono la proprietà intellettuale, industriale e commerciale (art. 62 della l. 12 marzo 1996, n. 164, etc.). V., peraltro, lo stesso riferimento nelle premesse dei dd. ll. 24 aprile 2001, n. 150, 1° luglio 2002, n. 126, 24 giugno 2004, n. 158, relativi ai diritti del minore nel processo.

¹⁶ “*Con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di reclamo e di composizione dell'organo decidente i reclami, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*”.

¹⁷ “*Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*”. Il testo dell'art. 128-*bis* è stato poi sostituito da quello introdotto dall'art. 4 del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

dei dati personali per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria”¹⁸, ha stabilito che “*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”. Contemporaneamente alla legge di delegazione sul processo amministrativo, anche l’art. 44 della l. 7 luglio 2009, n. 88, recante “Delega al Governo per l’attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”, ha stabilito che i decreti legislativi attuativi devono assicurare, fra l’altro, il “rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo”.

L’art. 2, comma 2, della l. 31 dicembre 2012, n. 247 (recante “Nuova disciplina della professione forense”), infine, sembra congiungere in una sola formulazione l’esigenza della tutela stragiudiziale e di quella giudiziale. Prevedendo, infatti, che “*L’avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l’effettività della tutela dei diritti*”, la nuova legge professionale forense non distingue fra l’una e l’altra sede e onera l’avvocato anche della scelta più opportuna fra questa o quella via di tutela dei diritti.

Il principio della tutela effettiva nella giurisdizione fa dunque parte stabilmente, ormai, della nostra legislazione positiva. Ma ne esiste un fondamento extralegislativo? E qual è il contenuto del principio? Su nessuno dei due punti la giurisprudenza offre indicazioni univoche.

2.1. Il suo fondamento

Quanto al fondamento, pur limitandosi alla giurisprudenza amministrativa (visto che – come accennato – è proprio nel c.p.a. che il principio

¹⁸ Se ne veda il punto 1 del Preambolo: “*diversi soggetti, in particolare gli avvocati e i praticanti avvocati iscritti nei relativi albi e registri e chi esercita un’attività di investigazione privata autorizzata in conformità alla legge, utilizzano dati di carattere personale per svolgere investigazioni difensive collegate a un procedimento penale (L. 7 dicembre 2000, n. 397) o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. L’utilizzo di questi dati è imprescindibile per garantire una tutela piena ed effettiva dei diritti, con particolare riguardo al diritto di difesa e al diritto alla prova: un’efficace tutela di questi due diritti non è pregiudicata, ed è anzi rafforzata, dal principio secondo cui il trattamento dei dati personali deve rispettare i diritti, le libertà fondamentali e la dignità delle persone interessate, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (articoli 1 e 2 del Codice)*”.

trova specifica ospitalità) e in particolare a quella del Consiglio di Stato, potremmo dire che ce n'è davvero per tutti i gusti.

Abbiamo, anzitutto, alcune pronunce che non fanno riferimento a disposizioni specifiche. Così, è stato detto che la tutela effettiva:

- sarebbe un principio “*immanente nell'ordinamento*”, già prima – anzi – del c.p.a.¹⁹;
- sarebbe un “*diritto costituzionale*”²⁰;
- sarebbe “*di rilievo comunitario*”²¹.

Più numerose le decisioni che indicano (anche) singole disposizioni extralegislative (costituzionali, eurounitarie o convenzionali) sulle quali basarsi. Così, il principio è stato fondato:

- sull'art. 24 Cost.²²;
- sull'art. 97 Cost.²³;
- sugli artt. 3 e 24 Cost.²⁴;
- sugli artt. 24 e 111 Cost.²⁵;
- sugli artt. 24 e 113 Cost.²⁶;
- sugli artt. 24, 103 e 113 Cost.²⁷;

¹⁹ Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5166; Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4352. Segnalo che d'ora in avanti, per semplicità e ove non necessario, non si segnalerà la natura di “sentenza” del provvedimento giurisdizionale citato. Sarà invece indicato se si tratterà di “ordinanza”.

²⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5110.

²¹ Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514; Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2517; 26 giugno 2012, n. 3749; 8 maggio 2014, n. 2362.

²² Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5760; Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 488; Sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3736; Sez. V, 21 luglio 2009, n. 4580; Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 861; 15 aprile 2010, n. 2139; Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7277; Sez. IV, 8 novembre 2011, n. 5903; 20 gennaio 2012, n. 257; Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685; Sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4809; 14 marzo 2013, n. 1535; Sez. VI, 28 agosto 2013, n. 4310; Sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4623; Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983 (quest'ultima precisa che il connesso principio del processo equo risalirebbe, invece, all'art. 6 CEDU).

²³ Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7472.

²⁴ Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2335.

²⁵ Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5687; Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6091.

²⁶ Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7054; Sez. IV, 23 febbraio 2003, n. 950; 31 dicembre 2007, n. 6836; 18 giugno 2008, n. 3031; Sez. V, 4 marzo 2008, n. 817; Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744; 12 febbraio 2010, n. 804; 12 febbraio 2010, n. 806; Sez. V, 22 settembre 2011, n. 5345; 22 marzo 2012, n. 1630; 15 luglio 2013, n. 3795; 9 settembre 2013, n. 4474; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1225.

²⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2008, nn. 536, 537, 538, 540, 541 e 543; 26 febbraio 2008, n. 689; 5 marzo 2008, nn. 924 e 935; 27 marzo 2008, nn. 1249, 1250, 1256, 1257; 10 aprile 2008, n. 1564; 21 aprile 2008, n. 1787; 15 maggio 2008, n. 2235; 19 maggio 2008, n. 2293; 15 febbraio 2010, n. 835; Sez. V, 20 maggio 2010, n. 3189; Sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8504; 22 giugno 2011, n. 3802.

- sugli artt. 24, 111 e 113 Cost.²⁸;
- sempre sugli artt. 24, 111 e 113 Cost., ma anche sull'art. 6 CEDU e su ciò che si tratterebbe di un principio "*di rilevanza comunitaria*"²⁹;
- sull'art. 24 Cost. e sugli artt. 6 e 13 CEDU, "*divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009*"³⁰;
- sugli artt. 24 Cost. e 6 CEDU³¹;
- sugli artt. 24 Cost. e 13 CEDU³²;
- sugli artt. 24 Cost. e 6 e 13 CEDU³³;
- sugli artt. 24, 103 e 113 Cost., e sugli artt. 6 e 13 CEDU³⁴;
- "anche" sul diritto comunitario e sull'art. 6 CEDU³⁵.

Infine, vi è un gruppo di pronunce di non semplice interpretazione, nelle quali il principio di effettività della tutela giurisdizionale viene accostato ad altri principi o a specifiche previsioni normative, ma senza spiegare se, così facendo, si impieghino endiadi o si intenda alludere a principi effettivamente distinti. Così:

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 29 ottobre 2008, n. 5409; Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5427. Considerano anche l'art. 6 CEDU le sentt. Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9413; Sez. IV, 2 settembre 2011, nn. 4975 e 4976.

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2010, n. 4663; 18 agosto 2010, n. 5871. Non considera l'art. 6 CEDU la sent. Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6706.

³⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220. L'affermazione, è evidente, comporta il rovesciamento della sistematizzazione operata dalla Corte costituzionale con le sentt. nn. 347 e 348 del 2007, che – come è noto – hanno escluso la possibilità, per il giudice comune, di disapplicare la legge nazionale per violazione delle norme convenzionali (da assumere solo come paradigmi "interposti"). Più di recente, v. anche la sent. n. 80 del 2011: "*si deve [...] escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, omissis medio, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU*". In dottrina, l'applicazione diretta della CEDU è auspicata, ad es., da A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 1 ss., che vede nell'ord. n. 223 del 2014 una sorta di apertura in questa direzione. Non è questa la sede per mettere in luce i pericoli di una simile prospettiva. Risulta però chiaro, mi sembra, dalla generale impostazione di questo scritto, che qui si muove da premesse teoriche del tutto alternative.

³¹ Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6633.

³² Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2013, n. 2621.

³³ Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2012, n. 1194.

³⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3185.

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; 18 dicembre 2009, n. 8399; 27 aprile 2011, n. 2461; 30 giugno 2011, n. 3884; 18 aprile 2012, n. 2230; 20 dicembre 2013, n. 6143; 17 giugno 2014, n. 3039.

- si fa riferimento ai “*principi costituzionali di cui all’artt. 24 e 113 della Costituzione e di effettività della tutela giurisdizionale*”³⁶;

- si afferma che non si potrebbe assentire una certa conclusione, “*pena la manifesta violazione del principio di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.) oltre che dei principi predicati dagli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione*”³⁷;

- si scrive che “*il principio – di rilevanza comunitaria – dell’effettività della tutela*” impone certe cose, “*in coerenza con i principi di cui agli articoli 24, 111 e 113 Cost., nonché 6, par.1, CEDU*”³⁸;

- si dice che la tipicità delle azioni e delle modalità di tutela “*sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell’art. 24 della Costituzione*”³⁹.

Le incertezze della giurisprudenza amministrativa, che pure, come vedremo fra poco, fa uso frequente ed incisivo del principio, sono evidenti, ma comprensibili: la nozione di effettività della tutela giurisdizionale è posta al crocevia di così tanti percorsi normativi che risulta assai arduo isolare i singoli fili che la sorreggono. Del resto, né il giudice ordinario né quello contabile sembrano essere stati più precisi.

Nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza della Corte di cassazione (mi limito, per semplicità, a quella delle Sezioni Unite) dà il principio per scontato (e non ne indica il fondamento normativo); talvolta, invece, lo fonda sull’art. 24 Cost.⁴⁰; sull’art. 111 Cost.⁴¹; sugli artt. 24 e 111⁴²; sugli artt. 24 e 113⁴³; sugli artt. 24, 111 e 113⁴⁴; sugli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.⁴⁵; su “*coordinate costituzionali e comunitarie*”⁴⁶.

Anche per quanto riguarda la Corte dei conti, in genere il principio si dà per scontato; talvolta lo si collega agli artt. 113 Cost. e 6 e 13

³⁶ Cons. Stato, Sez. V, 3 luglio 2012, n. 3888.

³⁷ Cons. Stato, Sez. V, 10 luglio 2012, n. 4067.

³⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2012, n. 4273; 10 marzo 2014, n. 1089.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28.

⁴⁰ Sentt. 26 agosto 1991, n. 9129; 30 luglio 2008, nn. 20598 e 20599; ordd. 26 luglio 2004, n. 14060; 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; 15 giugno 2006, n. 13911; 19 aprile 2013, n. 9534.

⁴¹ Sentt. 23 dicembre 2008, n. 30254; 29 aprile 2009, nn. 9947, 9948 e 9949.

⁴² Ord. 10 febbraio 2010, n. 2906; sent. 25 marzo 2010, n. 7160.

⁴³ Sentt. 24 febbraio 1997, n. 1671; 22 luglio 1999, n. 500; 21 gennaio 2010, n. 969.

⁴⁴ Sentt. 19 marzo 2014, nn. da 6312 a 6318.

⁴⁵ Sent. 19 aprile 2002, n. 5730.

⁴⁶ Sentt. 21 dicembre 2005, nn. 28263 e 28264.

CEDU⁴⁷ o agli artt. 24 e 111 Cost.⁴⁸; talaltra si postula una sua diversità dal (ancorché compatibilità con il) principio della ragionevole durata del processo (che si fonderebbe sull'art. 111 Cost.)⁴⁹; infine, si usa taluna delle formule difficilmente interpretabili che già si sono ricordate (come “*Una diversa valutazione [...] contrasterebbe con l'art. 24 e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale [...]*”)⁵⁰.

Per soprammercato, nemmeno la Corte costituzionale ci ha offerto indicazioni univoche, il che è tanto più sorprendente, se solo si considera che è sua giurisprudenza costante che “*il legislatore può regolare in modo non rigorosamente uniforme i modi della tutela giurisdizionale a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima*”⁵¹. Nonostante questo rilievo dato alla nozione di tutela effettiva, la Corte non è stata precisa e, dopo aver affermato, in un primissimo tempo (e molto prima della positivizzazione del principio) che l'effettività della tutela giurisdizionale sarebbe “*garantita dall'art. 24 Cost. in via generale e dall'art. 113 Cost. nei confronti degli atti della pubblica amministrazione*”⁵², ha poi oscillato tra il fondarla sugli artt. 3 e 24 Cost.⁵³, se non sul solo art. 24⁵⁴ o sul solo art. 113⁵⁵. Si segnalano, peraltro, due note pronunce del 1995, nelle quali il principio veniva ricondotto agli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.⁵⁶.

Incertezze giurisprudenziali comprensibili, si diceva, ma non per questo prive di problematicità, perché fondare il principio sull'uno o sull'altro parametro ne condiziona – ovviamente – il regime. Così, postularne un radicamento costituzionale piuttosto che eurounitario o convenzionale implica – a tacer d'altro – la conseguenza che il principio potrebbe essere inserito fra quelli (“fondamentali” o “supremi”) che caratterizzano la nostra forma di Stato in modo così profondo da sot-

⁴⁷ Sez. II App., 27 febbraio 2014, n. 130.

⁴⁸ Sez. giurisdiz. Veneto, 10 maggio 2012, n. 262; Id., 15 maggio 2012, n. 306; Id., 12 novembre 2013, n. 378.

⁴⁹ Sez. giurisdiz. Toscana, 10 giugno 2008, n. 423.

⁵⁰ Sez. III App., 22 aprile 2014, n. 242.

⁵¹ Sent. n. 119 del 1995, ma l'indirizzo (sia pure con formulazione diversa) è risalente.

⁵² Sent. n. 63 del 1982; conforme, ord. n. 176 del 1985.

⁵³ Sent. n. 349 del 1987.

⁵⁴ Sent. n. 251 del 1989; implicitamente – sembra – anche la sent. n. 204 del 2004 e l'ord. n. 335 del 2004.

⁵⁵ Sent. n. 119 del 2013.

⁵⁶ Sentt. nn. 419 e 439 del 1995 (nelle quali si afferma l'essenzialità della garanzia che le pronunce giurisdizionali siano portate ad effetto).

trarsi alla revisione costituzionale, il che è logicamente impossibile nell'ipotesi in cui si preferisca la sua fondazione extracostituzionale. Non è innocente neppure la scelta fra i trattati UE o la CEDU, almeno se si continua a ritenere (come sarebbe doveroso, per rispettare l'art. 11 Cost.) che i rapporti fra ordinamento eurounitario e ordinamento nazionale siano retti ancora dal principio di competenza e non da quello gerarchico (in chiaro: appoggiandosi ai primi, il raggio di applicazione del principio si accorcia, essendo ridotto al pur ampio spazio delimitato dalle competenze dell'Unione). E innocente non è nemmeno la scelta dell'uno o dell'altro parametro costituzionale: agganciarsi all'art. 97 o all'art. 3, specie al suo comma 2⁵⁷, significa (oltre che richiamare – alludo all'art. 97 – una disposizione inconfidente per le ragioni già viste in apertura) postulare una fondazione del principio su esigenze *oggettive* e generali dell'ordinamento; agganciarsi agli artt. 24, 103 o 113, invece, vuol dire postularne la fondazione su esigenze *sogettive*, nel senso che il principio viene legato alla condizione dei singoli e non si connette direttamente a quelle dell'ordinamento nel suo complesso. Più problematico il richiamo all'art. 111, perché il principio del giusto processo, ivi formalizzato, presidia allo stesso tempo un interesse oggettivo dell'ordinamento e una pluralità di diritti soggettivi delle parti del processo.

L'alternativa tra la fondazione su esigenze soggettive o su esigenze oggettive non è senza conseguenze pratiche: si pensi alle diverse soluzioni che, nei due casi, sono implicate a fronte, ad esempio, dell'estensione e delle modalità della tutela cautelare (del che si dirà al par. 5.3.), ovvero del risarcimento del danno patito in ragione dell'eccessiva durata dei giudizi, che quanto più viene assicurato al singolo tanto più costa in termini di efficienza della "macchina", sovraccaricata di ulteriori domande giurisdizionali (valgono, sul punto, le note vicende della c.d. legge Pinto), e quindi tanto più grava sull'effettività della tutela dei portatori di altre domande.

La questione, peraltro, si intreccia con quella dei profili contenutistici del principio, dei quali ora si dirà.

⁵⁷ Uno spunto in questo senso in S. SENESE, *Giudice (Nozione e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VII, Torino 1991, 215, che peraltro vede in quella disposizione costituzionale soprattutto un imperativo di concretezza tale da richiedere al giudice di determinare, nell'esercizio delle sue funzioni, "l'esatto significato della norma nel caso concreto".

2.2. Il suo contenuto. Profili generali

Anche quanto al contenuto del principio non v'è grande chiarezza. Ne mancano, in verità, astratte definizioni giurisprudenziali, sicché si è costretti a desumerlo più dalla prassi applicativa che dalle affermazioni generali. Una pista significativa, nondimeno, ci è offerta, già prima della legislativa positivizzazione del principio, da una pronuncia costituzionale nella quale si è scritto ch'esso "*vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione*"⁵⁸.

La definizione era meno garantista di quanto potesse apparire di primo acchito: la soddisfazione concreta cui la Corte si riferiva, infatti, era solo quella connessa alla definitiva acquisizione del bene della vita reclamato, e quindi all'ottenimento di una pronuncia di merito. Si negava, dunque, l'essenzialità dell'azione cautelare al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale (nella specie, peraltro, si trattava del processo tributario, mentre, come è noto, soprattutto in quello amministrativo, sin dalla sent. n. 284 del 1974 si era detto il contrario)⁵⁹. Quel che più conta, però, è un altro e più generale profilo. Si tratta del riferimento alla soddisfazione "concreta" della pretesa fatta valere in giudizio.

Nel linguaggio giuridico l'effettività allude sempre ad un certo rapporto fra dover essere ed essere, fra diritto e fatto. In via di principio, si tratta dell'asseverazione della forza legittimante del fatto, che – come è noto – s'insinua anche nelle costruzioni più "pure" della scienza giuridica⁶⁰. Il riconoscimento di tale forza legittimante (legittimante l'esi-

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 63 del 1982.

⁵⁹ Più avanti, la sent. n. 249 del 1996 dirà, in via generale, che "*la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione (sentenze n. 253 del 1994 e n. 190 del 1985)*" e la sent. n. 336 del 1998, più in particolare, prenderà atto della scelta legislativa di introdurre la tutela cautelare anche nel processo tributario e ne constaterà la coerenza con l'indirizzo affermato in ordine al processo amministrativo. Più in generale, come si legge nella sent. n. 403 del 2007: "*La tutela cautelare, infatti, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (sentenza n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa (Corte di giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame)*".

⁶⁰ È scoperta l'allusione ad alcune problematiche pagine di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1970, 47: la dottrina pura del diritto "vuole liberare [...] la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei"; "la modificazione della norma fondamentale è successiva alla modificazione dei fatti che si

stenza dell'ordinamento in quanto ordinamento, si badi, non la sua validità)⁶¹ del fatto non costituisce per nulla una di quelle che Moore avrebbe denominato fallacie naturalistiche⁶², né si risolve nella critica alla nota dottrina humeana della non derivabilità del valore dal fatto⁶³. Quella dottrina, infatti, si colloca all'incrocio fra etica e conoscenza, risolvendosi – come è stato esattamente osservato – nel *dictum* che “nessuna proposizione etica (esprimente valutazioni e norme, morali, politiche, ideologiche, ecc.) è derivabile da un insieme di premesse costituito esclusivamente da proposizioni aletiche (esprimenti un atto di conoscenza, fattuale, scientifica, metateorica, ecc.)”⁶⁴. Dire che è legittimo quell'ordinamento che esiste nel fatto, invece, non attiene alla dimensione etica, ma a quella giuridica, e se la “legge di Hume” si oppone alla fallacia della *giustificazione* naturalistica (che opera la derivazione, ripeto, di un dover essere da un essere)⁶⁵, la giustificazione cui appunto si oppone è d'ordine etico, non giuridico⁶⁶. Giuridicamente, la legittimità

considerano produzione ed applicazione delle norme giuridiche valide [...]. Il principio di legittimità è limitato dal principio dell'effettività” (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. di M. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 237 ss.); “sono [...] presupposte come effettivamente valide solo le norme giuridiche le cui rappresentazioni siano efficaci. Se le norme – e in particolar modo le norme giuridiche – hanno un contenuto tale che le relative rappresentazioni rimangono completamente inefficaci, allora anche la teoria del diritto non presuppone tali norme come valide” (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, trad. it. di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano 2013, 60); “presupporre [...] come diritto positivamente vigente un ordinamento di regola efficace non è un mero fatto, è anche un postulato, è in qualche senso dovuto, comandato [...] nel campo della riflessione normativa o valutazione, si può riconoscere valida un'esigenza che ci determina nella scelta dei presupposti [...] in modo che il contenuto dell'ordinamento presupposto valido collimi il più possibile col contenuto di quanto effettivamente accade” (H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, trad. it. di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano 1989, 142 ss.).

⁶¹ La distinzione è efficacemente scolpita da G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XII, 3, il quale giustamente osserva come l'effettività sia limitativa, ma non costitutiva, della legittimità, che (almeno in prospettiva kelseniana) continua a connettersi alla norma fondamentale come criterio fondativo della validità.

⁶² G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge 1903, Cap. I, par. 10.

⁶³ V., in particolare, il *Treatise of Human Nature*, III, I, 1, 469-470.

⁶⁴ G. CARCATERA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano 1969, 14.

⁶⁵ V. ancora G. CARCATERA, *Fallacia naturalistica*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Firenze-Novara, 1979.

⁶⁶ Non può essere condivisa, dunque, l'opposta opinione di L. D'ANDREA, *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 2119.

dell'ordinamento non significa altro che la sua *positività*. Ed è appunto la positività che è "legata alla effettività"⁶⁷.

Non so quanto sia giusto ascrivere questa conclusione al "nichilismo giuridico", come fa da tempo uno dei nostri maggiori civilisti⁶⁸. Temo che, così facendo, venga sminuita la complessità delle sue premesse e delle sue conseguenze e sospetto che (come peraltro è stato scritto in uno dei più noti e limpidi contributi all'analisi del principio di effettività), ciò possa indurre l'equivoco che in questo modo si stia celebrando l'apologia della forza. Così, invece, non è. Da un lato, perché quello legittimante è pur sempre un fatto *sociale* (in sé ordinato, dunque, oltre che ordinante)⁶⁹; dall'altro, perché quello cui si allude, più che un unico fatto sociale, è un complesso di fatti *individuali*, di manifestazioni di volontà dei singoli⁷⁰. E, quel che più conta, se il principio di effettività impone di "riconoscere come diritto gli ordinamenti coercitivi effettivamente esistenti"⁷¹, nulla ci dice sulla questione *etica* del dovere di obbedienza che a quegli ordinamenti deve essere prestato.

A ben vedere, il collegamento fra il diritto e il fatto è un portato della modernità⁷² e della crisi delle grandi fondazioni etico-religiose. Vi si leggono, in trasparenza, il legato dell'individualismo creativo rinascimentale, per come interpretato soprattutto da Machiavelli (con la sua "disposizione spirituale prometeica")⁷³, l'ambizione illuministica di tradurre l'individualismo in sociale progettualità politica, in pratica di liberazione dai vincoli del passato e di capacità dei popoli di forgiarsi, da soli, il loro destino, e un'implicita premessa contrattualistica (che vuole il diritto e la stessa comunità politica un prodotto del comune consenso), sulla quale torneremo più avanti. La dottrina del potere costituente⁷⁴ non è altro che lo strumento teorico che, grazie a Sieyès, è stato elaborato per dar conto della grande trasformazione storica determinata dall'affermazione del principio di sovranità popolare. Checché se ne pensi, si tratta di una dot-

⁶⁷ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli 2009, 25 ss.

⁶⁸ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, 3° ed., Roma-Bari 2005. Da ultimo, dello stesso A., *Violenza "conforme alla legge" (da un carteggio Einstein-Freud)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 151 ss.

⁶⁹ P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano 1965, 430.

⁷⁰ P. PIOVANI, *Effettività*, cit., 431.

⁷¹ Così G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., 4.

⁷² Un cenno in questo senso anche in A. CATANIA, *Diritto positivo*, cit., 10 ss.

⁷³ L'acuta intuizione è di J. G. FICHTE, *Über Machiavelli als Schriftsteller, und Stellen aus seinen Schriften*, trad. it. di F. Ferraguto, *Machiavelli scrittore*, Roma 2014, 35.

⁷⁴ Non a caso richiamata, ancora, da P. PIOVANI, *Effettività*, cit., 430.

trina liberal-costituzionale⁷⁵, figlia della stessa cultura e delle stesse aspirazioni politiche delle dichiarazioni dei diritti⁷⁶, comportante un'implicita valenza garantista che oggi si ha difficoltà a cogliere solo a causa – da un lato – degli eccessi di alcuni suoi seguaci, che hanno immaginato un potere costituente illimitato, capace di svincolarsi anche dai condizionamenti della storia, e – dall'altro – dell'inadeguatezza dell'attuale cultura giuridica, specie costituzionalistica, che sembra non conoscere più l'origine degli istituti e arretra spaventata di fronte al potere, incapace di cogliere il suo volto salvifico⁷⁷, oltre quello (per dirla con Gerhard Ritter) “demoniaco”.

Quando ci si riferisce all'effettività, insomma, non si postula un semplice collegamento con il fatto, ma un collegamento che implica l'accettazione delle premesse della modernità, che segnano un complesso intreccio fra pretese ordinanti della collettività e radicamento individuale del processo costitutivo di quella pretesa (in quanto “democratico”). Alorché si parla di “effettività della tutela giurisdizionale”, però, si opera un parziale scarto. Come è noto, nel linguaggio giuridico, “effettività” è carattere che si predica, in genere, dell'ordinamento nel suo complesso, mentre quando ci si riferisce ad un elemento singolo (in genere ad una norma) si parla di “efficacia”⁷⁸. Mi sembra evidente, dunque, che la locuzione utilizzata dal nostro diritto positivo dovrebbe essere tradotta come “efficacia della tutela giurisdizionale” (tanto che solo per un doveroso ossequio al linguaggio normativo si deve continuare ad utilizzare la formula legislativa)⁷⁹. È proprio perché si tratta di *efficacia* della tutela

⁷⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Paris 1922, t. II, 518, e ora P. PASQUINO, *Il pensiero di Sieyès*, Introduzione a J. E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, Milano 1993, 4 ss.

⁷⁶ L'osservazione era già nella fondamentale ricerca di E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen 1909, 2.

⁷⁷ Chi lo dimentica farebbe bene a riflettere su quanto il pensiero politico occidentale (da Platone ad Aristotele, da Cicerone a San Tommaso, etc.) abbia visto nell'anarchia (nell'assenza di *arché*, appunto) il peggiore dei mali per una comunità politica.

⁷⁸ Lo ricorda, da ultimo, G. PINO, *Sul concetto di efficacia*, in AA.VV., *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi e A. Tucci, Milano-Udine 2013, 181. Non sono infrequenti, peraltro, usi linguistici diversi (così, ad es., in G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., 1, effettività ed efficacia sono impiegati come sinonimi).

⁷⁹ Non mi sembra casuale, allora, la sovrapposizione tra effettività ed efficacia che si incontra nella sent. Corte cost., n. 275 del 2001, laddove si afferma che “la scelta del legislatore si inquadra nella tendenza a rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace [...]” (conforme, ord. n. 140 del 2001).

che si può porre, in astratto, un problema di *efficienza* della giurisdizione che l'assicura, visto che uno dei sensi in cui il lemma efficacia viene utilizzato nel linguaggio giuridico è "l'attitudine di una norma di realizzare il valore dell'efficienza economica in generale, o di realizzare lo scopo specifico dell'atto normativo stesso nel modo più «economico» possibile (vale a dire con l'uso ottimale delle risorse disponibili)"⁸⁰. Di questo, però, si dirà in sede di conclusioni.

Ora, quel che conta è che una tutela può dirsi tanto più efficace quanto più è idonea a modellare il fatto al diritto ottenendo un risultato "pratico"⁸¹, ancorché – come si accennava – nel caso singolo e non già al livello generale dell'intero ordinamento. Peraltro, è evidente che, quanto più la tutela è efficace e il modellamento del fatto opera nei singoli casi, tanto più è effettivo l'ordinamento, visto che la sua effettività complessiva altro non è che il risultato di una pluralità di singole conformazioni del fatto al diritto. Il nodo, teorico e pratico assieme, allora, è in cosa debba risolversi questa conformazione del fatto al diritto. Prima di (cercare di) scioglierlo, vediamo come la giurisprudenza ha applicato il paradigma dell'effettività (efficacia...) della tutela. Un punto di vista, questo, di decisiva rilevanza, perché, alla fine, l'effettività non è altro che concreta esecuzione del comando legislativo⁸² e l'esecuzione avviene o per via di amministrazione o per via di giurisdizione.

2.3. *Il suo contenuto. La giurisprudenza (amministrativa)*

Se passiamo all'atteggiamento della giurisprudenza, restiamo impressionati dalla molteplicità dei casi in cui al paradigma dell'effettività della tutela sono stati collegati istituti giuridici, principi, massime comportamentali, criteri di risoluzione delle controversie. Non è certo casuale che gli indirizzi più ricchi si siano maturati nella giurisprudenza amministrativa: che sia così lo spiegano la storia (è stato il giudice amministrativo a

⁸⁰ Così, ancora, G. PINO, *Sul concetto di efficacia*, cit., 184.

⁸¹ Così, nella giurisprudenza CEDU, la sent. Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani v. Italia* (nella quale si è osservato che "il solo ricorso, indicato dal Governo nei presenti casi, che era in grado di migliorare le condizioni di detenzione denunciate, cioè il reclamo davanti al magistrato di sorveglianza a norma degli articoli 35 e 69 della legge sull'amministrazione penitenziaria, è un ricorso che, sebbene accessibile, non è effettivo nella pratica, nella misura in cui esso non permette di porre rapidamente fine all'incarcerazione in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione"). Da noi, Corte cost., sent. n. 135 del 2013 (che richiama quel precedente).

⁸² Cfr. G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., 1.

dover emanciparsi dal compito di assicurare la giustizia “nella” amministrazione e crearsi il compito di imporre la giustizia “alla” amministrazione) e l’attualità (è nel codice del processo amministrativo che – come si è visto – l’effettività della tutela è stata positivizzata con specifica prescrittività). È bene limitarsi, dunque, proprio alle decisioni del giudice amministrativo e, per semplicità, alle pronunce del Consiglio di Stato. Anche in questo modo, però, il campo resta immenso e l’elenco che segue non può avanzare alcuna pretesa di completezza.

Ebbene, a quel paradigma sono stati ricondotti: in via generale, il “*percorso evolutivo che ha accompagnato il giudizio amministrativo nella direzione di una «giurisdizione piena», percorso contrassegnato da una crescita progressiva degli strumenti di azione delle parti e dei poteri di cognizione dell’organo giudicante*”⁸³; l’ammissibilità (ormai da ritenersi, dopo il c.p.a., una certezza “inossidabile”)⁸⁴ delle azioni atipiche⁸⁵, ovvero l’interpretazione ampliativa delle azioni tipiche⁸⁶; la previsione del giudizio di ottemperanza⁸⁷, così come la congrua definizione dei poteri del giudice amministrativo in quella sede⁸⁸ e l’obbligazione dell’amministrazione di conformarsi al *dictum* del giudice⁸⁹, nel contesto di un integrale

⁸³ Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1927.

⁸⁴ F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell’interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, che può leggersi al sito www.giustizia-amministrativa.it, spec. par. 3.

⁸⁵ Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15; Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28; Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002; Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184. Sulla questione v’è anche un’accesa discussione in dottrina. Per una sua articolata ricostruzione (con posizione favorevole all’atipicità), G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L’evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli 2013, spec. 8; 80 ss.; 225 ss. Espressamente (e incisivamente) nel senso che il principio di pienezza ed effettività della tutela significa, anzitutto, che “tutte le situazioni protette debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall’ordinamento [...]”, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 472 e *passim*, specie 500.

⁸⁶ Sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858. In dottrina, proprio nella prospettiva dell’effettività della tutela, si propone, ad esempio, di qualificare l’azione di condanna dell’amministrazione ad un *facere* quale rimedio “tipico”: A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino 2012, 12.

⁸⁷ Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 947; Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338 (nella quale, icasticamente, si afferma che “*l’effettività della tutela giurisdizionale non dipende tanto dalla formale statuizione contenuta nelle decisioni, ma piuttosto dal grado di eseguibilità delle decisioni stesse*”); Sez. VI, ord., 21 febbraio 2005, n. 609; Sez. V, 30 gennaio 2008, n. 281; Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 933.

⁸⁸ Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

⁸⁹ Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539.

ripensamento dei tratti caratteristici di tale giudizio (che sembra essere quello che ha conosciuto l'evoluzione più significativa)⁹⁰; l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per la restituzione di somme anche nei confronti di un'amministrazione diversa da quella che era stata parte del giudizio di legittimità⁹¹; l'obbligo dell'amministrazione di adeguare, a seguito di annullamento di un suo atto, lo stato di fatto e di diritto alla situazione antecedente l'emanazione dell'atto annullato⁹²; il diritto del cittadino ad ottenere il bene della vita oggetto di un giudicato di accoglimento⁹³, così come la legittimazione all'impugnazione di una sentenza che non abbia assicurato il bene della vita reclamato⁹⁴; la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione risarcitoria⁹⁵; la sussidiarietà della tutela risarcitoria rispetto a quella restitutoria⁹⁶ e l'esplicita preferi-

⁹⁰ La problematica è nota (da ultimo, in dottrina, M. SANINO, *Il "nuovo" giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. Pellegrino e A. Sterpa, Roma 2014, 373 ss.).

È interessante notare, però, che se la nuova configurazione dell'ottemperanza si radica nell'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale (*"il giudizio di ottemperanza [...] presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, [...] che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell'ottemperanza il giudice competente [...]"*) (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, ma v. anche Sez. IV, 23 aprile 2013, n. 2260; Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 199), non mancano casi in cui si avverte che l'aumento dei poteri del giudice dell'ottemperanza potrebbe anche metterla in discussione. Così, ad esempio, si scrive che *"il giudice dell'ottemperanza è chiamato non solo alla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione [...], ma anche ad apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto per stabilire in concreto se il ripristino della situazione soggettiva, sacrificata illegittimamente, come definitivamente accertato in sede di cognizione, sia compatibile con lo stato di fatto e/o diritto prodotti medio tempore"*, ma si ha cura di precisare che *"una simile ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza [non] implica un inammissibile vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, trattandosi piuttosto del naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo [...]"* (Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3468, ma v. anche, sul rischio di quel vulnus, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 898; Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 416; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1256).

⁹¹ Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4934.

⁹² Sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2106.

⁹³ Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2789.

⁹⁴ Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7442.

⁹⁵ Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169.

⁹⁶ Sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5359; Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280; Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960; Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6425; Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2555; Sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309; Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; Sez. IV, 10

bilità della seconda alla prima⁹⁷; il riconoscimento al giudice amministrativo di poteri più ampi – comprensivi dell'accertamento nel merito della pretesa del ricorrente – di fronte al silenzio della p. A.⁹⁸; il pieno – sebbene logico, non arbitrario e condizionato dal limite che il giudice non può sostituirsi alla p. A. – sindacato sulla discrezionalità tecnica⁹⁹; la decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento amministrativo dal giorno della conclusione delle formalità pubblicitarie, anche in sede europea¹⁰⁰ e comunque, nel caso di atti aventi destinatari specifici, dal giorno in cui esso è portato alla loro altrettanto specifica conoscenza¹⁰¹; l'intangibilità del giudicato¹⁰², anche a fronte di interventi legislativi retroattivi¹⁰³; l'inefficacia sopravvenuta del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione¹⁰⁴; la scusabilità dell'errore¹⁰⁵; il ricorso

dicembre 2009, n. 7744; Sez. III, 4 settembre 2013, n. 4408. È interessante ricordare che la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare la sua residualità nella sent. n. 49 del 2011.

⁹⁷ Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490.

⁹⁸ Sez. VI, 10 luglio 2001, n. 3803; Sez. VI, 14 marzo 2006, n. 1332.

⁹⁹ Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4082; Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435; Sez. IV, 30 giugno 2005, nn. 3451 e 3454; Sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3929; Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4007; Sez. VI, 9 novembre 2006, nn. 6607 e 6608; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; Sez. VI, 27 ottobre 2009, n. 6559; Sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275; Sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6706; Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9413; Sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 229; Sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514; Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2461; Sez. V, 23 giugno 2011, n. 3807; Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3896; Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1330; Sez. VI, 18 aprile 2012, n. 2230; Sez. III, 3 maggio 2012, n. 2554; Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901; Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4862; Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873; Sez. IV, 23 aprile 2013, n. 2253; Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722; Sez. VI, 9 luglio 2013, nn. 3611 e 3613; Sez. VI, 17 luglio 2013, n. 3900; Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4449; Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6143; Sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1089; Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3039; Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3357.

¹⁰⁰ Sez. V, 22 luglio 2002, nn. 4012 e 4013; Sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747.

¹⁰¹ Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36; Sez. V, 19 febbraio 2008, n. 568; Sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6365.

¹⁰² Sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 356; Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1001.

¹⁰³ Sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6422.

¹⁰⁴ Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666; Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1523; v., però, per diversa soluzione della vessata questione, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9.

¹⁰⁵ Sez. VI, 10 gennaio 2005, n. 4; Sez. V, 21 giugno 2005, n. 3268; Sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026; Sez. V, 23 maggio 2006, n. 3043; Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 400; Sez. IV, 6 maggio 2008, n. 2037; Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2865; Sez. V, 10 marzo 2009, n. 1381; Sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1853; Sez. V, 15 luglio 2014, nn. 3708, 3709 e 3710, nonché, con significativi *caveat* sulla concessione del beneficio, Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; Sez. VI, 15 novembre 2011, nn. 6018 e 6019; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127; Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2155; Ad. Plen., 9 agosto 2012, n.

del terzo avverso l'immutazione dello *status quo ante* a seguito di una d.i.a.¹⁰⁶ o di altro titolo abilitativo¹⁰⁷; la legittimazione al ricorso giurisdizionale di chi ha partecipato al procedimento amministrativo – se titolare di una situazione giuridica qualificata –, non essendo tale partecipazione sufficiente ad assicurare la tutela dei suoi interessi¹⁰⁸; la scrutinabilità nel merito (in quanto infondato) di un ricorso inammissibile¹⁰⁹; l'esigenza (già affermata dalla Corte di giustizia) che tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto passi un tempo adeguato¹¹⁰; il principio di preclusione del contrasto fra giudicati¹¹¹; la limitazione dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario ai casi di identità o stretta consequenzialità degli atti impugnati¹¹²; la rinnovabilità degli atti di un concorso nonostante il notevole lasso di tempo intercorso tra la nomina dei vincitori e il suo annullamento¹¹³; la conversione del rito¹¹⁴; la concentrazione della tutela (nella specie: risarcitoria) davanti ad un unico giudice¹¹⁵; l'istituto della notifica per pubblici proclami¹¹⁶; l'ammissione di censure generiche nel contenzioso elettorale, di particolare complessità per il ricorrente¹¹⁷; la necessità della congrua conoscenza del rischio della perenzione¹¹⁸; la sufficienza dell'istanza di fissazione di udienza al fine della ripresa del processo amministrativo sospeso¹¹⁹; l'interesse a contestare la decisione dell'amministrazione di scegliere un socio privato senza gara pubblica¹²⁰; l'interesse strumentale all'integrale riedizione di una proce-

32; Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5844; Sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 305; Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 394; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3801; Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5263.

¹⁰⁶ Sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1093; Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

¹⁰⁷ Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550; Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139.

¹⁰⁸ Sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113; Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016.

¹⁰⁹ Sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1415.

¹¹⁰ Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2846.

¹¹¹ Sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4041.

¹¹² Sez. V, 5 febbraio 2007, n. 454; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4650.

¹¹³ Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1522.

¹¹⁴ Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1590.

¹¹⁵ Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10; Ad. Plen., ord. 16 novembre 2011, n. 20; Ad. Plen., ord. 4 febbraio 2013, n. 4.

¹¹⁶ Sez. V, 10 agosto 2007, nn. 4414, 4418, 4420, 4425, 4431, 4432, 4433, 4434; Sez. V, 31 agosto 2007, n. 4520; Sez. V, 7 settembre 2007, nn. 4710 e 4711.

¹¹⁷ Sez. V, 4 marzo 2008, n. 817; Sez. V, 28 aprile 2011, n. 2541; Sez. V, 22 settembre 2011, n. 5345; Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1630; Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4349; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3795; Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4474.

¹¹⁸ Sez. IV, Ord. 19 maggio 2008, n. 2305.

¹¹⁹ Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

¹²⁰ Sez. V, 3 giugno 2010, nn. 3489 e 3490; Sez. V, 10 agosto 2010, n. 5535.

dura di gara¹²¹; la possibilità di scegliere se esaminare prima il ricorso principale o quello incidentale¹²²; la necessità di non intendere formalisticamente la nozione di ricorso cumulativo ammissibile¹²³; la possibilità di modulare nel tempo gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo¹²⁴; l'illegittimità della definizione di una gara nell'imminenza della decisione del giudice amministrativo sulla sua contestazione¹²⁵; la delimitazione rigorosa della fattispecie dell'atto politico¹²⁶; la procedibilità dell'appello proposto come principale quando avrebbe dovuto essere incidentale¹²⁷; la tesi che *"titolare di una posizione qualificata di interesse antitetica a quella del ricorrente non è [...] solo chi abbia conseguito un vantaggio specifico per effetto dell'atto impugnato ma anche chi, per effetto dell'atto negativo gravato, abbia evitato un pregiudizio specifico"*¹²⁸; la possibilità di tenere conto, in una sentenza, di altra sentenza già resa dal medesimo collegio, ancorché non ancora pubblicata¹²⁹; il principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici, che comporta la necessità di non estendere l'annullamento al di là di quanto è necessario¹³⁰; la drastica limitazione delle ipotesi dell'assorbimento dei motivi¹³¹; il carattere non necessario della prova della colpa dell'amministrazione nell'azione risarcitoria a seguito del mancato affidamento di una gara¹³²; l'ammissibilità dell'introduzione di censure di incostituzionalità nel corso del giu-

¹²¹ Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7515; Sez. V, 21 febbraio 2011, n. 1082.

¹²² Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154. Come è noto, la questione sarà interamente ridefinita dalla sentenza CGUE, Sez. X, 4 luglio 2013, Causa C-100/12, *Fastweb SpA.*, con l'affermazione del principio che *"l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale"*.

¹²³ Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8251; Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.

¹²⁴ Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

¹²⁵ Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3004.

¹²⁶ Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

¹²⁷ Sez. VI, 9 agosto 2011, n. 4722.

¹²⁸ Sez. V, 28 settembre 2011, n. 5391.

¹²⁹ Sez. IV, 20 gennaio 2012, n. 257; Sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4809.

¹³⁰ Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332.

¹³¹ Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6475.

¹³² Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397; Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725.

dizio, almeno a fronte di sentenze caducatorie della Corte costituzionale¹³³; la resistenza della sentenza di rigetto passata in giudicato all'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione¹³⁴; il conferimento alle parti del processo della facoltà di gradazione delle domande¹³⁵; la possibilità di proporre assieme il ricorso in ottemperanza e quello impugnatorio¹³⁶, etc.

Un elenco, come si vede, impressionante, dal quale – indubbiamente – si desume l'intenzione di offrire alle situazioni soggettive dedotte in giudizio la massima possibile tutela. Tuttavia, il criterio della massima tutela effettiva è assai incerto e non consente di risolvere con sicurezza i contrasti. Proprio la giurisprudenza dimostra la fondatezza di questo assunto.

2.4. *Il suo contenuto. Profili problematici*

Come si diceva, la stessa giurisprudenza (anche ordinaria) dimostra che il criterio della massimizzazione della tutela non è affidabile e non consente di risolvere con sicurezza i conflitti tra situazioni soggettive proteggibili. Quel criterio, infatti, presuppone: a) conflitti binari, che oppongano la situazione soggettiva del singolo al pubblico interesse; b) un interesse pubblico imputabile allo Stato-persona o ad altra entità subiettivizzata. Invece: a1) nel diritto civile i conflitti sono fra più parti private e anche nel diritto amministrativo sono sovente plurimi, per la presenza del controinteressato¹³⁷; b1) in una democrazia pluralistica l'interesse

¹³³ Sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993, così temperando un indirizzo rigido quanto alla rilevabilità d'ufficio dei vizi di legittimità costituzionale che desta le più serie perplessità.

¹³⁴ Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1669.

¹³⁵ Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362.

¹³⁶ Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2730; Sez. III, 23 giugno 2014, n. 3176.

¹³⁷ È alla posizione del controinteressato che si allude quando si osserva che *“l'obiettivo di tempestività ed effettività della tutela giurisdizionale [...] non può andare a discapito delle esigenze che sia garantito il contraddittorio e l'esplicazione dei diritti di difesa”* (Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5734. Ed è sempre alla posizione del controinteressato (oltre che della stessa amministrazione resistente) che si fa riferimento quando si ribadisce che *“la generale valenza del principio di domanda e del divieto di ultrapetizione [...] non consentono al Giudice di integrare i confini del thema decidendum neppure laddove tale inammissibile integrazione sia realizzata al ritenuto fine di garantire la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale”* (Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2562. O, ancora, quando si delimitano rigorosamente le ipotesi di errore scusabile (v. le indicazioni date alla nt. 105) o si dice che *“l'esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, configura abuso del processo e lede il principio del giusto processo”* (Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537).

pubblico tende ad essere l'epitome degli interessi di ciascuno degli appartenenti alla comunità. È ingenuo, dunque, immaginare una lineare e risolutiva applicazione del criterio.

Non basta. La Corte costituzionale, posta di fronte alla delicata questione della c.d. tutela multilivello dei diritti, ha affermato che *“il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa”*¹³⁸. E ha anche precisato che *“la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”*, sicché è doveroso *“evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”*. Conclusivamente, *“Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”*. Ora, in questo modo la Corte ha finalmente preso atto di un serio problema che solo una parte minoritaria della dottrina aveva segnalato: che nessun ampliamento del catalogo dei diritti è senza costo, non solo e non tanto perché ogni nuovo diritto aumenta le posizioni di svantaggio e soggezione che sono funzionali al suo soddisfacimento, ma anche e soprattutto perché quel nuovo diritto altera la posizione relativa dei diritti preesistenti, spostando i termini del bilanciamento al quale sono destinati in caso di conflitto con altri diritti o valori concorrenti. La soluzione data a tale problema, però, non è del tutto soddisfacente.

Che significa “risultato complessivo”? È davvero possibile calcolare “nel complesso” le garanzie offerte da un ordinamento? Come si fa a raffrontare il “*plus*” di tutela offerta ad una situazione soggettiva con il “*minus*” che ne deriva per quelle che le si oppongono? E non si rischia, infine, di far subire al principio di massimizzazione della tutela la stessa sorte del principio di progressività delle imposte, che, proprio perché inteso in senso “complessivo” (una costante giurisprudenza costituzionale, come è noto, afferma da tempo che *“ai sensi dell'art. 53, secondo comma, Cost., «i criteri di progressività» debbono informare il «sistema*

¹³⁸ Corte cost., sent. n. 317 del 2009. L'affermazione è ripetuta dalla giurisprudenza successiva. V., da ultimo, l'ord. n. 223 del 2014.

tributario» nel suo complesso e non i singoli tributi”)¹³⁹, ha finito per essere sostanzialmente disinnescato, visto che solo uno specifico tributo (per ragioni di rilevanza) può essere oggetto di una *quaestio de legitimitate*¹⁴⁰, ma che la declaratoria di incostituzionalità di un singolo tributo per difetto di progressività “complessivo” è quasi inconcepibile? La massimizzazione della tutela è principio interessante, dunque, ma scarsamente operativo.

Ancora. Il criterio della massimizzazione della tutela potrebbe funzionare se davvero si sapesse cosa va massimizzato, ma proprio questo è un punto oscuro. Quando la giurisprudenza ha cercato di definire in cosa il paradigma della tutela effettiva consista si è trovata a mal partito, perché da quel paradigma si possono derivare indicazioni prescrittive addirittura contraddittorie. Gli esempi non mancano¹⁴¹, ma è bene concentrarsi su tre questioni, concernenti il rapporto fra tutela effettiva e: speditezza processuale; giusto processo; certezza del diritto. Vediamole, in sintesi, partitamente.

i) Non sono poche le pronunce in cui effettività della tutela e speditezza del processo sono poste fianco a fianco. Talvolta le si enuncia in forma di endiadi, le si collega o si afferma che l’un paradigma contiene l’altro, ma in altre occasioni esse sono messe in alternativa.

Sembra d’essere di fronte ad un’endiadi quando si parla dei “*principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo*”¹⁴² o di un “*diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo e alla effettività della tutela giurisdizionale*”¹⁴³; quando si ha “*riguardo all’effettività ed alla celerità del bene – giustizia, di cui il legislatore non può non tener conto nel particolare momento storico*”¹⁴⁴; quando si evocano “*i criteri dell’effettività della tutela giurisdizionale e dell’economia proces-*

¹³⁹ Così, fra le più recenti, la sent. n. 102 del 2008, ma la giurisprudenza è costante.

¹⁴⁰ È evidente, infatti, che (ammesso e non concesso che fosse possibile ricostruire un vero “sistema” della nostra imposizione fiscale) sarebbe inammissibile per irrilevanza una questione di costituzionalità che avesse ad oggetto “*il «sistema tributario» nel suo complesso*”.

¹⁴¹ Come si dice nel testo, qui ci si concentra sull’essenziale. Nondimeno, anche in altre fattispecie si agitano questioni assai delicate: si pensi al rapporto tra l’effettività della tutela e l’interesse alla riscossione dei tributi, del cui “bilanciamento” si occupano le sentt. Corte cost., nn. 522 del 2002 e 198 del 2010.

¹⁴² Corte cost., sent. n. 304 del 2011.

¹⁴³ Cons. Stato Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7584. Analogamente, Ad. Plen., ord. 16 novembre 2011, n. 20, Sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 6501; Sez. III, 7 maggio 2012, n. 2613; Ad. Plen., ord. 4 febbraio 2013, n. 4; Sez. III, 9 aprile 2013, n. 1959.

¹⁴⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5359.

suale”¹⁴⁵; quando si afferma che “la valorizzazione del principio di pie-
nezza e di effettività della tutela giurisdizionale esclude [...] che la dilata-
zione dei tempi procedurali dovuta all’illegittimità della condotta dell’am-
ministrazione possa ritorcersi a danno del ricorrente vittorioso”¹⁴⁶.

Si prospetta un collegamento fra i due paradigmi (che peraltro ven-
gono intesi, così, come distinti) quando si dice che “l’effettività della tu-
tela dei propri diritti cui è preordinata l’azione, ed in definitiva la stessa ef-
ficacia della giurisdizione, si combina con la durata ragionevole del pro-
cesso”¹⁴⁷; che l’effettività della tutela “non può essere disgiunta dalla sua
tempestività”¹⁴⁸; che (con formula equivalente) “la effettività della tutela
non è scindibile dal requisito della prontezza”¹⁴⁹; che le “ragioni di econo-
mia processuale [...], in via generale, sono da ritenere collegate a sostanziali
esigenze di effettività della tutela”¹⁵⁰; che in alcuni istituti va vista una ga-
ranzia dell’economia processuale e “quindi” dell’effettività della tutela¹⁵¹;
che va ammessa una certa tecnica processuale in quanto “funzionale alle
esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ed ai più generali principi
di giustizia sostanziale e di economia processuale”¹⁵²; che “la normativa sul
dimezzamento del termine di deposito del ricorso non risulta in contrasto
con i principi costituzionali sulla effettività della tutela, in ragione degli
obiettivi perseguiti dal legislatore, volti alla più rapida definizione delle
controversie nella materia degli espropri per pubblica utilità”¹⁵³.

Si ipotizza che la speditezza processuale sia un profilo interno della
tutela giurisdizionale effettiva quando si dice di operare “nel segno della
effettività della tutela giurisdizionale, di cui è aspetto la ragionevole durata
del processo”¹⁵⁴, quando si dice che l’art. 111, comma 1, Cost., “mediante
i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello
di effettività della tutela giurisdizionale”¹⁵⁵, o quando si afferma che “la

¹⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154. Analogamente, Sez. VI, 15 giu-
gno 2009, n. 3829; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527; Sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 184.

¹⁴⁶ Giurisprudenza costante. Il passo riportato nel testo è tratto da Cons. Stato, Sez.
V, 19 marzo 2009, n. 1627.

¹⁴⁷ Corte cost., sent. n. 388 del 1999.

¹⁴⁸ Corte cost., sent. n. 186 del 2013, ma v. anche sent. n. 172 del 2014.

¹⁴⁹ Corte cost., sent. n. 154 del 1992.

¹⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046.

¹⁵¹ Cons. Stato Sez. IV, 16 gennaio 2013, nn. 258 e 259; 17 gennaio 2013, n. 275.

¹⁵² Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435. V. anche Sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373.

¹⁵³ Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4293, che correttamente richiama la sent.
Corte cost., n. 427 del 1999.

¹⁵⁴ Cass. civ., Sez. Un., ord. 5 novembre 2001, n. 13682.

¹⁵⁵ Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

durata del giudizio non deve per quanto possibile volgersi a danno del ricorrente venendo altrimenti lesa il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale"¹⁵⁶.

Altre volte, però, speditezza ed effettività sono viste come diverse¹⁵⁷ o potenzialmente confliggenti. Ad esempio, quando si afferma che *“la sentenza, ancorché succintamente motivata, è idonea a definire un giudizio a cognizione piena, non essendovi alcuna reciproca interdipendenza tra semplificazione della motivazione e sommarietà della cognizione [...] e che la semplificazione della motivazione, nei casi speciali previsti dalla legge, è strumentale all'esigenza di garantire una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111, comma 2, Cost., essendo compatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale”*¹⁵⁸, si postula che speditezza ed effettività possano essere “compatibili”, ma per ciò solo si dà per scontato che possano anche non esserlo. O quando, sempre a proposito della sentenza in forma semplificata, si nega ch'essa comprometta il principio del contraddittorio, si giunge a questa conclusione solo perché si postula un “contemperamento” tra esigenze contrapposte¹⁵⁹. O, infine, quando, in materia di appalti, è posta *“la delicata questione di bilanciare [...] – da un lato – l'esigenza di garantire la celerità dei riti [...] e – dall'altro – l'esigenza di garantire comunque la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale [...]”*¹⁶⁰, si dà per scontato che i principi da bilanciare (proprio perché reciprocamente raffrontabili) siano diversi.

Né mancano i casi in cui il conflitto si fa palese: come altro interpretare l'affermazione che *“il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale non può essere inteso con un grado di ampiezza tale da ammettere ingiustificabili forme di frazionamento delle occasioni di impugnativa supportate dal solo interesse individuale a moltiplicare le iniziative contenziose”*¹⁶¹?

ii) Quanto al giusto processo, il relativo principio è sovente procla-

¹⁵⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6648.

¹⁵⁷ V., ad es., Cass. civ., Sez. Un., ord. 26 luglio 2004, n. 14060, e soprattutto Sez. Un., 18 gennaio 2007, nn. da 1052 a 1063, sulle quali si tornerà più avanti.

¹⁵⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2002, nn. 3929, 3930 e 3931; ma v. anche Sez. V, 8 settembre 2003, n. 5032, e 19 marzo 2009, n. 1624.

¹⁵⁹ *“Questo sì rispettoso del principio di effettività della tutela giurisdizionale quale esso è desumibile dagli artt. 3 e 24 Cost.”*, precisa Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2335.

¹⁶⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 896.

¹⁶¹ Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393.

mato “inscindibile” da quello dell’effettività della tutela¹⁶², altre volte lo si ritiene un profilo di quello dell’effettività della tutela¹⁶³, mentre in altre occasioni i profili di conflitto non possono non emergere. Così, in particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che, in un caso specifico allora sottoposto al suo scrutinio, “*il diritto di difesa (art. 24 Cost.) risulta [...] cedevole a fronte del valore del giusto processo (art. 111 Cost.), per il profilo della ragionevole durata delle liti, che trova innegabile ostacolo nella mole abnorme del contenzioso [...]*”¹⁶⁴.

iii) Anche quanto alla certezza del diritto abbiamo esempi di formule giurisprudenziali che ne parlano assieme all’effettività della tutela in forma di endiadi (“*effettività e certezza della tutela giurisdizionale*”)¹⁶⁵; in qualche altro caso la si colloca pacificamente accanto all’effettività¹⁶⁶, addirittura implicando una sovrapposizione fra i due paradigmi (come quando si dice che “*del resto, anche la Corte di Giustizia ha ritenuto la compatibilità di un regime di impugnazione con termini di decadenza con la disciplina comunitaria, affermando che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all’esigenza di effettività della tutela, in quanto costituisce l’applicazione del principio della certezza del diritto [...]*”)¹⁶⁷, ma in genere le possibilità di un conflitto sono ben presenti alla giurisprudenza.

Talvolta si parla in generale di “*contrapposti principi: legalità e certezza del diritto, effettività della tutela ed onere impugnatorio*”¹⁶⁸, o del fatto che “*non è sempre semplice conciliare l’interesse alla più ampia tutela degli interessati con l’esigenza di certezza del diritto*”¹⁶⁹, ovvero della necessità di un contemperamento tra esigenze di tutela effettiva e principio di certezza dell’azione amministrativa, sia in generale¹⁷⁰ che in riferimento a singole sue manifestazioni, come la segretezza delle offerte nelle pubbliche gare¹⁷¹ o come il principio della imparzialità-terzietà del

¹⁶² Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482; Sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3411; Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4449; Sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 505.

¹⁶³ Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, già cit.

¹⁶⁴ Corte cost., sent. n. 157 del 2014.

¹⁶⁵ Cass. civ., Sez. Un., ordd. 18 giugno 2010, n. 14828; 6 luglio 2010, n. 15981.

¹⁶⁶ Cons. Stato, Sez. III, 30 agosto 2013, n. 4336.

¹⁶⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2623.

¹⁶⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657.

¹⁶⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3464.

¹⁷⁰ Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2107; 26 settembre 2013, n. 4786; 26 novembre 2013, n. 5606; 30 aprile 2014, n. 2255.

¹⁷¹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2142. La sent. Sez. IV, 18 dicembre 2013,

giudice¹⁷², ma talaltra si coglie analiticamente la complessità della questione.

È significativo un caso in cui si è ritenuto di accogliere “*le impostazioni tradizionali nella giurisprudenza del Consiglio [di Stato], relative alla normale efficacia caducante dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto conseguente*”, ma si è precisato che ne occorreva un “*temperamento consistente nel riconoscimento della tutela della buona fede (e della salvezza dei diritti acquisiti in buona fede [...])*”, perché “*le vicende circolatorie dei beni non rispondono solo al principio consensualistico ma anche ai diversi principi della tutela dei terzi, dell’apparenza del diritto, della rilevanza della buona fede, del formalismo giuridico, della certezza del diritto pure essenziali per il corretto funzionamento del mercato*”¹⁷³. Non si poteva essere più chiari, sicché colpisce che in altra occasione, e sempre a proposito del rapporto fra annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto, si sia detto che “*il quadro delle soluzioni configurate dalla giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, si rivela composito ed articolato e, perciò, privo di quella necessaria coerenza e di quell’indispensabile sistematicità che, sole, in una fattispecie così rilevante, assicurano la certezza dei rapporti giuridici, l’uniformità delle relative regole di giudizio e, in definitiva, l’effettività della tutela giurisdizionale*”¹⁷⁴.

Come si vede, nemmeno sul terreno del rapporto tra i principi che reggono l’attività giurisdizionale si può contare su indicazioni univoche e si ha l’impressione che uno sforzo di pulizia terminologica e concettuale debba essere ancora compiuto. Paradigmatico, a questo proposito, mi sembra un passaggio di alcune pronunce (identiche) della Suprema Corte, nel quale si scrive che “*La matrice unitaria che giustifica le soluzioni di questi diversi casi, tra i quali si iscrive quello oggetto dell’odierna decisione, è fornita dai principi espressi dalla stessa giurisprudenza di questa Corte in riferimento al valore della concentrazione della tutela giurisdizionale, nel segno della sua effettività, nel quadro del principio costituzionale del giusto processo e come premessa di un più impegnativo corollario che è rappresentato dal principio di tendenziale unicità della*

n. 6088 va nella medesima direzione, ma precisa che l’interesse alla segretezza è recessivo rispetto a quello alla tutela effettiva.

¹⁷² Corte cost., sentt. nn. 444 del 2002; 332 del 2003; 147 del 2004; 287 del 2007. Nel medesimo senso, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847.

¹⁷³ Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992.

¹⁷⁴ Cons. Stato, Sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328.

*giurisdizione al fine di non rendere difficile la tutela dei diritti (Cass., Sez. Un. 17 novembre 2011 n. 24078, 16 novembre 2007 n. 23731, 26 luglio 2005 n. 15660)*¹⁷⁵. Così argomentando, mi sembra, la complessità del quadro costituzionale e legislativo va perduta e si genera la falsa impressione che tra i vari princìpi vi sia pacifica convivenza o – addirittura – piana sovrapposizione. Non è, invece, così e proprio la giurisprudenza, come si è cercato di indicare, posta di fronte alla concretezza dei casi della vita, lo dimostra limpidamente. Come districarsi, dunque, nella complessità?

3. *Un corretto avvicinamento alla soluzione del problema: la cultura giuridica nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto*

Definire il rapporto tra garanzie, effettività, efficacia ed efficienza nella giurisdizione è anzitutto questione di cultura giuridica. Questione difficile, dunque, nell'attuale condizione storico-spirituale: abituato a percorrere le pianure dello Stato di diritto, il pensiero giuridico (paradossalmente: proprio quello costituzionalistico) non sembra ancora muoversi con disinvoltura sul terreno accidentato dello Stato *costituzionale* di diritto, caratterizzato da una costituzione rigida e “per valori” e dal controllo (giurisdizionale) di costituzionalità delle leggi.

Certo, il nitore delle strutture giuridiche dello Stato di diritto resta ineguagliato e al giurista contemporaneo può capitare di contemplarle con giustificato rimpianto: semplicità del sistema delle fonti, governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio in-contrastato della legge (fondato, come osservò puntualmente il primo Bobbio, sul *legalismo* e sullo *statualismo*)¹⁷⁶; conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge ad offrire presidio alle libertà individuali; morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa¹⁷⁷ e, legando la legge alla *ratio* e l'atto amministrativo ai motivi dell'agire pubblico, rifiutava le leggi prov-

¹⁷⁵ Cass. civ., Sez. Un. 19 aprile 2012, n. 6102; 10 agosto 2012, n. 14371.

¹⁷⁶ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino 2010 (ma 1^a ed. Padova 1942), 1 ss.

¹⁷⁷ Il primo a parlare di “inflazione legislativa”, probabilmente, è stato, da noi, F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 424 ss., ora in *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, 167 ss., spec. 178.

vedimento¹⁷⁸; saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo, non significativamente incrinata dagli eccessi della *Freirechtsbewegung*; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione, amministrativa o giurisdizionale che fosse.

Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato *costituzionale* di diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più ridotta delle antinomie¹⁷⁹. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (lo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (il legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale. Si appanna il mito della legge espressione della *volonté générale*, vitale almeno sino a tutta la Terza Repubblica francese¹⁸⁰, mentre il disvelamento del reale meccanismo di funzionamento della forma di governo parlamentare (nella quale il rapporto fiduciario crea una subordinazione biunivoca e non unidirezionale fra Parlamento e Governo) determina la crisi dell'idea della riserva di legge come garanzia privilegiata dei diritti¹⁸¹; si afferma l'idea che la sede della *ratio* cessi d'essere la legge e (magari dimenticando ch'essa stessa è *ius positum*) lo divenga – invece – la costituzione, sicché si giustifica l'assimilazione della legge all'atto amministrativo

¹⁷⁸ Che proprio questo rapporto fra *ratio* e motivi sia messo in discussione dalle leggi provvedimento è puntualmente osservato dal classico contributo di E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, ora in *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Stuttgart 1964, trad. it. di L. Riegert e C. Amirante, *Le leggi-provvedimento*, in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 105. Non a caso, nella dottrina italiana v'è chi ha affermato che l'adozione di una legge provvedimento grava il legislatore di uno specifico onere motivazionale: C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 64.

¹⁷⁹ L'analisi più corretta di questo fenomeno resta quella di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5° ed., Padova 1984, 200 ss.

¹⁸⁰ La più nota esposizione critica di quel mito è in R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, rist. anast. dell'ed. Sirey, Paris, 1931, Economica, Paris, 1984.

¹⁸¹ In Italia si dovrà attendere molto prima che la consapevolezza di quella crisi emerga pienamente. V., in particolare, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., II, 60; S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963, 292 ss.

quale strumento di regolazione puntuale degli interessi (di qui il moltiplicarsi delle leggi provvedimento e l'“inflazione legislativa”). In questo contesto generale, la giurisdizione si fa onnipervasiva, uscendo dal terreno del *controllo*, che è quello che le sarebbe proprio¹⁸², per addentrarsi in quello della *mediazione* (non della semplice *moderazione*)¹⁸³ e della *regolazione* del conflitto sociale, mentre, contemporaneamente, si sviluppano dottrine dell'interpretazione che, facendo leva ora sulla distinzione tra *principi* e *regole*, ora sull'essenzialità dell'autoregolazione sociale, invitano il giudice a liberarsi dal testo e affermano visioni sostanzialistiche della giurisdizione.

Lo Stato costituzionale di diritto segna un importante passo in avanti rispetto al passato. Grazie alla rigidità costituzionale, il patto fondativo della comunità politica viene sottratto alla disponibilità delle contingenti maggioranze di governo e grazie al controllo di costituzionalità la legislazione è ricondotta obbligatoriamente entro i confini della costituzione¹⁸⁴. La nuova fase storica che si apre è, dunque, positiva. Ma deve essere ben compresa e non è affatto senza costi.

La comprensione, anzitutto. Registriamo, in parte della dottrina (specie costituzionalistica) due atteggiamenti opposti, entrambi errati. Per un primo indirizzo, lo Stato costituzionale di diritto non sarebbe altro che il coerente svolgimento o completamento dello Stato di diritto, realizzato grazie alla “naturale” estensione alla legge della subordinazione al principio di legalità (stavolta costituzionale)¹⁸⁵. Per un secondo, la rottura

¹⁸² G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 223 ss.

¹⁸³ La (opportuna) distinzione tra mediazione e moderazione del conflitto è scolpita con efficacia da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984, che riconduce ai tribunali costituzionali la seconda, non la prima prestazione. Nel senso che – invece – il destino della giurisdizione (specie costituzionale) sarebbe stato quello della mediazione del conflitto, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 350.

¹⁸⁴ Non che in regime di costituzione flessibile le norme costituzionali restassero prive di effetti condizionanti sulle norme legislative (sul punto, sono note le classiche ricerche di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, rist. inalt. dell'ed. 1934, Milano 1964), ma è evidente che la *qualità* del condizionamento cambia completamente con la rigidità e con l'introduzione del controllo accentratore di costituzionalità (la stessa ricerca espositiana, a mio avviso, dimostra che il primato della Costituzione sulla legge si realizzava, in concreto, solo in casi marginali e che il primato della legge, di norma, non era messo in dubbio dagli operatori del diritto).

¹⁸⁵ V., ad es., R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004, 58, ma in genere tutti gli autori che hanno visto nella giurisdizione costituzionale “la più alta espressione del principio di

con il passato sarebbe così netta che nessuno dei paradigmi orientativi dell'attività pratica nello Stato di diritto potrebbe più valere nella fase storica dello Stato costituzionale di diritto.

In realtà, lo Stato costituzionale di diritto non nasce *ex abrupto*, assidendosi sulle ceneri ancora calde dello Stato di diritto, né di questo si pone come il naturale sviluppo¹⁸⁶: se così fosse stato, un problema di rapporto tra legalità legale e legalità costituzionale non si sarebbe affatto posto, perché la legalità costituzionale avrebbe esaurito e assorbito in sé la legalità legale e – anzi – tra le due non sarebbe stato nemmeno possibile distinguere. La storia, però, ha voluto diversamente e legalità costituzionale e legalità legale hanno dovuto trovare un modo per convivere. Ma la convivenza non è cosa semplice¹⁸⁷, come dimostra il fatto che alle due legalità presidiano due custodi diversi (la Corte costituzionale e quella di cassazione) e che l'indiscussa prevalenza del principio di legalità costituzionale non rende per ciò solo agevole la riduzione dell'ordinamento a coerenza (a che altro servono, specularmente, la dottrina del diritto vivente e quella dell'interpretazione conforme a Costituzione?)¹⁸⁸, né la composizione di eventuali conflitti¹⁸⁹. In definitiva: se il passaggio allo Stato costituzionale di diritto non è avvenuto senza soluzione di continuità, la cesura con lo Stato di diritto non ha determinato una frattura così profonda da costringere ad elaborare costruzioni teoriche e pratiche giurisprudenziali totalmente diverse da quelle maturatesi nel suo contesto.

Ed ora i costi. Questi stanno soprattutto dalla parte della certezza. Come è stato ampiamente rilevato (e già ben prima dei noti studi di Dworkin)¹⁹⁰, le costituzioni del secondo dopoguerra contengono, ac-

legalità” (così A. M. SANDULLI, *Funzione e posizione della Corte costituzionale italiana*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli 1990, I, 431).

¹⁸⁶ È questa, invece, l'opinione comune. V., ad es., E. CHELI, *Lo “Stato costituzionale”, forma dell'ordinamento italiano*, in *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna 2012, 49.

¹⁸⁷ La stessa Corte costituzionale, talora, dà atto dell'esistenza di questa duplice legalità: cfr., in particolare, le sentt. nn. 379 del 1996 e 206 del 2004.

¹⁸⁸ Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Foro amm.*, suppl. al n. 7-8/07, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, 87 ss.

¹⁸⁹ Anche su questa delicata questione devo, per semplicità, rinviare ad un mio scritto: *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, Vol. II, 501 ss., dal quale sono tratte anche le considerazioni accennate nel testo.

¹⁹⁰ Basta ricordare, in Italia, i fondamentali studi di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

canto a norme puntuali, dei più ampi principi regolatori dei rapporti sociali, nei quali si traducono i valori di riferimento di ogni singola comunità politica. La tecnica di normazione per principi implica un maggiore tasso di incertezza nel riferimento alla Costituzione e imporrebbe una salda distinzione tra *attuazione* e *applicazione* della Costituzione¹⁹¹, con la riserva della prima al legislatore e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisdizione, Sennonché, in pratica, i confini si sono offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare (non solo applicare) i principi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa. La giurisdizione, così facendo, si è impossessata di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo (peraltro con la valida giustificazione della latitanza della politica)¹⁹² di identificare direttamente i tempi e i modi dell'attuazione costituzionale. Quel che più conta, si è così attivato un meccanismo che ha un prezzo significativo in termini di certezza: i principi costituzionali, per il loro carattere generico e indeterminato, richiedono di essere attuati gradualmente e in armonia con le esigenze del tempo: rassegnarsi all'inerzia del legislatore e affidare queste esigenze al giudice significa privarsi della generalità e dell'astrattezza della scelta legislativa, aumentando l'imprevedibilità di statuizioni che, fatalmente connesse al caso singolo, lo risolvono in assenza della preventiva definizione di tutti i paradigmi decisionali.

Ora, in questa condizione storica, sarebbe compito della dottrina analizzare attentamente i tratti caratterizzanti del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto, cercando di cogliere le novità, ma allo stesso tempo di identificare gli elementi di continuità, in particolare per il profilo dei principi del primo che devono continuare ad essere presenti anche nel secondo, pena il suo snaturamento. Questo sforzo, però, raramente è compiuto. Eppure, proprio sul terreno della certezza si sarebbero potuti ottenere – mi pare – i risultati più fecondi.

¹⁹¹ Anche su questa distinzione mi permetto di rinviare a M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, AA.VV., *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 dei *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2013, 31 ss.

¹⁹² Sul punto, ad es., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 3823 ss.; G. CORAGGIO, *Dopo il codice*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 67.

4. *Certezza del diritto e giurisdizione nel nuovo assetto costituzionale*

Sia la dottrina costituzionalistica contemporanea che la giurisprudenza (costituzionale e non) si illudono, sovente, di risolvere tutti i casi difficili ricorrendo al *tópos* del bilanciamento. Bilanciare tra valori o princìpi¹⁹³ concorrenti o confliggenti: questo l'imperativo primario cui gli operatori giuridici sarebbero assoggettati nello Stato costituzionale di diritto, conformandosi al quale ogni problema di interpretazione e di applicazione sarebbe risolto. Non è questa la sede per mostrare perché e quanto si tratti, appunto, di un'illusione e basterà osservare che lo statuto storico, logico e – quindi – giuridico dei valori e dei princìpi non è il medesimo. Non si tratta certo di coltivare l'altra diffusa illusione dell'esistenza di valori non bilanciabili (l'esempio tipico sarebbe la dignità umana)¹⁹⁴, che risulta smentita dalla concreta osservazione dei singoli ordinamenti positivi, ma di cogliere la specificità dei singoli valori o princìpi, che condiziona la loro posizione all'interno di qualunque attività pratica di ponderazione.

Se ci volgiamo alla certezza, avvertiamo facilmente quanto essa costituisca un valore connesso all'idea stessa della statualità (e prima ancora della comunità politica), che nelle singole esperienze ordinamentali si traduce in un principio con contenuti non necessariamente identici, ancorché sempre imputabili alla medesima radice concettuale. La certezza altro non è che sicurezza riguardata nella prospettiva del diritto, e la sicurezza altro non è che il risultato della pace. Nel nostro lessico, forse, il collegamento si fa sfumato, ma in altre lingue è rimasto chiaro e saldo: in tedesco, in spagnolo e in francese, ad esempio¹⁹⁵, si parla di *Rechtssicher-*

¹⁹³ La distinzione tra princìpi e valori è, come noto, discussa. Condivido, però, la semplice ed efficace impostazione di G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005, che, constatata la continua intercambiabilità tra i due lemmi nel comune linguaggio giuridico e filosofico (*ivi*, 43 ss.), sostiene che, tutt'al più, la differenza risiede in ciò che i primi offrono una guida diretta e i secondi una guida solo indiretta dei comportamenti da tenere (*ivi*, 46).

¹⁹⁴ Per un tentativo di dimostrazione dell'erroneità di questo assunto, v. il mio *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli 2009, 1055 ss.

¹⁹⁵ Una panoramica (anche) su questi usi linguistici è in A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherung an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen 2006, 543 ss. V., per singoli contributi nazionali alla questione, *L'Annuaire international de justice constitutionnelle* 1999, Paris-Aix-en-Provence 1999, 71 ss., largamente dedicato, appunto, al tema "*Constitution et sécurité juridique*".

heit, di *seguridad*¹⁹⁶, di *sécurité*¹⁹⁷, proprio perché sullo sfondo sta il dato che ora si è messo in luce. Ebbene: comunità politica, sicurezza e pace, nel pensiero occidentale, sono lette da sempre nella chiave del condizionamento reciproco.

Per esemplificare questa posizione c'è solo l'imbarazzo della scelta, ma qui mi limiterei a qualche passo particolarmente significativo. Così Platone, nelle *Leggi*, pone sul medesimo piano l'anarchia e il cattivo reggimento della cosa pubblica¹⁹⁸; Aristotele, pur nel contesto di una dottrina per la quale il fine dello Stato è il "vivere bene"¹⁹⁹, precisa che "la legge è ordine e, di necessità, la buona legge è buon ordine"²⁰⁰; per Dante "*pax universalis est optimum eorum que [sic] ad nostram beatitudinem ordinantur*"²⁰¹; San Tommaso si scaglia contro la sedizione, che "*proprie est inter partes unius multitudinis inter se dissentientes*", e che in particolare si verifica "*cum una pars civitatis excitatur in tumultum contra aliam*", mettendo a rischio un bene speciale, "*scilicet unitatem et pacem multitudinis*"²⁰²; gli stessi monarcomachi paragonano le obbligazioni del re a quelle del buon padre di famiglia o del tutore²⁰³, suggeriscono di tenere lo Stato alla "*bonne temperature*"²⁰⁴ e affermano che è Dio ad affidare ai re il governo del popolo, ma "perché ne abbiano il carico e ne conservino il bene"²⁰⁵; Hobbes, ovviamente, constata che "l'osservanza delle leggi naturali è necessaria a conservare la pace, e che la sicurezza è necessaria all'osservanza delle leggi naturali", chiarendo che solo "un qualche potere comune" può consentire di "raggiungere quella sicurezza che si richiede per ottemperare alle leggi naturali" e che l'unione garantita da

¹⁹⁶ Nella dottrina spagnola la "certeza jurídica" è intesa sovente come l'aspetto soggettivo della (oggettiva) "seguridad jurídica" (così, ad es., J. CALVO GONZÁLEZ, *Certeza jurídica y ignorancia del derecho*, al sito *mundojuridico.adv.br*, 10 novembre 2006).

¹⁹⁷ Il caso francese è particolarmente interessante, perché la preferenza ivi accordata a "sécurité" rispetto a "certitude" è pressoché costante (cfr., se si vuole, da ultimo, il mio *L'eclipse de la sécurité juridique*, in corso di pubblicazione in *Rev. franç. de droit const.*, 2014).

¹⁹⁸ L. I, 639 c, 4.

¹⁹⁹ *Politica*, III (), 9; 1280 b.

²⁰⁰ *Politica*, VII (), 4, 1326 a (cito dalla traduzione di R. Laurenti, Roma-Bari, 1973).

²⁰¹ *Monarchia*, L. I, IV, 2, 3.

²⁰² *Summa theologiae*, IIa IIae, q. 42, a.1.

²⁰³ F. HOTMAN, *La Gaule Francoise*, 156.

²⁰⁴ F. HOTMAN, *La Gaule Francoise*, 98 ss.

²⁰⁵ S. JUNIUS BRUTUS, *Vindiciae contra tyrannos*, trad. it. di S. Testoni Binetti, Torino 1994, 17.

quel potere “si chiama Stato”²⁰⁶; Spinoza scolpisce la bronzea massima che “la virtù necessaria allo Stato è la sicurezza”²⁰⁷; Kant lega l’ordine del fatto all’ordine del diritto, scrivendo che “una qualsiasi costituzione legale, anche se solo in piccolo grado conforme al diritto, è sempre migliore che la mancanza di ogni costituzione”²⁰⁸. E su tutti sta Vico, nel quale l’intera lettura della storia umana si dipana nel segno della fuga dall’insicurezza (dalla folgore divina, cioè, e dalla violenza dei fuori-legge)²⁰⁹.

Senza Stato (comunità politica) non possiamo avere la pace; senza pace non v’è sicurezza; senza sicurezza non si dà certezza. In definitiva: certezza e idea stessa della statualità non sono pensabili separatamente²¹⁰. Sarà anche vero che leggere nella certezza la pace e la sicurezza è solo uno dei modi in cui è possibile intenderla²¹¹, ma questo a me pare il suo nucleo più saldo e riposto, sia storicamente che logicamente. Si potrebbe obiettare che proprio la storia smentisce questo collegamento e che prima dell’avvento dello Stato di diritto gli ordinamenti positivi non avrebbero davvero conosciuto la certezza in senso giuridico. Ma, a parte il fatto che si devono registrare, sul punto, posizioni affatto speculari²¹²,

²⁰⁶ I passi nel testo sono tratti dal *De cive*, rispettivamente Cap. V, parr. III, V, IX. Cito dalla traduzione di N. Bobbio, Torino 1948.

²⁰⁷ *Tractatus politicus*, I, 6.

²⁰⁸ *Zum ewigen Frieden*, cit., trad. it. di G. Solari, *Per la pace perpetua*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, 2° ed., Torino 1956, 320.

²⁰⁹ Un uomo e un altro uomo non entrano in società se non “per timore di una forza all’umana d’entrambi superiore e, ‘n conseguenza, per timore d’una divinità comune ad entrambi” (*Principi di una scienza nuova*, ovvero *Scienza nuova prima*), L. II, Cap. VI). Parallelamente, “la forza della società” si oppone a coloro che, non intendendola, si comportano da “empi vagabondi”: *ivi*, L. II, Cap. XV.

Ha ragione, però, Bobbio a notare che la storia vichiana non è pacificata pel solo fatto della costituzione di una comunità politica. Essa, anzi, è un continuo travaglio, nel quale “la lotta, l’antagonismo, il conflitto non sono da considerarsi fattori distruttivi ma anzi sono da additare come momenti necessari per l’avanzamento sociale” (N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino 1976, 130).

²¹⁰ Mi sembra, invece, che in qualche modo implichi l’accoglimento almeno delle premesse della posizione espressa nel testo la notazione di F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un’analisi*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, II, Milano 2000, 80, che la certezza dei rapporti giuridici, prima ancora di concernere le norme, costituisce una “esigenza primaria della vita sociale”.

²¹¹ Ne elenca quattro L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 569 ss., che, però, ha cura di precisare che prescindendo da questo collegamento “ogni affermazione della certezza si esaurirebbe nella rivendicazione di una pura forma”.

²¹² Valga, per tutte, quella di M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2°

sarebbe agevole replicare che anche nello Stato assoluto l'incertezza del diritto era considerata negativamente e che la si giustificava solo in ragione delle prestazioni di sicurezza *fisica* che il sovrano era in grado di erogare²¹³. E, approfondendo lo sguardo, si potrebbe dire che l'esigenza di certezza fa parte della condizione antropologica (“dell'individuo, che disperatamente anela ad una certezza”)²¹⁴, nella quale si ha bisogno di collegare presente e futuro nella progettazione della propria esistenza²¹⁵: gli stessi rapporti interpersonali si fondano sul discorso e – come aveva ben mostrato Wittgenstein – è il discorso che ci dice cosa possiamo dare per “certo”²¹⁶. Un'altra obiezione potrebbe mettere in luce il dato che il collegamento da instaurare è quello fra la certezza e il concetto stesso del diritto, prima ancora che fra la certezza e lo Stato. Questa posizione, che troviamo chiaramente espressa in Bobbio²¹⁷, è frequentemente ripresa²¹⁸ e – va detto – deve essere condivisa. Nondimeno, è quella statutale che appare la forma specifica del collegamento fra certezza e diritto, perché è a quella forma che, nella crescente complessità dei rapporti sociali²¹⁹, si lega la massima possibile stabilità della comunità politica²²⁰ e perché –

ed., Milano 1979, 129 ss. (con riferimento all'ordinamento romano); 150 ss. (con riferimento all'esperienza giuridica medievale).

²¹³ Non solo: in qualunque ordinamento l'esigenza di certezza può essere postulata per ragioni logiche, in quanto (lo ricorda, ad es., D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen 1997, 234, 240) è proprio della legge dettare una regolazione durevole dei rapporti umani.

²¹⁴ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 29. Più avanti (*ivi*, 49) si afferma ancor più chiaramente che “l'azione umana ha bisogno per realizzarsi di partire fin dall'inizio da una fede nella vita sociale, fede che può sussistere solo se la società [conferisce] la garanzia che è data dalla certezza”.

²¹⁵ In effetti, la certezza del diritto (io direi, invero, l'affidamento) “verklammert die Gegenwart mit der Zukunft”: A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 104.

²¹⁶ Cfr. *On Certainty*, Oxford trad. it. di M. Trinchero, *Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune*, Torino 1978, punto 94: “La mia immagine del mondo non ce l'ho perché ho convinto me stesso della sua correttezza, e neanche perché sono convinto della sua correttezza. È lo sfondo che mi è stato tramandato, sul quale distinguo tra vero e falso”.

²¹⁷ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150 (la certezza essendo “un elemento intrinseco del diritto”).

²¹⁸ V., ad es., A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, II, *Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Roma 1988, 2; A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., spec. 77, 79 e 661 (Rispettivamente: “die Funktionsfähigkeit des Rechts als Institution zur Sicherung von Erwartungen hängt von seiner Verbindlichkeit ab”; “Rechtssicherheit beschreibt eine Qualität des Rechts selbst”; “Rechtssicherheit ist [...] ein Grundbedürfnis im Recht”); C. FARALLI, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*, al sito *cirfid.unibo.it.*, 1.

²¹⁹ A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 80.

²²⁰ Fermo restando che possono darsi comunità assai stabili pur non essendo orga-

specularmente – proprio lo Stato, necessario garante della certezza, ne è anche un potenziale violatore, nei cui confronti essa va, a sua volta, garantita²²¹.

Quando parliamo di certezza del diritto, insomma, andiamo al cuore stesso della parabola della statualità e tocchiamo addirittura gli strati profondi della condizione umana. Ma di cosa, appunto, parliamo?

La molteplicità delle accezioni della certezza giuridica nel linguaggio dei giuristi positivi e dei filosofi del diritto²²² suggerisce di non azzardare una definizione unitaria, ammesso che sia possibile²²³. Ruotano attorno alla certezza esigenze plurime, quali la stabilità, la conoscibilità, la comprensibilità, la chiarezza, etc., ed è plausibile che la diffusa opinione secondo cui la certezza si collegherebbe soprattutto alla “*possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti*”²²⁴ sia corretta²²⁵. Nondimeno, a me sembra che la certezza debba essere intesa in senso oggettivo e in senso soggettivo, secondo due prospettive che sono significativamente differenziate. Non abbiamo un termine specifico per denominare la certezza in senso oggettivo (parliamo, anche qui, indifferentemente di “certezza”), mentre per la certezza in senso soggettivo posse-

nizzate a Stato. Ma si tratta di comunità non politiche (è il caso della Chiesa e del diritto canonico: sul punto. P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in *Arch. dir. eccl.*, 1945, ora in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 209 ss., che peraltro – non casualmente – nega che nell'ordinamento canonico il principio di certezza del diritto possa trovare applicazione).

²²¹ A. v. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 83.

²²² Se ne può vedere un elenco in G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 7 ss.

²²³ Molti, in effetti, lo negano. V., ad es., A. v. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 102 ss. (che ne parla come di una “*idée directrice*”).

²²⁴ Così G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 26 (cors. nell'orig.). Nel senso del collegamento tra certezza e prevedibilità, v. anche, ad es., pur con varie e differenziate prospettive, R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino 1988, 275; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma 1988, 1 ss.; F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 267 ss.; G. MONTEDORO, *Il giudice nel nuovo mondo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 90 ss.

²²⁵ Di qui anche l'essenzialità del diritto transitorio nelle ipotesi di modificazioni della legislazione vigente: A. v. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 151. Sulla questione, fra i molti, v. anche G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 221, nt. 7. *Ivi*, 220, alcune considerazioni critiche sulla distinzione fra “diritto intertemporale” (inteso come generale e di origine essenzialmente dottrinale e giurisprudenziale), e disposizioni transitorie, intese come particolari e di origine legislativa.

diamo un termine apposito, che è “affidamento”²²⁶. La relativa povertà del vocabolario spiega la diffusa confusione tra le due accezioni della certezza, ma la certezza del diritto (in senso oggettivo) non deve essere confusa con l'affidamento nella sicurezza giuridica²²⁷. Sebbene certezza (in senso oggettivo) e affidamento siano assiologicamente connessi e tendano sovente a sovrapporsi praticamente, essi sono, nondimeno, strutturalmente, contenutisticamente e funzionalmente distinti. Strutturalmente, in quanto la certezza evoca un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento²²⁸, mentre l'affidamento ha a che fare soprattutto con i diritti (fondamentali) del cittadino²²⁹. Contenutisticamente, in quanto la certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi²³⁰ e (sebbene sovente lo si dimentichi) infallibilità nell'applicazione delle sanzioni (*lato sensu*, ovviamente, intese, e quindi sia come sanzioni negative che come sanzioni positive)²³¹, mentre l'affidamento esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità dell'evoluzione delle

²²⁶ Che l'affidamento sia il lato soggettivo della certezza dice, ad es., A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., 151, mettendo però in luce il fatto che l'affidamento va protetto solo se qualificato come “meritevole” (anche da noi la giurisprudenza è costantemente in questo senso), mentre la certezza è essa stessa criterio di strutturazione dell'ordinamento (*ivi*, 163).

²²⁷ In questo paragrafo riprendo, anche testualmente, ma con alcune non marginali precisazioni, le osservazioni svolte ne *Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 2010, 575 ss., nonché in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli 2011, 1329 ss. e già anticipate (in un quadro più complesso) in *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss. e 2089 ss. (pubblicato anche in AA.VV., *L'economia e la legge*, a cura di G. Cocco, Milano 2007, 1 ss.).

²²⁸ Per alcuni, peraltro, la certezza non concernerebbe la stabilità del contenuto della norma di produzione, ma la stabilità della norma sulla produzione (in questo senso, O. PFERSMANN, *Autriche*, relazione alla tavola rotonda su *Constitution et sécurité juridique*, in *Annuaire int. de just. const.*, Paris-Aix-en-Provence 1999, 110).

²²⁹ Non sembra convincente, dunque, la sua qualificazione come “canone dell'azione amministrativa, corollario della imparzialità” (così, invece, L. ALLA, *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/11/Alla_legittimo-affidamento.pdf, 13).

²³⁰ È importante ricordare che la Corte costituzionale, dopo secoli di stanca ripetizione, si è discostata dal principio *ignorantia legis non excusat* e ha dichiarato illegittimo l'art. 5 del codice penale (a tenor del quale “Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”) “nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile” (sent. n. 364 del 1988).

²³¹ Spunti in questo senso, peraltro, in A. PIZZORUSSO, P. PASSAGLIA, *Italie*, Relazione alla Tavola rotonda su *Constitution et sécurité juridique*, in *Annuaire int. de just. const.*, 1999, cit., 214.

scelte legislative²³². Funzionalmente, in quanto la certezza presidia l'effettività, l'efficienza e l'efficacia dell'ordinamento²³³, mentre l'affidamento tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere²³⁴.

Le diversità che intercorrono tra certezza e affidamento tendono ad offuscarsi nel discorso giurisprudenziale, ma che questo accada è comprensibile, considerato che – come ora accennato – il lessico non ci aiuta, che dal punto di vista pratico le relative garanzie trovano, in genere, congiunta applicazione nelle medesime fattispecie, e che il contenuto di valore dell'una e dell'altro (che ruota in entrambi i casi almeno attorno alle esigenze di sicurezza, stabilità, prevedibilità, razionalità ordinamentale) è in buona parte sovrapponibile. Se, però, non solo la certezza è un valore così *determinante* nello Stato di diritto, ma lo è anche l'affidamento, è perché giace, sotto quella forma politica, quella sovente inconfessata premessa contrattualista cui si era accennato in precedenza²³⁵: lo Stato è inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini, che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza. Il rapporto sicurezza/certezza/affidamento²³⁶ è addirittura costitutivo dell'essenza

²³² L'esigenza di stabilità e prevedibilità dell'evoluzione delle scelte legislative si collega alla premessa contrattualista di cui subito si dice nel testo e non deve affatto necessariamente imputarsi all'accoglimento delle premesse comunitariste condivise da una parte della dottrina (Leoni, Corsale) ed efficacemente contestate da G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 237 ss. Che, poi, la stabilità favorisca i commerci giuridici e – quindi – la prosperità (così, ad es., F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., 179) è cosa che si può sostenere (anzi, verificare) quali che siano le premesse dalle quali si muove.

²³³ Analogamente, M. CORSALE, *Certezza del diritto*, cit., 2; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 277.

²³⁴ Non è questa la sede per ripercorrere il variegato itinerario che ha condotto la giurisprudenza (eurounitaria, costituzionale, ordinaria, amministrativa e contabile) a valorizzare l'affidamento dei privati molto più di quanto accadesse in passato (da ultimo, sulla questione, R. SESTINI, *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, in www.agatitf.org/download/2012-Lione-rel-Sestini.pdf).

²³⁵ Questo perché, sebbene non tutti, “la maggiore parte” dei rapporti giuridici sono frutto di atti di volontà dei soggetti che li compiono (C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, Pisa 1868, 36).

²³⁶ Comunemente, specie nella dottrina straniera, la nozione di sicurezza giuridica e quella di certezza sono considerate come equivalenti (cfr., peraltro, anche in Italia, ad es., A. PIZZORUSSO, P. PASSAGLIA, *Italia*, cit., 199). Ad es., sfuma molto la distinzione S. MUCKEL, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderung*, Berlin 1989, spec. 62; secondo B. MATHIEU, *France*, relazione alla tavola rotonda su *Constitution et sécurité juridique*, in *Annuaire int. de just. const.*, 1999, 156, la sicurezza giuridica non è un principio autonomo, ma riassuntivo di altri principi, quali l'irretroattività, la protezione dei diritti quesiti, l'affidamento, etc..

stessa della statualità, per come concepita (pur nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato e specialmente dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani. La matrice culturale (anche) illuministica della vicenda storica dello Stato di diritto, poi, spiega per altro versante il saldo rapporto con la certezza: “uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è [...] la rigida difesa della certezza del diritto”²³⁷, e lo è per la non secondaria ragione che l’illuminismo, riprendendo, sebbene rovesciandole, le suggestioni giusnaturalistiche, aveva visto nella legge l’espressione più della *ratio* che della *voluntas*, e proprio per questo l’aveva collocata al centro dell’edificio delle fonti normative.

È ben vero che la matrice illuministica e la relativa rigidità dei principi di certezza e di affidamento li rendono inadatti ad assicurare la giustizia del caso singolo e ad essere in armonia con la realtà di una società pluralistica in continuo mutamento²³⁸. Non è meno vero, però, che la proposta di declinare la certezza dei nostri giorni nei termini (più deboli e flessibili) di una “indeterminazione controllata”, di una “incertezza programmata”, capace di “modulare ogni decisione sulla situazione contingente”²³⁹, valorizzando il ruolo del giudice²⁴⁰ e il modello della legislazione negoziata²⁴¹ non collide solo con i dati storici e logici messi in luce più sopra, ma anche con l’esigenza di continuare a dare un qualche senso al principio democratico e con quella di dare protezione ai soggetti più deboli della società, ai quali è consentito partecipare al processo di legittimazione della decisione legislativa, ma non a quello della sua applicazione (amministrativa e giurisdizionale)²⁴².

Orbene, se tutto questo è – come a me pare – vero, la certezza non può essere trattata (al modo della dottrina e della giurisprudenza prevalenti) come uno dei tanti valori o principi che nello Stato costituzionale di diritto si contenderebbero il campo, ora armonizzandosi, ora conflig-

²³⁷ M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, 16.

²³⁸ Per questa critica, F. RIMOLI, *Certezza del diritto*, cit., spec. 81 e 92 ss.

²³⁹ F. RIMOLI, *Certezza del diritto*, cit., 103.

²⁴⁰ F. RIMOLI, *Certezza del diritto*, cit., 103.

²⁴¹ F. RIMOLI, *Certezza del diritto*, cit., 112.

²⁴² Mi sembra pertanto paradossale che lo stesso F. RIMOLI, *Certezza del diritto*, cit., 116, concluda la propria (pel resto assai acuta) indagine proprio con un richiamo alla “tutela degli interessi dei gruppi più deboli”, che sono proprio i gruppi che hanno maggiori difficoltà ad accedere efficacemente alla giustizia e alla negoziazione legislativa.

gendo, ed essendo – per questo – destinati al reciproco bilanciamento²⁴³. Si tratta, semmai, della *prospettiva* dalla quale il giuoco dei valori costituzionali dovrebbe essere riguardato, perché la certezza del diritto costituisce la specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statalità²⁴⁴.

È proprio questa prospettiva che – mi sembra – dovrebbe essere assunta dalla giurisdizione. Si sa che la discussione sulla funzione sistemica della giurisdizione è stata ed è accesissima²⁴⁵, ma credo sia possibile convenire sul fatto che, almeno in un ordinamento di *civil law* e che è retto dal principio di divisione dei poteri, la giurisdizione sia tenuta, essenzialmente, alla corretta applicazione delle fonti normative, dalla Costituzione in giù. A sua volta, la funzione del processo è certo la “soddisfazione della parte vittoriosa”²⁴⁶, ma lo è solo dal punto di vista individuale e soggettivo, mentre dal punto di vista generale ed oggettivo non è altro che il ripristino della certezza, che la stessa esistenza di una controversia ha messo in discussione.

Se è così, si dovrebbe essere particolarmente cauti nella de-formalizzazione del diritto, rifuggendo dagli approcci sostanzialistici e da “giustizia del caso concreto”. Occorre chiarire, però, in che senso la forma debba essere custodita: il punto è decisivo, perché è frequente l’indebita confusione tra forma e formalismo.

È stato scritto efficacemente che solo la forma ci può salvare²⁴⁷. È così. Ma la forma cui ci si riferisce è la *forma di legge*, alla quale, pel solo esserci – appunto – di quella forma, della legge si connette anche la *forza*.

²⁴³ Diversamente, R(OB). CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 192 ss. (che pone il principio di certezza sul medesimo piano di quelli dell’effettività della tutela e di speditezza, pur avendo cura di operare tra di essi opportuni collegamenti: “l’effettività della tutela e la certezza del diritto vengono vanificate se la decisione del giudice arriva oltre un ragionevole tempo di attesa”).

²⁴⁴ La dottrina che collega l’effettività della tutela e certezza (v., ad es., M.A. SANDULLI, *Effettività delle norme giuridiche nell’interpretazione giurisprudenziale e tutela del cittadino*, che può leggersi al sito www.giustizia-amministrativa.it, 1), pertanto, è nel giusto. Ma nel testo si propone di fare un passo in più, credo essenziale, per collocare la certezza nella sua giusta posizione all’interno dell’ordinamento.

²⁴⁵ È utile la sintesi proposta da C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, Torino 1993, 128 ss.

²⁴⁶ Così A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 55.

²⁴⁷ Questa la nota – e per me condivisibile – posizione di Natalino Irti (da ultimo, N. IRTI, *Violenza “conforme alla legge”*, cit., 154).

Il collegamento della forza (giuridica) alla forma (giuridica) è un legato della modernità, radicato nella premessa del (più o meno maturo) relativismo etico e nel convincimento che i diritti individuali potessero essere garantiti solo in questo modo, mentre sarebbero stati esposti al peggior degli arbitri se la forza fosse stata collegata a dati sostanziali (variamente apprezzabili, ovviamente, a seconda delle tavole assiologiche di riferimento di ciascuno). Non è dunque un caso che il collegamento forma-forza sia stato mantenuto saldo dalla dottrina che ancora credeva nella modernità e sapeva interpretarla (penso, come paradigmatica nel dominio del diritto pubblico, alla rigorosa ricostruzione di Sandulli)²⁴⁸ e che si sia dissolto nella postmodernità, nella crisi della ragione illuministica che ha segnato il Novecento²⁴⁹. Oggi, come si sa, il sistema delle fonti si è disgregato non solo per la sua oggettiva complessità, ma anche per la scelta (più o meno consapevole) della dottrina di considerare superflua la dommatica e di assegnare alle fonti delle posizioni che sono determinate non già dalla loro forma, ma dalla qualità della loro sostanza precettiva (tipico il caso delle fonti concernenti i diritti umani)²⁵⁰. Rispetto della

²⁴⁸ Per Sandulli, la forza degli atti è la loro “particolare potenza”, mentre la forza di legge, specificamente, consiste nella “capacità di innovare nell’ordine legislativo preesistente [...] vale a dire nel sistema costituito dal complesso degli atti aventi forza di legge” (A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss., e in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1958, 297 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli 1990, 60; cors. nell’orig.). In altra occasione, egli definisce la forza degli atti giuridici come “la loro energia operante – vale a dire l’efficacia, che essi sono in grado di esercitare nel mondo giuridico, modificandone le situazioni”, e la distingue dalla forza dei precetti promananti dagli atti (o dai fatti) stessi, che è identificata con “la loro capacità di resistenza – vale a dire l’energia antagonista, che essi (derivandola dagli atti e dai fatti dai quali traggono origine) sono in grado di opporre ai nuovi atti e fatti operanti nel mondo giuridico, si da non subirne l’incidenza” (*Fonti del diritto*, in *N.ss.D.I.*, Torino 1961, vol. VII, 524 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., I, 91).

²⁴⁹ Chi con maggiore finezza ha sostenuto le ragioni della postmodernità (e anche – direi – della premodernità) giuridica, qui criticate, è P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, spec. 611 ss.; *I beni: itinerari fra “moderno” e “pos-moderno”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1059 ss.

²⁵⁰ Appartiene all’indirizzo criticato nel testo (che, anzi, in qualche misura, ha anticipato) anche la nota monografia di A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, che però mostra, rispetto alla produzione attuale, ben altra attenzione e consapevolezza dommatica. Dello stesso A., *Una opportuna precisazione*, cit., 1, da ultimo, l’esplicita affermazione che “il terreno sul quale [...] va operato il confronto tra le norme è quello assiologico-sostanziale”.

Talvolta, peraltro, si ravvisa la costruzione giurisprudenziale di una gerarchia assiologica dove – invece – non sembra darsene traccia (penso all’opinione di G. PINO, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena 2014, 52 ss., che le sentt. Corte cost. nn. 347 e 348

forma, dunque, non significa altro che *osservanza della forma/forza di legge*.

Non ha nulla a che vedere con tutto questo il formalismo, in particolare processuale. Anzi, il formalismo nel processo tradisce la forma/forza di legge, perché impedisce al comando legislativo di ricevere esecuzione e arresta il processo applicativo *in limine*, per ragioni attinenti alla forma degli atti del processo e non al contenuto della legge sostanziale (fermo restando che v'è sempre sullo sfondo un'altra legge – processuale – che collega certe conseguenze a certe forme degli atti del processo). È certamente apprezzabile, allora, lo sforzo che compie la giurisprudenza quando, per soddisfare pienamente il diritto di difesa, afferma ch'esso “*non può essere pregiudicato da formalismi non strettamente ed assolutamente necessari all'economia processuale, e del giusto processo di cui all'art. 4 del c.p.a.*”²⁵¹. Non si tratta, a mio avviso, di abbracciare “*un'ottica sostanzialistica e di effettività della tutela*”²⁵², ma di cogliere – ribadisco – che l'effettività della tutela è strettamente legata alla certezza e che certezza non si dà senza il rispetto della forma/forza di legge. È in questo senso, dunque, che la forma non può essere contrapposta alla sostanza. Insisto: la questione del formalismo processuale è tutt'altra e vedremo più avanti (al par. 5.2) quali sono i suoi notevoli limiti.

del 2007, sui rapporti fra CEDU e fonti nazionali avrebbero fatto qualcosa del genere, laddove esse si sono limitate a prendere atto del tenore testuale dell'art. 117 Cost. novellato nel 2001, che – pur nell'inconsapevolezza di molti di coloro che votarono la riforma – ha assegnato a *tutte* le leggi di esecuzione di *tutti* i trattati internazionali la qualificazione di fonti interposte).

²⁵¹ Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6423. Il caso non è certo isolato. V., ad es., l'apprezzamento per il “*condivisibile e più moderno approccio finalizzato ad eliminare, nei limiti del possibile, meccanismi processuali di stampo formalistico che si possano rivelare inutilmente ostativi all'esame del merito delle questioni sottoposte allo scrutinio del giudicante e, in definitiva, al dispiegarsi della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale*” che si trova in Cons. Stato, Sez. VI, 9 agosto 2011, n. 4722.

Quanto al giudice ordinario, può ricordarsi Cass. civ., Sez. Un., 2 maggio 2014, n. 9558, che stigmatizza i casi di “*eccessivo formalismo*”, ricordando, sul punto, la giurisprudenza della CEDU (la quale, del resto, proprio quanto al giudizio per cassazione, pur in riferimento alla Grecia, aveva ritenuto lesiva dei diritti della Convenzione “*l'interprétation trop formaliste de la légalité ordinaire faite par une juridiction*”: Sez. I, 27 luglio 2006, *Efstathiou*).

In via più generale, la Corte EDU ha affermato che “*les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois*” (Sez. I, 13 gennaio 2011, *Evangelou*).

²⁵² Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 753.

Qui basterà notare come, assumendo la prospettiva che si è descritta, risultino convincenti le statuizioni che hanno messo in luce l'esigenza che le pronunce giurisdizionali siano sistematicamente coerenti, perché anche questa esigenza si connette alla certezza. Così, quando si afferma che *“il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regula iuris in concreto enunciata)”*²⁵³, si dice bene, perché si assume proprio la prospettiva della certezza, che dovrebbe normalmente privilegiarsi, collegandola puntualmente alle esigenze di effettività della tutela.

Né, a me sembra, determinano realmente una prevalenza della sostanza sulla forma le decisioni in cui si afferma che l'esecuzione della pronuncia del giudice amministrativo deve comportare il conseguimento del bene della vita reclamato, osservando come *“l'attuazione della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo non possa fermarsi all'approdo formale e parentetico del conseguimento di un provvedimento formalmente favorevole, ma debba implicarne la relativa esecuzione in modo idoneo ad assicurare il concreto perseguimento dell'utilitas”*²⁵⁴, perché esse postulano, in realtà, soltanto un certo modo di interpretare il giudicato, ma non ne ipotizzano il rovesciamento. E applicano un principio riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale, e cioè che *“una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto”*²⁵⁵.

Né la comportano quelle in cui si dice che *“i principi di strumentalità ed effettività della tutela impongono concretezza al processo, inibendo de-*

²⁵³ Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 (si trattava della delicata questione della modulazione nel tempo degli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo, in una fattispecie nella quale era scrutinato il ricorso di un'associazione ambientalista che lamentava l'insufficienza delle tutele assicurate dall'atto, il cui annullamento – dunque – avrebbe ulteriormente compromesso l'interesse dedotto in giudizio).

²⁵⁴ Così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

²⁵⁵ Corte cost., sent. n. 419 del 1995.

*cisioni che non siano sorrette da un interesse attuale all'ottenimento di utilità o vantaggi di carattere materiale o morale, di guisa che non può ammettersi un gravame avente ad oggetto questioni giuridiche non rilevanti rispetto allo specifico episodio amministrativo contestato*²⁵⁶, perché anche queste non postulano altro che una specifica lettura dell'interesse ad agire.

In definitiva: fra certezza e tutela effettiva v'è rapporto di connessione logica (e di derivazione assiologica). Lo ha colto bene una recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella quale si richiamano *“i principi affermati in sede comunitaria, per i quali l'effettività della tutela è assicurata anche dalla massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale (cfr. direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, con particolare riguardo al punto 25 del preambolo della prima)”*²⁵⁷. E lo ha colto la giurisprudenza di cassazione, quando ha osservato che, *“se il principio del giusto processo, come introdotto dal novellato art. 111 Cost., comma 1, esclude la legittimità di soluzioni interpretative volte a conferire rilievo a formalismi non giustificati da effettive e concrete garanzie difensive [...] – esclusione che costituisce una ulteriore, forte, ragione che milita a favore della marginalizzazione delle ipotesi di inesistenza della notificazione – è evidente, e ragionevole, che tanto trovi un limite insuperabile nell'arbitrio del giudice”*²⁵⁸.

La contrapposizione tra forma e sostanza, dunque, talvolta sta più in alcuni non necessari *obiter* che nelle soluzioni concretamente adottate: l'abbandono della forma (come forma/forza di legge) non si è ancora compiuto.

Un'ultima precisazione. La forma è altamente considerata anche dalle dottrine c.d. non oggettualistiche, che concepiscono il diritto non già come un oggetto conoscibile, ma come un fenomeno che si fa nel momento stesso in cui lo si studia e lo si pratica²⁵⁹. Queste dottrine (che a me sembrano chiaramente debitorie dell'evoluzione novecentesca della filosofia delle scienze naturali) propongono una definizione essenzialmente procedurale di certezza, accontentandosi di dire che è “certo” il diritto prodotto secondo procedure conoscibili e astrattamente predeterminate. Non è questa la sede per intrattenersi su tale indirizzo: mi limito

²⁵⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2924.

²⁵⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 2013, n. 8.

²⁵⁸ Cass. civ., Sez. Un., 29 ottobre 2007, nn. 22641 e 22642.

²⁵⁹ Quelle dottrine sono attentamente descritte (e condivise) da S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli 2002.

a constatare che l'aspirazione alla certezza e il modo in cui quel principio è stato storicamente inteso nei vari ordinamenti non sono distaccabili da un profilo sostanzialistico²⁶⁰, che costituisce la vera utilità sistemica del principio (e il modo in cui, direi, il senso comune l'intende). Quando, dunque, qui ci si richiama alla forma, non lo si fa per postulare la *riduzione* del diritto a pura forma, bensì la sua *fondazione* sulla forma (delle fonti).

5. *Ulteriori profili teorici e applicativi*

Alcune conseguenze applicative della ricostruzione che ho cercato di proporre nelle pagine che precedono sono già state esposte. Il campo delle conseguenze pratiche è, però, immenso ed è evidente che ararlo significherebbe andare molto al di là dei confini tracciabili ad un saggio e richiederebbe un impegno monografico. Per questo, ad integrazione di quanto già detto, mi limiterò a quattro ulteriori questioni che mi sembrano specificamente decisive: la critica alla legge in nome del diritto; il rapporto fra speditezza processuale e garanzie; gli effetti della tutela cautelare; il rapporto tra la riduzione del contenzioso e l'aumento dei costi della giustizia.

5.1. *La critica alla legge in nome del diritto*

Di “critica alla legge in nome del diritto” aveva parlato Flavio Lopez de Oñate in una pagina illuminante del suo *La certezza del diritto*²⁶¹. Egli aveva colto lucidamente che “la vecchia contrapposizione del diritto alla legge” avrebbe determinato effetti rovinosi per la certezza: se vi è una “realtà vitale” che precede la legge e le è superiore, è quella realtà che deve prevalere. Il problema, però, è che quella realtà si fa diritto soltanto perché qualcuno la proclama. E il proclamarla presuppone un margine di apprezzamento ben diverso da quello di cui – pure – gode l'interprete della legge: questi ha a che fare con la mediazione della *parola* del legislatore e da quella *parola* deve estrarre applicabili proposizioni norma-

²⁶⁰ Non a caso, lo stesso S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., 297 ss., integra la prospettiva procedurale con un richiamo ad un (sia pur “debole”) elemento sostanziale, costituito dal limite del contrasto insanabile delle procedure predefinite con i principi della ragionevolezza pratica.

²⁶¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 39.

tive; chi pretende di accertare la realtà vitale lo fa nella prospettiva della propria esperienza di vita e della propria attitudine selettiva (non dandosi all'uomo la possibilità d'intendere "tutta" la realtà). Imboccare questa strada significa predisporre alla dissoluzione della certezza²⁶².

Proprio recensendo Lopez²⁶³, Carnelutti aveva messo in luce come il movimento di contestazione della legge dovesse molto all'*Interessenjurisprudenz*²⁶⁴ e anche alla scuola positiva del diritto penale così fortunata in Italia²⁶⁵, ma quel movimento prosegue ancora oggi e sembra anzi rivitalizzato dalla crisi della politica e dai problemi di legittimazione delle istituzioni rappresentative, cui la legge è imputabile. Esso si manifesta in forme molto varie. Così, incentrando il discorso sulla diversità tra ordinamenti a prevalenza di vincolo comunitario e ordinamenti a prevalenza di vincolo societario, si critica l'astrattezza della legge a vantaggio dei concreti meccanismi autoregolatori della società, che sarebbero in grado di produrre certezza ben più di quanto non possa fare la legge²⁶⁶. Ovvero, si sostiene che il diritto giurisprudenziale godrebbe di un "indiscutibile primato" sul piano razionale: "chi, se non il giurista di professione, può formulare norme univoche, coerenti, certe insomma nel contenuto?"²⁶⁷. Oppure, assumendo la prospettiva storica della rivalutazione del modello medievale di ordinamento giuridico, si stigmatizza la "stucchevole idealizzazione della legge"²⁶⁸ e si afferma che il diritto "ha una sua *onticità*, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo",

²⁶² Osserva giustamente G. AMATO, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in AA.VV., *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino 2010, I, 11, che proprio il testo della legge, condizionando in modo "invalicabile" la discrezionalità dell'interprete, fa valere le ragioni della certezza.

²⁶³ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 81 ss., ora in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968 (ma il saggio è del 1942), 196 ss.

²⁶⁴ In effetti, lo stesso Heck riconoscerà gli stretti contatti (oltre che le diversità) fra *Interessenjurisprudenz* e *Freirechtslehre*: P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, 2.

²⁶⁵ Quella scuola, appunto, si fondava su due concetti fondamentali ("la difesa sociale e la pericolosità del delinquente") che mettevano in seria difficoltà l'aspirazione della legge alla generalità e all'astrattezza (cfr., ad es., E. FERRI, *La riforma della giustizia penale in Italia*, in AA.VV., *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di M. Caravale e F.L. Sigismondi, Napoli 2014 – ma la prolusione è del 1919 –, 672).

²⁶⁶ M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., 122 ss.

²⁶⁷ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 577.

²⁶⁸ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2013, 61.

derivandone la conseguenza che la sua “decifrazione e traduzione in regole non può che essere affidata a un ceto di sapienti, gli unici capaci di farlo con provvedutezza”²⁶⁹. O ancora, partendo da una prospettiva neocostituzionalistica, si leggono i diritti fondamentali come diritti naturali positivizzati²⁷⁰, ovvero si contrappone al diritto come forma (le *leges*) il diritto come sostanza (i *mores*)²⁷¹ e da questa premessa (che implica la parallela contrapposizione fra le “pretese della forza” e le “aspettative di giustizia”)²⁷² si deriva la conseguenza che “la legge, per essere tale, deve poter giustificare davanti al tribunale della giustizia la forza che essa sancisce”²⁷³.

Tutte queste posizioni sono animate dall'intenzione di valorizzare i diritti della persona, ma a me sembra ch'esse, per quanto accuratamente argomentate, conducano ad un esito opposto, contribuendo alla rottura della certezza (funzionale anche alla protezione di quei diritti) che solo la legge può dare, in quanto solo “la legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere”²⁷⁴. E sembra anche che se la funzione sistemica della giurisdizione è – semplicemente – l'applicazione della legge sia necessario per il giudice non dividerle. Conseguentemente:

a) si dovrebbe rifuggire dalla svalutazione del criterio dell'interpretazione letterale, che, pure, è diffusa e ha avuto modo di manifestarsi nella stessa giurisprudenza costituzionale²⁷⁵;

²⁶⁹ P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3° ed., Milano 2007, 23; v. anche, dello stesso A., *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir. soc.*, 2011, 41, ove si affida alla giurisprudenza anche il compito di esercitare la “supplenza nel colmare vuoti [della legislazione] non sopportabili dalla coscienza collettiva”.

²⁷⁰ E. CHELI, *Lo “Stato costituzionale”*, cit., 54.

²⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 15. È interessante notare quanto la dottrina tardo-ottocentesca più pensosa delle questioni sociali fosse – al contrario – diffidente nei confronti degli usi e delle consuetudini: “quando il legislatore vuole regolare un contratto nel mero interesse privato egli non fa altro di regola che consacrare le convenzioni invalse per consuetudine, e quindi ribadisce in articoli di legge le norme che il contraente più forte ha imposto al più debole” (questo bel passo, risalente al 1898, è in C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice del commercio*, in AA.VV., *La Facoltà giuridica romana*, cit., 404). Era ancora vivo, evidentemente, in quella dottrina, il cristallino insegnamento vichiano, che aveva spiegato come le società aristocratiche (e monarchiche) si fondino sui costumi e le democratiche sulle leggi (*De uno universi iuris principio et fine uno*, Cap. CXII).

²⁷² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 22.

²⁷³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 23.

²⁷⁴ F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit., 39. cit., 50.

²⁷⁵ Quando nella sent. n. 1 del 2013 si scrive che quel metodo sarebbe “primitivo sempre” (e così giungendo, si consenta di osservare, a conclusioni assai discutibili sul re-

b) si dovrebbe applicare con parsimonia il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, decidendosi a rimettere alla Corte costituzionale *tutti* i dubbi di legittimità costituzionale non risolvibili senza forzature del testo legislativo, pena la trasformazione del nostro regime di sindacato di costituzionalità da accentrato in diffuso e (anche qui) la compromissione della certezza derivante dall'assenza di una pronuncia capace di effetti *erga omnes* ai sensi dell'art. 136 Cost.²⁷⁶;

c) si dovrebbe rivalutare, nei limiti in cui è logico e possibile farlo, il canone dell'intenzione del legislatore, perché la legge (ma, prima ancora e soprattutto, la Costituzione) è fatta per durare e la durata è un elemento costitutivo della certezza. L'intenzione del legislatore, peraltro, non si deve certo interpretare come la contingente volontà di perseguire un determinato obiettivo immediato, ma come quella di perpetuare nel futuro la sostanza prescrittiva del disposto legislativo. Così rettamente intesa l'intenzione, essa è un mezzo essenziale per l'identificazione di quella sostanza, sicché la polemica tra "oggettivisti" e "soggettivisti", in effetti, deve essere radicalmente rivista.

Tutto questo, si badi, non si risolve in una riesumazione del perduto ideale della coincidenza fra *lex* e *ratio*, non ipotizza una legislazione nitida e conseguente, quale non riesce più a darsi nel momento storico che viviamo. Già più di tre secoli addietro Leibniz ha chiarito che, se è vero che "l'interpretazione supplisce all'imperfezione della legge", l'"imperfezione" da rimediare non sta nello scostamento della legge dalla giustizia, bensì nell'inadeguatezza del linguaggio normativo, nella mancanza di una "lingua razionale" (di quella lingua – cioè – dei numeri e dei segni logici che Leibniz praticava con tanto successo). Compito dell'interpretazione (della giurisprudenza, quindi, e della dottrina) è identificare "un filo nel labirinto", costruendo saldi principi dommatici. Il che significa che le leggi si debbono integrare solo "dove tacciono"²⁷⁷ e che l'interprete non può sostituire il proprio modello di giustizia a quello accolto dal legislatore. Lo stato pietoso della nostra legislazione, insomma, do-

gime delle intercettazioni indirette del capo dello Stato, come ho cercato di dimostrare in *La gabbia del Presidente*, in *Giur. cost.*, 2013, 513 ss.).

²⁷⁶ Non mi convince, dunque, l'ipotesi, recentemente avanzata da M. D'ALBERTI, *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 285, che per via giurisprudenziale sia sempre possibile "l'introduzione nel nostro sistema giuridico di rimedi sostanziali e processuali che integrino carenze normative".

²⁷⁷ *La giustizia come carità del saggio* (Hannover, 1677-1678), trad. it. di V. Mathieu, in *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino 1951, 121 ss.

vrebbe sollecitare un *plus* di sforzo di sistemazione concettuale, non una fuga dalla legge (per quanto imperfetta possa essere) e dalla sua forza. Del resto, l'accesso al sindacato di costituzionalità è proprio lo strumento predisposto dall'ordinamento per rimediare all'imperfezione della legge, tutte le (ormai numerose) volte in cui l'imperfezione si fa violazione (della Costituzione).

Chi oggi difende la legge e – se del caso – si proclama positivista (*quorum ego*) non lo è certo nel segno dell'ottimistica prospettiva dell'epistemologia comtiana o in quello dello sterile dogmatismo giuspositivistico ottocentesco, né pensa che esista l'interpretazione “una” delle disposizioni normative. Il positivismo d'oggi, se ragionato, è inevitabilmente figlio del proprio tempo e – dunque – è consapevole di tutto il legato del Novecento: dell'ermeneutica, della teoria dell'argomentazione, della dottrina della precomprensione, e via dicendo. O forse, se si vuole, semplicemente del fatto che già Vico aveva parlato della “scepsi civile dei Romani” e del fatto ch'essi iniziavano le loro sentenze con “*videri*” o “*parere*” perché ritenevano che difficilmente l'uomo potesse liberarsi dalle passioni, “*quia neminem de se animum affectu vacuum praestare posse arbitrabantur*”²⁷⁸.

5.2. Speditezza processuale e garanzie

La questione del rapporto fra speditezza processuale e garanzie è indubbiamente quella in cui le vicende della tutela effettiva e dell'efficienza, pur restando – si badi – concettualmente distinte²⁷⁹, sembrano mescolarsi in modo più chiaro²⁸⁰. Il processo lento, infatti, non è soltanto incapace di soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese. Nello “Studio

²⁷⁸ *De antiquissima Italorum sapientia*. Cap. V, IV.

²⁷⁹ Questa differenza concettuale si radica, per vero, in un diverso regime di diritto positivo, perché le norme costituzionali che riguardano la “macchina” e quelle che regolano la “funzione” sono diverse. Ciò ha (o dovrebbe avere) anche specifiche conseguenze di regime giuridico: come è stato opportunamente osservato, alcuni interventi legislativi o indirizzi giurisprudenziali che tendono a risolvere i problemi dell'una (della macchina) incidendo nella seconda (nella funzione) operano un'indebita confusione di piani (F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, n. 6/2014, 11).

²⁸⁰ V., ad es., R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 323.

economico” dell’OCSE 2013 sull’Italia gli effetti economici del malfunzionamento della giustizia sono messi ripetutamente in evidenza, mentre alcune ricerche della Banca d’Italia hanno mostrato non solo che esiste una (pur limitata) correlazione tra effettività/efficienza della risposta giudiziaria e struttura finanziaria delle imprese²⁸¹, ma anche – e soprattutto – che vi è un rapporto tra scarsa attrattività del nostro Paese per gli investimenti esteri e lentezza della giustizia civile²⁸², così come tra questa e rallentamento della crescita (o stasi, o diminuzione) del PIL²⁸³. Questa consapevolezza è ormai diffusa sia nell’opinione pubblica²⁸⁴, sia nella discussione tra i giuristi²⁸⁵.

Per la verità, dubito che sia corretto ridurre l’efficienza alla sola efficienza economica e che l’efficienza economica sia calcolabile solo in termini di PIL²⁸⁶. Molto opportunamente, l’ISTAT e (forse *in articulo mortis*) il CNEL hanno proposto ben altra e ben più accurata misurazione del ben-essere, in un documento (il BES 2013) nel quale il benessere economico è considerato solo uno dei fattori determinanti il benessere complessivo (sul quale incidono anche la salute, il lavoro, l’istruzione, le relazioni sociali, l’ambiente, le condizioni delle istituzioni, etc.)²⁸⁷.

²⁸¹ A. CARMIGNANI, *Funzionamento della giustizia civile e struttura finanziaria delle imprese. Il ruolo del credito commerciale*, Banca d’Italia – *Temi in discussione del Servizio Studi*, n. 497 – Giugno 2004.

²⁸² V., in sintesi, C. BENTIVOGLI, *Attrattività e investimenti dall’estero in Italia*, Relazione alla Conferenza “Internazionalizzazione delle imprese italiane”, 27 febbraio 2014, reperibile al “sito” della Banca d’Italia.

²⁸³ M. BIANCO, *Giustizia civile: i problemi e le loro radici* (Rapporto del Servizio Studi di struttura economica e finanziaria della Banca d’Italia), s.d. Di questo rapporto, peraltro, non sembrano condivisibili tutte le ipotesi di soluzione dei problemi esattamente segnalati.

²⁸⁴ Un importante quotidiano, di recente, constatava che “è ormai patrimonio comune quanto l’inefficienza della giustizia civile zavorri l’economia, azzoppi le imprese sui mercati, penalizzi i consumatori” (v. l’articolo di L. FERRARELLA, *Un milione e 200mila cause da Inps e Poste ingolfano la giustizia civile*, ne *Il Corriere della Sera*, 25 agosto 2014, p. 23, dichiarazione che – si noti per inciso – a distanza di un anno dalle polemiche agostane del 2013, finalmente mette da parte le questioni della giustizia amministrativa, allora così duramente attaccata).

²⁸⁵ Possono vedersi, da ultimo, molti dei contributi raccolti in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit.: ad es. G. GIOVANNINI, *La legislazione della crisi e il ruolo del giudice amministrativo* (*ivi*, 33); A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit. (*ivi*, 56);

²⁸⁶ Tra i giuristi, il medesimo dubbio è nutrito da G. SEVERINI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 225.

²⁸⁷ L’intitolazione completa del documento è BES 2013. *Il benessere equo e sostenibile in Italia* (è edito direttamente dagli stessi CNEL e ISTAT).

E dubito anche, sebbene sia stato autorevolmente sostenuto il contrario²⁸⁸, che sia così certo che il tempo possa qualificarsi (almeno giuridicamente) come “bene della vita”. A me sembra, semmai, questione controversa: per una più generale perplessità sulla possibilità di ridurre il tempo (da caratteristica dell’umanità per rapporto alla divinità, da categoria del pensiero, da elemento definitorio dell’esserci dell’uomo, etc.) a semplice oggetto di un diritto (è questo il *proprium* del “bene” per l’art. 810 cod. civ.); perché, di fronte ai beni, “il legislatore adotta la prospettiva dell’appartenenza” e “la logica dell’appartenenza è anche logica dell’esclusività”²⁸⁹; perché il qualificarlo in questo modo non sembra aggiungere molto al patrimonio giuridico dei consociati, una volta che il paradigma della “tutela giurisdizionale effettiva” sia stato correttamente definito²⁹⁰.

Come che sia d’una simile questione, forse più rilevante sul piano della storia delle idee che su quello della pratica giuridica, il tema del tempo del processo, e più in generale delle tutele, si deve ritenere effettivamente centrale. Qui, fermo restando che, come è stato giustamente osservato, le cause delle inefficienze della giurisdizione le sono sovente esterne e (a parte la cronica mancanza di risorse) riguardano anzitutto la legislazione e l’amministrazione²⁹¹, si pongono soprattutto due questioni: gli interventi deflattivi del contenzioso; gli accorgimenti tecnici di accelerazione e semplificazione del processo.

Quanto agli interventi deflattivi (sui quali, per un loro profilo particolare, si tornerà anche in chiusura), mi soffermo solo su due questioni. Anzitutto, va segnalato che uno di quelli cui il nostro ordinamento ha

²⁸⁸ Cfr., ad es., A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 56; R(OB). CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato*, cit., 191; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, loc. cit..

²⁸⁹ N. IRTI, *L’acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle “appartenenze”)*, in *Dir. soc.*, 2013, 381 ss.

²⁹⁰ Ritengo, in particolare, che debba valutarsi attentamente se vi sia bisogno di qualificare “bene della vita” il tempo perché sia riconosciuta la risarcibilità del danno da ritardo, dovendo il danno stesso essere “ingiusto” (così, invece, R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit., 335). Il diritto di difesa, rappresentato come diritto alla tutela effettiva, infatti, mi sembra già contenere in sé la pretesa alla tempestività. Quanto al danno da ritardo nel procedimento amministrativo (e non nel processo), il diritto leso (e dunque risarcibile) potrebbe ben ritenersi, credo, quello sostanziale che è sotteso al corretto uso del tempo (in particolare, il diritto di libera iniziativa economica o il diritto di proprietà).

²⁹¹ P. DE LISE, *Un giudice per l’economia*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 75 ss.

fatto sovente ricorso in passato, e cioè l'onere di previa proposizione di un ricorso amministrativo, ha senso, nella prospettiva della certezza e dell'effettività, solo a condizione che il relativo procedimento sia rapido ed abbia tempi certi²⁹². In secondo luogo, va detto che non si può non condividere l'opinione di chi sollecita una decisa sperimentazione delle tecniche di decisione delle controversie alternative alla giurisdizione²⁹³. Quelle tecniche, però, vanno introdotte nel rispetto dei criteri enunciati dalla Corte di giustizia, che da tempo ha chiarito come istituti quali la mediazione sono legittimi solo a certe condizioni. In particolare, nel vagliare la conformità al diritto comunitario (in particolare, alla direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, c.d. "direttiva servizio universale") del procedimento di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com. disciplinato dal legislatore italiano con il d. lgs. n. 259 del 2003, il giudice di Lussemburgo ha affermato che "*nei limiti in cui l'introduzione di una procedura di tentativo obbligatorio di conciliazione costituisce una condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, occorre esaminare se essa sia compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*". In quel caso, uno degli elementi che consentì alla Corte di pronunciarsi in favore dell'attuazione italiana della direttiva fu il fatto che "*i costi derivanti dalla procedura di conciliazione dinanzi al Co.re.com sono inesistenti. Per quanto riguarda le procedure di conciliazione dinanzi ad altri organi il fascicolo sottoposto alla Corte non contiene alcuna indicazione che induca a ritenere rilevanti tali costi*" (§ 57)²⁹⁴. Per la Corte di giustizia, insomma, istituti come la mediazione o simili possono essere obbligatori od onerosi, non entrambe le cose assieme²⁹⁵.

²⁹² Lo segnala, assai opportunamente, richiamando la giurisprudenza costituzionale, R(ICC). CHIEPPA, *Sulla legittimità costituzionale di previi ricorsi o rimedi o procedimenti precontenziosi per poter adire un giudice e sugli effetti della inosservanza delle relative previsioni*, in *Giur. cost.*, 2013, 5095 ss.

²⁹³ V. ancora A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 56 ss.

²⁹⁴ Sez. IV, 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Telecom Italia S.p.A.* Adesivamente G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 2011, 587.

Come è noto, la nostra Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione con la sent. n. 272 del 2012, che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni del d. lgs. n. 28 del 2010, ma per eccesso di delega.

²⁹⁵ Qualche dubbio, dunque, si può sin d'ora avanzare sulla legittimità costituzionale dell'art. 3 del d. l. 12 settembre 2014, n. 132. Ivi, infatti, si prevede l'improcedibilità della domanda giudiziale in assenza di invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita (comma 1), ma si esclude l'onerosità della procedura solo se la parte è nelle condi-

Quanto agli strumenti processuali che dovrebbero favorire la speditezza, l'impressione è che si sia sovente esagerato in filtri e in formalismi, travisando l'esigenza di rispetto della forma per come la si è ricostruita in precedenza (al par. 4).

Così, più che ricorrere a filtri analoghi a quelli recentemente introdotti (dall'art. 47 della l. n. 69 del 2009 e dall'art. 54 del d. l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012) per deflazionare i giudizi di cassazione e di appello, sembra miglior partito ricorrere alla sentenza in forma semplificata²⁹⁶. Anche qui, peraltro, con qualche cautela. Penso, in particolare, al recente d. l. n. 90 del 2014, il quale, sostituendo l'art. 120, comma 6, del d. lgs. n. 104 del 2010, ha disposto che nelle controversie relative all'affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture, “*Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente*”. Così facendo, il legislatore ha inteso perseguire le esigenze di speditezza, ma non ha tenuto conto di quanto potesse essere in agguato l'eterogeneità dei fini, perché, come è stato esattamente osservato, in materie di simile complessità il contenzioso si potrebbe moltiplicare proprio a causa della semplificazione delle decisioni, “inducendo il soccombente, più facilmente insoddisfatto da una scarna motivazione sulle ragioni che hanno determinato il rigetto delle proprie tesi, a promuovere ulteriori gradi di giudizio”²⁹⁷. Non solo: è stato altrettanto giustamente considerato che la forma semplificata della sentenza non pone un problema di impoverimento delle argomentazioni perché è il giudice che discrezionalmente ravvisa le condizioni per ricorrervi o meno²⁹⁸, ma è chiaro che questo non accade quando lo si deve fare per diretta previsione legislativa.

zioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (comma 6). La precarietà dei contenuti normativi dei decreti legge suggerisce, peraltro, di non approfondire ulteriormente questa e altre questioni poste dalla fonte ora ricordata.

²⁹⁶ L'osservazione è di A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, loc. ult. cit.

²⁹⁷ Così M.A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 impattanti sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Amministrativ@mente*, n. 5-6/2014, 9.

²⁹⁸ C. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in AA. VV., *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di G. Paleologo, Milano 1998, 239.

Anche alcuni indirizzi giurisprudenziali meriterebbero probabilmente una riflessione supplementare.

Così, per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, è singolare che l'istituto dell'intervento nei giudizi incidentali²⁹⁹, di pura creazione giurisprudenziale, sia entrato in crisi subito dopo che la stessa Corte l'aveva formalmente introdotto (con delibera del 2008) nelle *Norme integrative* che regolano la sua attività processuale. Da che l'art. 4, comma 3 di quelle Norme fa esplicito riferimento ad “*eventuali interventi di altri soggetti*” (diversi, cioè, dal Presidente del Consiglio), abbiamo registrato il paradosso di un indirizzo giurisprudenziale massimamente restrittivo, fondato sul principio che “*sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale), le sole parti del giudizio principale, mentre l'intervento di soggetti estranei a questo è ammissibile per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura*”³⁰⁰. Tale principio, si badi, è rimasto pressoché intatto negli anni, ma è l'interpretazione del concetto di inerenza diretta ed immediata che è mutata, comportando la declaratoria di inammissibilità di quasi tutti gli interventi proposti nel recente passato. È altamente probabile che tale indirizzo sia stato motivato dal timore di un eccesso di interventi e – dunque – di un possibile rallentamento dei lavori della Corte, ma un giusto mezzo sarebbe stato ben possibile.

Quanto alla giurisprudenza ordinaria, è noto il – ritengo – discutibile indirizzo che (in dubbia armonia con la CEDU)³⁰¹ ha portato alla decla-

²⁹⁹ In quelli principali è rimasto sempre fermo il principio che il “*giudizio di costituzionalità delle leggi, promosso in via di azione, è configurato come svolgentesi esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa, in quanto avente ad oggetto questioni di competenza normativa, fermi restando, per i soggetti privi di tale potestà, i mezzi di tutela delle loro posizioni soggettive, anche costituzionali, di fronte ad altre istanze giurisdizionali ed eventualmente anche di fronte a questa Corte in via incidentale*” (così, da ultimo, ord. 9 ottobre 2012).

³⁰⁰ Da ultimo, ord. 11 febbraio 2014 (allegata alla sent. n. 100 del 2014).

³⁰¹ V., da ultimo, nella giurisprudenza di Strasburgo, la sent. Sez. I, 7 gennaio 2010, *Dimopoulos*, nella quale, scrutinando un ricorso generato da una pronuncia di irricevibilità resa dalla Cassazione greca, si dice che già in alcuni precedenti conformi “*la Cour a estimé que le fait, pour la Cour de cassation, de prononcer l'irrecevabilité d'un moyen de cassation au motif que le requérant n'avait pas précisé dans son pourvoi les circonstances de*

ratoria di inammissibilità di molteplici ricorsi per cassazione, stretti tra l'imperativo dell'autosufficienza e quello della sinteticità. Così, recentemente, è stato detto che “è affermazione assolutamente consolidata nella giurisprudenza di questa Corte che la prescrizione contenuta nell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3, secondo la quale il ricorso per cassazione deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa, non può ritenersi osservata quando il ricorrente non riproduca alcuna narrativa della vicenda processuale, né accenni all'oggetto della pretesa, limitandosi ad allegare, mediante spillatura, per intero il libello introduttivo e tutti gli atti successivi”, precisando che la “spillatura” in questione può essere anche quella elettronica e che questa è una pratica che rende “particolarmente indaginosa l'individuazione dei punti oggetto di contrasto e sui quali la Corte è chiamata a pronunciarsi”³⁰². Sennonché, è appunto compito del giudice indagare la *res litigiosa* e il fatto che l'indagine sia particolarmente complessa (foss'anche perché non aiutata dal difensore della parte) non credo lo esima dall'assolvere tale funzione. Né si potrebbe obiettare che “la pedissequa riproduzione dell'intero, letterale, contenuto degli atti processuali [...] è inidonea a soddisfare la necessità della sintetica esposizione dei fatti, in quanto equivale ad affidare alla Corte, dopo averla costretta a leggere tutto (anche quello di cui non occorre sia informata), la scelta di quanto effettivamente rileva in ordine ai motivi di ricorso”³⁰³, perché il sovraccarico di lavoro imposto al giudice (e alla controparte) potrà rilevare in fatto sul piano dell'efficacia delle difese e in diritto su quello della condanna nelle spese³⁰⁴, ma non dovrebbe certo

fait sur lesquelles s'était fondée la juridiction d'appel pour statuer, relevait d'une approche par trop formaliste qui n'était pas proportionnée au but consistant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice”.

³⁰² Cass. civ., Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 7474.

³⁰³ Cass. civ., Sez. III, 24 febbraio 2014, n. 4273.

³⁰⁴ È questa la prospettiva suggerita da L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, che può leggersi al sito www.giustizia-amministrativa.it, spec. par. 1 (ove si formula la speranza che “con le statuizioni sulle spese di giudizio e senza incidere sul diritto alla difesa, i giudici impongano il rispetto del principio di sinteticità”) e da G.P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, al medesimo sito, ma ora anche in ID., *Il premio “Giambattista Vico” a Vatolla. Saggi scelti*, Salerno 2014, 98 ss. (*ivi*, 97, anche il rilievo che la sinteticità dovrebbe ottenersi “per sottrazione” – di quanto non rileva – “dal magma dell'elaborazione linguistica del materiale giuridico predisposto per il processo”).

Anche qui, peraltro, non mancano gli interrogativi sui rischi potenzialmente connessi al collegamento fra condanna nelle spese e inosservanza del principio di sinteticità, e dunque sull'opportunità della scelta legislativa che (con l'art. 1 del d. lgs. n. 160 del

comportare una sanzione (ché di sanzione, per espresso riconoscimento della stessa Cassazione, si tratta) come quella dell'inammissibilità. In questa stessa prospettiva, lascia perplessi l'idea (ora praticata dall'art. 40, comma 1, lett. *a*), del d. l. n. 90 del 2014, nel testo risultante dalla l. di conv. n. 114 del 2014) di una predeterminazione dei limiti quantitativi degli scritti difensivi (in materia di appalti). Delle due, infatti, l'una. Se si fa riferimento a criteri puramente formali si soffre delle medesime insufficienze che hanno marcato altre iniziative prese di recente dal nostro legislatore (penso a quelle che affliggono i criteri ANVUR di valutazione della produzione scientifica nell'università), visto che la difficoltà di un problema giuridico non dipende da dati puramente formali. Se, invece, si fa riferimento a criteri sostanziali, l'opinabilità delle valutazioni è evidente, ed un conto è che questa pesi – al più – in sede di condanna nelle spese, altra che condizioni la stessa ammissibilità di uno scritto difensivo o l'obbligazione del giudice di pronunciarsi. E a dimostrazione che fra i due corni dell'alternativa non è possibile scegliere sta proprio l'art. 40, comma 1, lett. *a*), del d. l. n. 90 del 2014, che non va con chiarezza né in un senso né nell'altro³⁰⁵. La questione, comunque, è cruciale e su di essa si tornerà rapidamente in sede di conclusioni.

Quanto, infine, alla giurisprudenza amministrativa, si può prendere in considerazione la questione dell'errore scusabile. L'atteggiamento più

2012) ha portato ad introdurre all'art. 26, comma 1, del c.p.a. l'inciso “*tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2*” (tali interrogativi sono compiutamente esposti da M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 24 ottobre 2012, 1 ss.).

In giurisprudenza, da ultimo, per il collegamento tra violazione del principio di sinteticità degli atti e condanna nelle spese, Cons. giust. amm. Reg. sic., 19 aprile 2012, n. 395; Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; Sez. V, 24 marzo 2014, nn. 1435 e 1436; Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1663; Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2963; Sez. IV, 1° luglio 2014, n. 3296. Ad avviso di F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità*, cit., 8, la cit. sent. Cons. Stato, Sez. V, n. 3210 del 2013, in un *obiter*, avrebbe ipotizzato anche un collegamento, ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., tra violazione del principio di sinteticità e condanna al pagamento (non già delle spese di lite previste dal precedente comma 1, ma) di una sanzione pecuniaria da incamerarsi dall'Erario (prevista per la fattispecie della lite temeraria). È dubbio, invero, che sia davvero così. Se lo fosse, le considerazioni critiche di questo A. sarebbero, a mio avviso, fondate.

³⁰⁵ Vi si stabilisce, infatti, che nella fissazione dei limiti quantitativi degli scritti delle parti il decreto del Presidente del Consiglio di Stato (chiamato davvero ad una “missione impossibile”) “*tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti*” (formula in cui si sommano, con tutta evidenza, elementi quantitativo-formali ed elementi qualitativo-sostanziali).

recente³⁰⁶ è alquanto rigoroso e l'errore viene riconosciuto solo in casi affatto peculiari. Proprio la certezza (in particolare: delle regole processuali) è alla base di questo indirizzo e anche del suo positivo apprezzamento in dottrina³⁰⁷. Eppure, qui la certezza giuoca un duplice e difficilmente ricostruibile ruolo. Per un verso, infatti, è proprio l'incertezza che rende giustificabile l'errore; per altro verso, la sua scusabilità può generare ulteriore incertezza, alterando – oltretutto – il principio di parità delle armi (perché un errore “scusato” è sempre un errore “imposto” alla controparte). Si tratta, dunque, di un conflitto “interno” al principio di certezza del diritto, nel quale l'assunzione della certezza quale prospettiva (come sopra si è proposto) non può certo bastare. Tuttavia, sembra di poter dire che le condizioni attuali del nostro ordinamento, caratterizzato da complicazione più che complessità³⁰⁸ e da un evidente difetto di chiarezza e conoscibilità, parrebbe dover indurre ad un atteggiamento più liberale in tema di scusabilità dell'errore. E si può aggiungere che, se la certezza riguarda anche il buon funzionamento del commercio giuridico, la risoluzione delle controversie nel merito parrebbe essere l'obiettivo principale della funzione giurisdizionale, perché la sicurezza dei traffici trae beneficio assai più dal chiarimento della sostanza dei rapporti che dall'applicazione delle regole processuali. Si tratta, dunque, di questione nella quale non si può non affidarsi alla sensibilità del giudice, alla luce delle esigenze ora indicate.

Al di là di questi esempi e più in generale, occorre dire che le ragioni della celerità non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela. Come ha osservato condivisibilmente la Corte di cassazione, “*la «ragionevole durata» è un valore solo nella misura in cui sia funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, la quale non può risolversi esclusivamente nella celerità del giudizio, ma richiede l'operatività di strumenti processuali capaci di garantire la realizzazione di una omogenea disciplina sostanziale dei rapporti giuridici*”³⁰⁹. Considerazione ineccepibile, che sembra condivisa, in via di principio, dalla stessa giurisprudenza

³⁰⁶ La giurisprudenza in questione (almeno quella amministrativa) si è riportata alla nt. 105.

³⁰⁷ Cfr. M.A. SANDULLI, *Effettività della tutela e potere giurisdizionale di interpretazione: brevi riflessioni a margine di alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Stefano M. Cicconetti*, 3 ss.

³⁰⁸ La distinzione richiama, ovviamente, la concettualogia di Edgar Morin.

³⁰⁹ Cass. civ., Sez. Un., 18 gennaio 2007, nn. da 1052 a 1063; analogamente, Cass. civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, nn. da 20929 a 20939.

amministrativa: come si è detto di recente, in riferimento alla disciplina del codice degli appalti “*la «ratio» deflattiva del contenzioso che ispira le norme in parola [...] non può tradursi (a pena di seri dubbi di costituzionalità) in interpretazioni che finiscano col rendere inutilmente difficoltosa l’effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive (artt. 24 e 113 Cost.)*”³¹⁰.

Insomma: il principio di rapidità processuale, così come quello dell’economicità dei mezzi giuridici³¹¹, è cosa diversa da quello dell’effettività della tutela e nei suoi confronti deve cedere.

Che questo debba accadere e che sia dubbia la qualificabilità del tempo come “bene della vita” non significa che la speditezza processuale sia *négligeable*. Vuol dire, semmai, che anch’essa deve essere riguardata nella privilegiata prospettiva della certezza: a parte il fatto che solo una giustizia certa (più che rapida) è volano dello sviluppo economico³¹², un contenzioso che si protrae nel tempo è una ferita non rimarginata alla certezza del diritto. Come accennato, la sola esistenza di una controversia giuridica è il sintomo di un’incertezza (fosse pure soltanto strumentale) sull’interpretazione e sull’applicazione di una fonte normativa: risolvere tempestivamente il contenzioso significa ripristinare una certezza del diritto indubbiata.

5.3. *La specifica questione della tutela cautelare*

Un profilo della questione del rapporto fra speditezza processuale e garanzie che in ragione della vastità e difficoltà dei temi pratici che vi si riannodano merita almeno un accenno di separata trattazione è costituito dal governo delle misure cautelari, sia collegiali che monocratiche. Anche qui è bene limitarsi, per semplicità, al processo amministrativo, nel quale – peraltro – questa problematica si è posta e si pone con particolare incisività e quotidiana frequenza. È stato notato, infatti, che l’esigenza di orientare correttamente l’azione amministrativa e di evitare il ripetersi di errori o illegittimità fa sì che la tutela cautelare abbia assunto “un ruolo di garanzia «oggettiva» della giustizia nell’amministrazione”³¹³, ma non si è potuto fare a meno di aggiungere che la fase cau-

³¹⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1225.

³¹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4912.

³¹² Analogamente, mi sembra, P. DE LISE, *Un giudice per l’economia*, cit., 78 ss.

³¹³ Così M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1133.

tutare ha i suoi limiti e che le garanzie di certezza “non possono essere soddisfatte dalla istruzione e dalla cognizione della controversia in una fase necessariamente sommaria”³¹⁴.

Anche nel dominio della tutela cautelare, come si vede, siamo di fronte ad un’ipotesi di conflitto tra principi. Per un verso, il principio di effettività reclama una tutela sollecita e – quindi – anche interinale, non potendo il decorso del tempo pregiudicare le situazioni soggettive di chi ha ragione. Per l’altro, nella doverosa prospettiva della certezza, una tutela può dirsi effettiva solo quando è assistita dalla stabilità dell’accertamento di merito, ben potendo la tutela cautelare essere seguita da un rigetto del gravame in forza di un esame più approfondito di quello cui si può procedere nella fase della mera delibazione (ed essendo ben possibile, oltretutto, una diversa composizione del collegio chiamato a decidere della domanda cautelare e di quello chiamato a decidere il merito)³¹⁵. Il conflitto, ovviamente, si acuisce nell’ipotesi delle misure monocratiche, perché esse sono assistite da un grado ancor minore di stabilità, non essendo imputabili al collegio che dovrà, poi, “definitivamente” pronunciarsi.

Conflitti di questo genere, a prima vista, sembrano risolvibili soltanto in base alla sensibilità del giudice o del collegio decidente, chiamati a soppesare i vari interessi in giuoco e ad assicurare la maggiore possibile realizzazione di un principio con il minimo sacrificio dell’altro. In realtà (e ribadito che ragionare in termini di soddisfazione “maggiore” o “minore” è opinabile), un criterio generale di guida dell’esercizio della funzione giurisdizionale può essere identificato. Lo troviamo, a me sembra, all’art. 55, comma 10, del c.p.a.

A mio avviso, il legislatore (come peraltro ha fatto anche nella disciplina del rapporto fra tutela cautelare e *translatio iudicii*)³¹⁶ si è reso ben conto della possibilità (anzi: inevitabilità) di uno scontro tra principi ed è corso ai ripari, prevedendo – come è noto –, nella prospettiva di uno “stretto rapporto tra cautela e merito”³¹⁷, che “*Il tribunale amministra-*

³¹⁴ V. ancora M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit., 1136.

³¹⁵ L’Adunanza Plenaria, nella sent. 3 febbraio 2014, n. 8, ha ricordato “*il rapporto di simmetria fra tutela cautelare e possibile esito del giudizio di merito*”, ma è evidente che l’esito “possibile” rivelato dal *fumus* non è anche un esito “certo”.

³¹⁶ Come osserva Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1310, l’art. 10, comma 7, c.p.a., prevede “*un caso di temporanea ultrattività della misura cautelare*”, funzionale ad assicurare l’effettività della tutela cautelare pur a fronte dell’esigenza di stabilizzare il rapporto processuale innanzi il giudice munito di giurisdizione.

³¹⁷ M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit., 1137.

tivo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito". Sembra che in questo modo si sia inteso addirittura eliminare il conflitto in radice: fase cautelare e fase di merito finiscono per coincidere e la tutela sollecita si fa anche tutela stabile. La prospettiva della certezza, che deve guidarci nel percorso del processo, pare rispettata. Dovrebbe dunque ritenersi auspicabile³¹⁸ una frequente applicazione dell'istituto ora ricordato (il che comporterebbe anche, per coerenza, un parsimonioso uso del potere cautelare monocratico)³¹⁹.

Certo, i risultati di questa applicazione possono essere soddisfacenti solo se si rispettano due condizioni: a) che nelle ipotesi in cui – realmente – non si può attendere nemmeno la ravvicinata data di discussione del merito si proceda comunque alla concessione della tutela interinale (anche, eventualmente, nelle forme “originali” elaborate dalla giurisprudenza e ora sostanzialmente codificate dal c.p.a.); b) che la data di trattazione del merito sia davvero ravvicinata e che la sentenza che definisce il giudizio sia pubblicata in tempi più prossimi a quelli tipici delle ordinanze cautelari che a quelli delle decisioni di merito “ordinarie”³²⁰; se è vero che la misura della sollecita fissazione del merito può essere adottata anche in presenza del *periculum* perché si ritiene che il ricorrente abbia comunque interesse ad una pronuncia più stabile seppur meno rapida³²¹, la minore sollecitudine non può spingersi sino a frustrare l'aspettativa di una tutela celermente efficace.

³¹⁸ Anche al di là dei riti abbreviati, per i quali vigono specifiche previsioni legislative: cfr., in particolare, art. 119, comma 3, c.p.a.

³¹⁹ Di recente, un esempio di applicazione dell'art. 55, comma 10, c.p.a. si è avuto da parte del Consiglio di Stato in riforma di alcune ordinanze cautelari di TAR in materia di giudizi di idoneità universitari: v., ad es., ordd. Cons. Stato, Sez. VI, 2 aprile 2014, n. 1411, 9 aprile 2014, nn. 1469 e 1470, 28 maggio 2014, n. 2202, 18 giugno 2014, n. 2628 (a questo indirizzo la giurisprudenza di TAR sembra si stia conformando).

³²⁰ Il “modello” potrebbe essere quello dell'art. 120, comma 9, c.p.a.

³²¹ Così F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1123 ss.

5.4. Riduzione del contenzioso e aumento dei costi della giustizia

Un'ultima, assai sintetica, osservazione sui costi della giustizia, in particolare sul "contributo unificato" che deve essere corrisposto per esercitare il proprio diritto di azione e su alcune questioni che vi sono connesse.

Mi limito ad osservare che se è vero che, come ricordato, la Corte costituzionale ha qualificato la giustizia "*servizio pubblico essenziale*"³²² e che i servizi, ancorché pubblici, vanno pagati, non è meno vero che ogni ostacolo frapposto all'esercizio dell'azione giudiziale è, in realtà, un ostacolo all'esercizio della situazione giuridica sostanziale che l'azione vorrebbe tutelare. Si deve considerare, dunque, di legittimità costituzionale a dir poco dubbia un regime come l'attuale, nel quale i costi si moltiplicano (si pensi alla debenza del contributo anche per i motivi aggiunti) e raggiungono livelli elevatissimi per alcune controversie (quelle che hanno ad oggetto atti delle c.d. autorità indipendenti o provvedimenti in materia di appalti) nelle quali il legislatore ha falsamente immaginato il protagonismo solo di soggetti economicamente forti. Non solo l'art. 24, ma anche l'art. 3 della Costituzione sembra essere in giuoco, e sia per il profilo della ragionevolezza, sia per quello (presidiato dal secondo comma) dell'eguaglianza sostanziale. E appare coinvolto anche l'art. 97 Cost., perché ad esempio in materia di piccole gare di appalto il concorrente escluso, il solo ad avere interesse a contestare un esito ingiusto, potrebbe trovare nel costo dell'accesso alla giustizia un ostacolo insormontabile, con la conseguenza che un'azione amministrativa mal esercitata (e sulla quale non sa o non ha ragione di spingersi il controllo del giudice penale) resterebbe priva del sindacato del giudice amministrativo. E anche qui sta, sullo sfondo, la certezza del diritto: è diritto "certo" quello che è incontestabile, non quello che è incontestato perché di fatto non s'ha modo di contestarlo³²³. Che una qualche parte in qualche giudizio solleci e un qualche giudice sollevi una questione di costituzionalità sui costi della giustizia è dunque auspicabile. Sinora la Corte non ha potuto pronunciarsi sul merito, in genere per difetto di rilevanza o di motivazione sulla

³²² Sent. n. 171 del 1996, cit.

³²³ È giusta, dunque, la critica (recentemente formulata da R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 298) alla tesi che meno tutele equivarrebbero a più sviluppo.

stessa³²⁴, mentre le questioni attualmente pendenti non toccano il cuore della problematica³²⁵. C'è da augurarsi, invece, che, correttamente adita, la Corte costituzionale avverta tutti i rischi di un così pesante sacrificio delle garanzie giurisdizionali sull'altare dell'efficienza economica³²⁶.

Nelle more, la questione pende innanzi la Corte di giustizia, adita dal TRGA di Trento con ord. 29 gennaio 2014, n. 23. Il ragionamento del giudice trentino è lineare. Nella recente normativa in materia di contributo unificato egli ravvisa “*un intento quasi intimidatorio*”, che si fa particolarmente evidente in materia di appalti e nelle ipotesi in cui è necessaria la proposizione di – magari molteplici – ricorsi per motivi aggiunti. Dal modo in cui tale (peraltro in sé illegittimo) intento è perseguito risulta per più profili violata la “Direttiva ricorsi” (Dir. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989), in particolare laddove impone la garanzia dell'accessibilità: i costi così elevati scoraggiano la proposizione dei ricorsi e inducono alla parsimonia nei motivi aggiunti anche quando sono processualmente necessari, così – fra l'altro – discriminando l'“utente” della giustizia amministrativa rispetto a quello della giustizia civile, sul quale non gravano oneri così pesanti. L'accessibilità, la proporzionalità, la non discriminazione, l'effettività della tutela: nessuno dei principi stabiliti dalla Direttiva ricorsi è fatto salvo. E fa molto bene il remittente ad osservare che il ricorrente assoggettato all'obbligo del pagamento del contributo unificato “*si trova sostanzialmente esposto al meccanismo del c.d. solve et repete*”, perché quel che conta non è la possibilità di recuperare il versato in caso di vittoria, ma il fatto che, prima di conoscere l'esito della controversia, si sia tenuti ad un esborso anticipato.

³²⁴ Così, da ultimo, nell'ord. n. 69 del 2012 si legge che la questione è inammissibile perché, “*se il contributo sia già stato pagato spontaneamente dalla parte, l'asserito vulnus ai principi costituzionali invocati sarebbe, in ipotesi, determinato da una disposizione che il rimettente non deve applicare nel giudizio principale (ordinanze n. 195 e n. 143 del 2011); se, invece, il contributo non sia stato versato, la questione potrebbe essere rilevante solamente se il pagamento del contributo unificato costituisca condizione di ammissibilità o di procedibilità della domanda (ordinanza n. 143 del 2011), ma il rimettente non ha indicato le norme che possano giustificare una simile conclusione*”.

³²⁵ Per vero, attualmente, in materia di contributo unificato pende solo una questione sollevata da Comm. trib. reg. Lazio, ord. 4 luglio 2013, rubricata al n. R.O. 249 del 2013, che riguarda unicamente il trattamento praticato alle organizzazioni di volontariato o alle associazioni di consumatori, ma non mette in discussione la disciplina generale. Altre questioni pendenti riguardano – sì – il costo della giustizia, ma non il tema menzionato nel testo (v. le ordd. Trib. Roma, n. 249 del 2013 e Trib. Lecce, n. 142 del 2014).

³²⁶ Opportune critiche all'attuale tendenza legislativa, in particolare, in M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione*, cit., spec. 5 ss.

Vedremo, dunque, cosa si penserà a Lussemburgo. Ma anche la nostra Corte potrebbe e dovrebbe essere chiamata a pronunciarsi, perché – lo rileva lo stesso TRGA – la disciplina del contributo unificato infrange anche numerosi precetti costituzionali, che vanno salvaguardati.

6. *Un cenno di conclusione (e qualche modesta proposta)*

La giurisdizione, abbiamo visto in apertura, non può essere valutata in termini di efficienza come qualsivoglia funzione amministrativa. Tuttavia, tra effettività ed efficienza vi è un rapporto che trascende l'etimologia e che fa della seconda – si è detto – la *condicio sine qua non* della prima. Si pone, insomma, un problema di funzionamento della *macchina* quale presupposto pratico del corretto assolvimento della *funzione*.

Qui è bene essere chiari: le macchine, anche giuridiche, costano e se non si spende non funzionano. In uno scritto già ricordato in queste pagine, Francesco Carnelutti, addirittura negli anni Trenta, constatava che il potere politico destina più o meno volentieri risorse ad altri impieghi, ma nicchia quando è in giuoco la giustizia: “se si tratta di risolvere sul serio il problema della magistratura, *che è per nove decimi una questione economica*, anche ai nostri uomini migliori manca la risolutezza”³²⁷. È difficile dire perché questo accada, anche se forse potrebbe spiegare molte cose la difficoltà di comprendere che quello che si fa in giustizia è un investimento che avrà un sicuro ritorno anche economico. Quel che conta, però, è che senza risorse adeguate la giurisdizione non può funzionare. Si tratta di un problema di uomini e di mezzi e finché non lo si comprenderà si cercherà di far le nozze con i fichi secchi, il che non è di gran soddisfazione per gli invitati alla cerimonia. Prima d'ogni intervento deflativo, dunque, si pensi, anzitutto, agli investimenti.

Certo, anche le risorse che ci sono vanno meglio utilizzate. Penso all'informatizzazione del processo, ma penso soprattutto alla distribuzione territoriale delle risorse disponibili: se vi sono Corti o Tribunali sovraccarichi di lavoro ed altri che hanno ruoli leggerissimi, evidentemente, la “macchina” non può essere efficiente. Di questo si è reso conto il legislatore, che è intervenuto sulla questione prima con la l. n. 148 del 2011 e i dd. lgss. nn. 155 e 156 del 2012 e poi con il d. l. n. 90 del 2014, peraltro non necessariamente con la dovuta provvedutezza. Meno, mi sembra, lo

³²⁷ F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., 170 ss. (cors. nell'orig.).

ha avvertito la Corte costituzionale, che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'affidamento al TAR del Lazio della competenza territoriale esclusiva a giudicare sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati, ha (giustamente) dichiarato infondata la relativa questione, ma con una motivazione non del tutto convincente. Essa, infatti, ha richiamato il principio di proporzionalità, che deve essere osservato se non si vuole determinare la violazione dell'art. 125 Cost. (che prevede l'istituzione di tribunali amministrativi in ogni Regione), ma non ha legato a tale principio l'esigenza di potenziamento delle risorse umane e materiali del TAR del Lazio, che i principi di effettività ed efficienza, invece, avrebbero suggerito di considerare³²⁸.

Altri accorgimenti sarebbero di semplicità assoluta e avrebbero costo zero. Penso, per fare solo un esempio, ad un'organizzazione delle udienze (e delle camere di consiglio) che si ispiri al modello eurounitario, con tempi certi, brevi e inderogabili assegnati ai difensori. Le risorse informatiche ci permettono, oggi, di organizzare il tutto con semplicità: gli avvocati possono chiedere per posta elettronica certificata di volere o non voler discutere e sempre a mezzo p.e.c. i tempi assegnati possono essere comunicati a ridosso della discussione (anche *ad horas*, per la fase cautelare). Ancora a mezzo p.e.c. si potrebbero segnalare le questioni che il collegio ritiene meritevoli di approfondimento. In questo modo, il collegio (o il suo presidente) potrebbe differenziare questioni importanti e vicende bagatellari; si ridurrebbe il rischio che i giudici siano tediati da inutili ripetizioni; gli avvocati sarebbero sicuri di quanto li impegnerebbe la presenza in udienza e investirebbero meglio il loro tempo; altrettanto potrebbero fare i magistrati, così rendendo – fra l'altro – meno drammatico il problema della sinteticità degli atti da leggere (per la quale, peraltro, l'impegno dei difensori dovrebbe essere massimo). Certo, questo non basta a risolvere il problema della lunghezza degli scritti difensivi, che è cruciale per il buon funzionamento della giurisdizione, sicché occorre pensare a qualche soluzione più incisiva. Terrei fermo, però, che: a) la difficoltà sarebbe assai meno avvertita se – come già detto – si risolvesse il problema dei problemi, e cioè se le risorse destinate alla giustizia

³²⁸ Il riferimento è alla sent. n. 159 del 2014, ma v. anche la successiva sent. n. 182 del 2014 (che ha anche seccamente dichiarato infondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 13 del c.p.a., laddove inibisce al giudice territorialmente incompetente adito di pronunciarsi sulla domanda cautelare nelle more della pronuncia del giudice competente).

fossero maggiori (se, ad esempio, i magistrati avessero a disposizione assistenti qualificati, capaci di predisporre ricerche e di sintetizzare almeno i fatti di causa, e segreterie dedicate); b) l'eccessiva lunghezza degli scritti non dovrebbe *mai* determinare conseguenze processuali. Si è già detto (al par. 5.2) che la strada imboccata dal d. l. n. 90 del 2014 non convince: qui va chiarito che è anche intimamente contraddittoria. Se, infatti, si impone la sintesi delle difese è perché si vuole aumentare un'efficienza della macchina che è strumentale all'effettività della tutela. Specularmente, però, proprio l'effettività può essere compromessa dalla previsione di conseguenze processuali imputate ad un difetto di sinteticità determinato in ragione di criteri generali, forzatamente astratti³²⁹. Non solo. La

³²⁹ Non credo sia possibile richiamare, a sostegno della tesi favorevole alla riconduzione di effetti processuali alla violazione dei limiti quantitativi degli atti processuali, l'esperienza della giustizia eurounitaria. Infatti:

a) in quella sede vi sono problemi organizzativi sconosciuti alle giustizie nazionali (traduzione di molti atti in tutte le lingue dell'Unione);

b) nella procedura innanzi la Corte UE sono indicati i limiti massimi, in pagine, di alcuni atti, ma si precisa sempre che detti atti "non dovrebbero" (non già "non devono") superare un certo limite (cfr. parr. 11, 12, 15, 16, 20, 22, 25, 29, 30, 46 delle "Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte");

c) l'indicativo è usato solo per l'esposizione sommaria dei motivi (parr. 13 e 21 delle citate Istruzioni), ma senza indicare le conseguenze dell'eventuale violazione del limite;

d) solo il par. 26 delle citate Istruzioni prevede la conseguenza processuale dell'irricevibilità, ma riguarda soltanto il mancato rispetto del numero di pagine fissato dal Presidente per le contropliche nelle impugnazioni incidentali;

e) anche nella procedura innanzi il Tribunale si indicano limiti quantitativi degli atti processuali (v. par. 15 delle "Istruzioni pratiche alle parti dinanzi al Tribunale"), ma anche qui senza l'espressa previsione della conseguenza dell'inammissibilità o dell'irricevibilità nel caso di violazione.

A dire il vero, proprio le fonti relative al Tribunale (ammesso che di vere fonti si tratti, visto che anche sullo statuto giuridico di alcune di esse regna la massima incertezza) sono di suprema ambiguità. Infatti, l'art. 44, par. 6, del Regolamento di procedura stabilisce che "*Se il ricorso non è conforme a quanto stabilito dai paragrafi da 3 a 5 del presente articolo, il cancelliere impartisce al ricorrente un adeguato termine per regolarizzare il ricorso o produrre i documenti. In difetto della regolarizzazione del ricorso o della produzione di documenti alla scadenza del termine suddetto, il Tribunale decide se l'inosservanza delle summenzionate prescrizioni comporti l'irricevibilità del ricorso per vizio di forma*". I parr. 3 e 5 dell'art. 44, però, non hanno nulla a che vedere con i limiti quantitativi. Per contro, il terzo *considerando* delle ricordate Istruzioni pratiche alle parti afferma che il cancelliere deve chiedere la regolarizzazione degli atti non conformi ai modelli e "*se del caso [sic] respingerli*". Le istruzioni, peraltro, parlano sempre di ritardo nella notificazione degli atti irregolari e impongono la regolarizzazione, ma non disciplinano l'ipotesi del rifiuto di procedervi. Di un mero ritardo parla anche l'art. 7, par. 1, comma 4, delle Istruzioni al Cancelliere del Tribunale, ma limitatamente alla violazione dei parr. 64 e 66-68 delle Istruzioni (il par. 66 prevede l'ipotesi dell'eccedenza di non oltre il 40% dai limiti

stessa efficienza potrebbe essere messa a rischio dall'ascrizione di conseguenze processuali alla violazione del principio di sinteticità: come dare torto a chi ha previsto che qualunque decisione assunta in proposito potrà comportare ulteriore contenzioso, anche in sede giurisdizionale³³⁰?

Sembra miglior partito, allora, eventualmente, responsabilizzare direttamente i difensori. Così, si potrebbe stabilire che per atti superiori a certe dimensioni sia obbligatoria una loro sintesi contenuta in limiti prefissati (lo si fa già per i ricorsi alla Corte UE, che ha emanato apposite istruzioni alle parti) e che essa valga ad esternare gli *argumenta* ritenuti essenziali (così facilitando il compito del giudicante). E si potrebbe anche stabilire che l'inosservanza di questa obbligazione (più che dar luogo ad un'ipotesi di illecito disciplinare, difficilmente costruibile) debba essere considerata in sede di determinazione delle spese processuali, onerando il responsabile (il difensore, dunque, non la parte) del pagamento di una somma a titolo di – diciamo così – *punitive damages*. È chiaro che la soluzione che punta sugli effetti processuali è più efficace

quantitativi dei ricorsi) e nulla dice sulla violazione del par. 65 (che contempla l'ipotesi dell'eccedenza di oltre il 40%). Il par. 4 delle stesse Istruzioni al Cancelliere, però, prevede, in via generale, che *“Il deposito di atti in allegato a un atto processuale deve essere effettuato conformemente alle disposizioni delle Istruzioni pratiche alle parti relative alla produzione di allegati. Se la parte interessata non provvede all'opportuna regolarizzazione, il cancelliere interpella il giudice relatore affinché quest'ultimo decida, in accordo con il presidente, se occorre respingere gli allegati presentati in un modo non conforme alle disposizioni delle Istruzioni pratiche alle parti”* (il che parrebbe dimostrare che l'irricevibilità riguarderebbe solo gli “allegati” e mai gli “atti” non regolarizzati).

Insomma, un vero pasticcio. Delle due, comunque, l'una: o l'esperienza dell'Unione non porta acqua al mulino di chi vorrebbe regole ferree sui limiti quantitativi, perché le previsioni eurounitarie sono molto meno “draconiane” di quanto comunemente si ritenga, oppure si tratta di un esempio che non merita proprio di essere imitato, visto che nel dominio delle regole processuali, specie quando si tratta di sancire l'inammissibilità o l'irricevibilità di un atto, occorre una chiarezza che l'ordinamento dell'Unione non conosce.

Né argomenti più saldi si possono trarre dal diritto della CEDU (che conosce esso pure indicazioni di limiti quantitativi degli atti processuali: cfr. art. 47, par. 2, lett. b, del Regolamento della Corte; par. 12 delle Istruzioni pratiche, relativamente alle osservazioni scritte). Per un verso, le indicazioni sui limiti quantitativi si atteggiano più da raccomandazioni che da preclusioni con rigidi effetti processuali. Per l'altro, non sembra proprio costituire un limpido modello di regolazione processuale “certa” un testo in cui (all'esordio del Titolo dedicato alla procedura) si stabilisce che *“Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à ce que la Cour y déroge pour l'examen d'une affaire particulière après avoir consulté les parties en tant que de besoin”* (art. 31 del Regolamento della Corte). Comunque, è evidente che questa flessibilità delle regole è pensata solo per essere applicata *in bonam partem*.

³³⁰ F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità*, cit., 13.

e radicale, ma le sue controindicazioni sono troppe per poterla condividere.

Sul piano organizzativo, comunque, è ovvio che molte altre soluzioni si potrebbero immaginare, in un dialogo fruttuoso fra dottrina, avvocatura e magistratura. Qui, però, non si può far altro che segnalare l'ampiezza delle questioni.

Sullo sfondo, resta la questione capitale della semplicità delle regole processuali. A costo d'essere accusato d'eresia: e se l'andamento che ha portato il processo amministrativo ad avvicinarsi a quello civile (almeno pel profilo dei poteri del giudice e dell'istruzione) si facesse speculare? Se, dunque, il processo civile si semplificasse assumendo a modello il processo amministrativo e la sua snellezza? O stano ad una simile prospettiva, fra l'altro, le gloriose tradizioni della nostra scienza processual-civilistica, che giustamente ha sempre messo in luce la straordinaria complessità dei problemi del processo. Ma qui non si tratta di salvaguardare la gloria o la tradizione, bensì di realizzare diritti e interessi costituzionali. E uno sforzo di coraggio e di fantasia sembra necessario³³¹.

³³¹ A partire dalla definizione delle tecniche di soluzione dei conflitti di giurisdizione, che sono decisive sul piano della snellezza dei giudizi e della certezza delle regole processuali da applicare.

Maria Alessandra Sandulli

IL TEMPO DEL PROCESSO COME BENE DELLA VITA*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Considerazioni generali. – 1.1 Il mistero del tempo. – 1.2. Tempo e diritto. – 1.3. Il tempo nel diritto pubblico. – 1.4. Tempo e processo. – 1.5. Il problema della deriva verso un'eccessiva prevalenza degli interessi economici sul diritto di difesa. – 2. Il tempo del processo come bene della vita. – 2.1. Il problema della ragionevole durata del processo. – 2.2. L'attualità del tema e l'individuazione del "vero" tempo del processo configurabile come bene della vita. – 2.3. Lo "speciale" valore del giusto processo amministrativo. – 2.4. I requisiti minimi del "giusto processo". – 3. La deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto. – 3.1. La tendenza alla contrazione del diritto di difesa. – 3.2. La sentenza in forma semplificata. – 3.3. Il d.l. n. 90 del 2014 convertito nella l. n. 114 del 2014: l'obbligo di decidere sui contratti pubblici in forma semplificata e la contrazione degli scritti difensivi. – 3.4. Il valore della motivazione della sentenza. – 3.5. Suggerimenti per migliorare l'efficienza senza incidere sulla qualità del processo. – 3.6. La necessaria riappropriazione del "ruolo" della giustizia amministrativa. – 4. Il tempo del processo e le nuove tecnologie.

0. *Premessa*

In un convegno su diritto e economia si pone giustamente l'accento sul processo¹.

L'indipendenza e il buon funzionamento della giustizia sono dichiaratamente assunti dalla Commissione europea come condizione indispensabile per la fiducia dei cittadini e degli investitori, nonché per la mutua fiducia nello Spazio europeo della giustizia.

* Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi ("Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese"), Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 2014.

¹ La letteratura in argomento è vastissima. Le citazioni nel testo non sono quindi assolutamente esaustive e si riferiscono ad alcuni studi più specifici ai quali, conseguentemente, si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

La Commissione ha pertanto pubblicato a marzo scorso la 2° edizione del “*tableau de bord*” della giustizia nell’UE per misurare l’efficacia dei diversi sistemi.

La lettura del rapporto dimostra peraltro significativamente come il parametro della efficienza, legato alla durata dei processi e al tasso dei giudizi pendenti, è sempre valutato in concorso con quello della qualità, legato ai sistemi di verifica e di valutazione delle giurisdizioni, e a quello dell’indipendenza, quale essa è percepita all’esterno.

Il miglioramento di tutti e tre questi parametri, in necessario concorso tra loro, è stato individuato tra gli obiettivi del sistema europeo.

E il rapporto del tavolo di lavoro espressamente sottolinea la rilevanza di tutti i profili, mettendo in luce come la giustizia deve avere costi di accesso abbordabili e che non basta che la giustizia sia fatta, ma occorre che essa sia percepita come tale. Ciò, come illustrerò meglio più avanti, significa che attraverso la lettura delle sentenze la comunità deve poter comprendere ed apprezzare il ragionamento logico seguito dal giudice e valutarne la coerenza e l’imparzialità.

Purtroppo l’Italia non ha fornito i dati sulla g.a., ma anche la g.o ha un cd. *clearance rate* adeguato, ovvero il rapporto tra processi intrapresi e processi terminati è a favore di questi ultimi (anche se l’arretrato è ancora molto alto, così come sono ancora troppo lunghi i tempi di quei processi, con conseguente assoluta illogicità di ogni ipotesi di riunificazione delle giurisdizioni).

Anche l’indicatore della qualità è buono e in crescita (da 2,8 su 4 del 2010 si è passati a 3,5 su 4 nel 2012).

Medio alto, peraltro, il *budget* dello Stato per il funzionamento degli organi giudiziari.

È invece purtroppo ancora decisamente basso il livello di percezione dell’indipendenza.

Questi dati sono molto importanti per le riflessioni che sto per svolgere sul tempo del processo.

Così come è importante la Raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 17 nov. 2010, tenendo conto del lavoro svolto dal Consultative Council of European Judges (CCJE) e dalla European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) sul tema, anche in questo caso strettamente interrelato, dell’indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici.

È significativo il richiamo all’accento posto in via primaria dalla Raccomandazione sulla “qualità”.

L'efficienza è sempre indicata come idoneità a fornire decisioni "di qualità" in un tempo ragionevole, cui si aggiunge l'obbligo del giudice di assicurare l'efficiente gestione delle pronunce di cui è responsabile, ivi inclusa la loro esecuzione (31).

La Raccomandazione pone poi specificamente l'accento sulla garanzia di una giusta partecipazione di tutte le parti (pt. 60) e sulla motivazione: i giudici devono dare chiare giustificazioni delle loro decisioni in uno stile chiaro e comprensibile (pt. 63).

Ne emerge, anche qui giustamente, una primaria attenzione alla qualità delle decisioni e il dato temporale non è mai affermato in modo assoluto, ma è sempre coerentemente legato alla ragionevolezza e alla dovuta diligenza (pt. 62), evidentemente in rapporto alla complessità delle questioni affrontate e alle forze organizzative a disposizione.

In estrema sintesi, si afferma che è necessario che i giudici adottino decisioni di qualità in un tempo ragionevole per soddisfare le legittime aspettative e rispettare le decisioni della CEDU.

Si sottolinea, quindi, espressamente la complementarità tra efficienza e indipendenza: al pt. 37 si legge a tale proposito significativamente che l'efficienza investe il ruolo del giudice nel sistema giurisdizionale, dal quale il popolo attende chiarezza, velocità, economicità dell'organizzazione, cortesia, sensibilità ed efficienza nella tutela dei diritti e nella determinazione degli obblighi delle parti.

E ancora, che i giudici devono rispettare le decisioni e gli indirizzi dei responsabili delle Corti per migliorare l'efficienza, purché non interferiscano o compromettano la loro indipendenza. (pt. 38); e che "*l'efficienza si riferisce sia all'aspetto qualitativo che quantitativo*".

Il tema che mi è stato chiesto di affrontare non può a mio avviso prescindere da tali fondamentali premesse.

1. *Considerazioni generali*

1.1. *Il mistero del tempo*

Le riflessioni sul tempo hanno sempre un enorme fascino, che si lega alla complessità del concetto e al grande alone di mistero che comunque lo circonda.

Quando mi è stato proposto il titolo di questo intervento, mi è subito tornato in mente il passaggio delle Confessioni di S. Agostino, in cui si

legge: “*se nessuno me lo chiede, io so che cosa è il tempo, ma a chi mi chiede di spiegarglielo non ci riesco, non lo so*”.

La filosofia classica distingueva significativamente tra *chronos* che è il tempo «cronologico» e *kairos*, che è il tempo degli atti, delle scelte e delle passioni.

Il tempo del cronografo, legato alla definizione datane da Aristotele nel IV libro della “Fisica” e secondo la quale il tempo sarebbe “il numero del movimento secondo il prima e il poi”, è infatti un tipo di tempo “esterno”, ovvero un tempo che prescinde dalla percezione intima che invece l'uomo ha dello scorrere della vita e della storia e che sarebbe riduttivo identificare nel mero passare di ore, anni, secoli. Le tradizionali dimensioni del tempo (passato, presente e futuro) finiscono invero spesso per confondersi. Gli studi post-aristotelici si sono perciò rivolti alla ricerca di un tempo “interno”, in cui lo stesso S. Agostino vede una “dimensione dell'animo”, fino agli esiti radicali del pensiero del Novecento, espressi nelle parole dello scrittore Hanif Kureishi: “Viviamo tutti contemporaneamente”.

Anche i grandi poeti e scrittori sono stati spesso ammalati dal fenomeno del tempo: nella letteratura antica possiamo esemplificativamente ricordare il poema didascalico “Le opere e i giorni” di Esiodo, che indica all'uomo i tempi giusti del lavoro agricolo, o il più noto “Carpe Diem” di Orazio, mentre a nessuno sfugge la particolare prospettiva sul tempo offerta da Seneca nel “De brevitate vitae”. Anche Dante si sofferma sul tempo, mostrandone nella Divina Commedia una concezione ciclica. La caducità del tempo attrae nuovamente Foscolo (nella poesia “Alla sera”) e Leopardi (nelle “Operette morali” e nell'indimenticabile carme dedicato a “L'infinito”). Al «rumore del tempo» Giacomo Manzoni ha dedicato la sua opera musicale, nella quale ha inteso contrapporre il tempo effimero del nostro quotidiano con il silenzio dell'universo. Nel Novecento, tra gli altri, mi tornano alla mente soprattutto le poesie di Giuseppe Ungaretti nella raccolta “Sentimento del tempo” e il romanzo “La coscienza di Zeno”, in cui Italo Svevo disegna nel tempo narrativo la confessione di un'inetitudine.

Numerosi, naturalmente, anche i riferimenti nella letteratura straniera. I primi vanno a Marcel Proust (“La ricerca del tempo perduto”), a Charles Baudelaire (che nella poesia “Ubriacatevi” canta la fuga dal grave peso dello scorrere del tempo affogandolo nel vino), al notissimo “Ulisse” di James Joyce, ma anche a “Il peso del tempo” di Lutz Seiler, ai racconti visionari di Jorge Luis Borges, come alla sua “Nuova confuta-

zione del tempo” (che ripercorre il concetto di tempo nella filosofia classica, da Platone a Schopenhauer), alle elegie di Anna Achmatova nella struggente raccolta *“La corsa del tempo”* e al saggio di Margherite Yourcenar *“Le temps c’est grand sculteur”*, che rappresenta il tempo nella duplice veste di falce distruttrice e di forza creatrice, che modella il divenire del mondo.

Naturalmente, la massima attenzione al fattore temporale è stata tradizionalmente dedicata dai filosofi. Ricordiamo tutti i paradossi con cui Zenone sfidava in modo provocatorio la nozione comune di tempo (tra cui il notissimo fenomeno di Achille che non raggiunge mai la tartaruga). Platone, in termini opposti ad Aristotele, descriveva invece il tempo come “l’immagine mobile dell’eternità”. Di grande interesse, anche la contesa tra Newton e Leibniz, sul tempo assoluto: mentre il primo, coglieva il tempo, come lo spazio, come un contenitore di eventi, Leibniz riteneva che tanto il tempo che lo spazio fossero un apparato concettuale che descriveva le interrelazioni tra gli eventi. Le riflessioni sul tempo hanno avuto poi una svolta radicale con gli studi di Kant e con la “Fenomenologia dello spirito” di Hegel, a sua volta radicalmente sconfessata da Nietzsche. Un importante contributo si deve pure al filosofo francese Henri Bergson, che nel “Saggio sui dati immediati della coscienza” osservava che il tempo della fisica non coincide con quello della coscienza. Il tempo della prima infanzia è, ancora, al centro delle teorie sulla psicanalisi di Siegmund Freud. Fondamentali studi sul tempo sono stati svolti, inoltre, su posizioni tra loro antitetiche, da Edmund Husserl, da Heidegger e da Lévinas, mentre è sicuramente degna di nota l’idea che Hannah Arendt ha del presente, che ricostruisce come una “lacuna del tempo”, in cui sembra non esserci spazio né per la memoria, né per la storia e che manifesta la sua esistenza solo nel momento in cui si pensa.

Le citazioni potrebbero essere naturalmente molto più numerose.

La temporalità è del resto categoria imprescindibile della storia degli uomini. Senza il tempo non è possibile leggere i fatti come storia e valutarli nella loro esatta dimensione. Nella società moderna, il tempo è inteso come un bene economico, ma anche come misura della qualità della vita, una risorsa scarsa a valore unico, non moltiplicabile e non replicabile².

² P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l’incertezza del legislatore*, www.giustamm.it, 2009.

1.2. *Tempo e diritto*

Anche il fenomeno giuridico non ha alcun significato senza una dimensione temporale, che accompagna in ogni caso gli atti e gli effetti di qualsiasi condotta.

In un saggio del 2010³, Sergio Agrifoglio rileva come anzi il tempo (nella sua accezione di scansione dei ritmi dell'agire) e il diritto (quale regola dell'agire) siano fatti della stessa sostanza e siano entrambi prodotto della società umana.

La relazione fra tempo e diritto è stata peraltro, forse anche per questa ragione, sempre conflittuale. Basti pensare al rapporto di Crono con il padre Urano e con i propri figli: Crono divora tutti i suoi figli, tranne Zeus e questo, successivamente, gli muove guerra. O ai Romani, che davano al Pontefice massimo il controllo del tempo, piegandolo al potere politico, fino a configurare un anno giuridico diverso da quello solare. Gli Stati greco-ortodossi hanno del resto mantenuto il calendario giuliano fino alla prima guerra mondiale, mentre i Paesi islamici continuano ad usare anche l'anno lunare. E gli esempi potrebbero continuare. È però un fatto che, una volta scansionato il tempo, l'uomo non ne ha più potuto prescindere e il diritto ha dovuto fare i conti col tempo, risultandone a sua volta inevitabilmente condizionato.

Diritto e tempo operano però in modo diverso rispetto all'agire umano.

Già Aristotele osservava, nei suoi studi, che, mentre il diritto è neutrale, il tempo incide e produce effetti sulle cose e sugli esseri umani.

Il reciproco condizionamento dei due fattori, che gioca, di volta in volta, a favore della stabilità (si pensi agli strumenti classici della decadenza e della prescrizione per "decorso del tempo"⁴, che privilegiano la definitività dei rapporti giuridici rispetto alla garanzia della legalità o, analogamente, all'irretroattività delle pene comminate a fronte di nuove esigenze storico-sociali, a tutela dell'affidamento nelle conseguenze giuridiche delle proprie condotte) o, all'opposto, della elasticità delle regole, in un'ottica di progressivo adattamento al mutare del contesto (di cui è tipico esempio l'interpretazione evolutiva) è tema di estremo interesse per lo studio dell'evoluzione della scienza giuridica.

³ Nella raccolta di scritti su *Tempo e diritto*, in memoria di P. Vitucci, curata da S. Mazzamuto, Napoli 2010.

⁴ In merito cfr., anche, S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2010, 21.

La relazione tra tempo e diritto è stata approfondita soprattutto da parte dei filosofi e dei sociologi.

Alfredo Galasso citava nel 2010 come ancora attuale nel tracciare l'ambito delle riflessioni filosofiche in argomento il testo "*Diritto e tempo*" di Gerhart Husserl, tradotto in Italia nel 1998. Di sicuro interesse anche gli studi del sociologo tedesco Niklas Luhmann e del filosofo del diritto Bruno Romano, i cui tratti essenziali sono stati efficacemente ricostruiti nel 2010 da Luigi Di Santo.

In particolare, filosofi e i giuristi si sono variamente interrogati sul rapporto tra tempo e diritto in relazione alla configurabilità di regole "naturali", immutabili nel tempo e non condizionabili dalla storia: con riferimento alle atrocità della guerra, Gustav Radbruch, grande esponente del positivismo giuridico, autore della celebre formula sul torto legale, ha coniato il criterio della intollerabilità del comando ingiusto. Il diritto è ragione, che segue in quanto tale la via della giustizia e in questa sua veste non può essere influenzato dai mutamenti temporali oltre i limiti della tollerabilità. Tale conclusione, che ha il pregio di comporre etica e diritto, trova in qualche modo conforto nelle regole della comunità internazionale, che impongono, appunto, sul piano giuridico, la garanzia dei diritti fondamentali anche contro il potere normativo statale.

I civilisti hanno approfondito più degli altri giuristi il tema degli effetti del tempo sulle situazioni giuridiche, con riferimento essenzialmente alla prescrizione (ma anche all'immemoriale o all'usucapione), come testimonia la raccolta di scritti in memoria di Paolo Vitucci curata da Salvatore Mazzamuto nel 2010.

La coscienza dello scorrere del tempo, e dell'evolversi delle situazioni e della realtà durante il suo passaggio incide peraltro inevitabilmente sull'interpretazione delle regole scritte, in una logica di coerenza con la storicità della vicenda umana. Il riconoscimento di un valore giuridico alla consuetudine integrativa (sempre a non ammettere addirittura quella *contra legem*) e alla c.d. "Costituzione materiale" sono le forme più evidenti del fenomeno, che è comunque costantemente sotto i nostri occhi.

Gli studi sulla retroattività e sulla tutela del legittimo affidamento confermano sotto altro profilo il conflitto sempre vivo tra esigenza di storizzazione del diritto e esigenza di stabilità delle regole.

Significativamente l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793 ha cura di precisare che "*un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e mutare la sua Costituzione: una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future*". Ma altrettanto

significativamente l'ordinamento euro-unitario si preoccupa costantemente di ribadire il valore primario della "certezza del diritto", quale regola fondamentale e irrinunciabile di civiltà giuridica, di cui il principio di irretroattività e la tutela del legittimo affidamento nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti e delle proprie scelte costituiscono innegabile corollario, imponendo una rivalutazione del criterio interpretativo che privilegia la *ratio legis* e l'intento perseguito dal legislatore nella redazione delle singole norme.

1.3. *Il tempo nel diritto pubblico*

Nel diritto pubblico, il rapporto col tempo è molto più stretto che nel diritto privato⁵. Nel già richiamato scritto su "*Tempo e diritto*" nella raccolta in memoria di Paolo Vitucci, Sergio Agrifoglio sottolinea che, a differenza del privatista, che vuole che il diritto disegni il presente, il costituzionalista guarda al tempo presente nel suo proiettarsi su *idealtypus* di società prefigurate nella Costituzione: ciò che consente di comprendere e giustificare concetti come quello di "norma programmatica".

Massimo Luciani, nel suo "*Il dissolvimento della retroattività*", ha definito più puntualmente il fenomeno come "retrovalutazione giuridica" del passato⁶, sottolineando come, anche quando statuisce per il futuro, il legislatore opera una valutazione giuridica del passato, nel senso che constata l'esistenza di fatti (normalmente giuridici) preesistenti e ne detta la disciplina. La legge, quindi, guarda sempre al passato, per quanto ora detto; al presente, perché gli interessi che stimolano il suo intervento sono dell'oggi; al futuro, perché si preoccupa sempre della propria stabilità e di produrre effetti nel tempo a venire.

La Costituzione non è diversa dalla legge quanto a considerazione di tutte e tre le dimensioni temporali, ma la sua peculiarità sta nella sua "tensione all'eternità"⁷.

⁵ Fondamentali le riflessioni di T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano 1978, vol. 3, 783 ss.

⁶ *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. It.*, 2007, pp. 1825-1840; 2089-2097,

⁷ Cfr. ancora M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013 (1° marzo 2013), nonché in AA.VV., *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 dei *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2013, 31-72: "la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un

Ancora di più, come insegniamo ai nostri studenti, il diritto amministrativo è tradizionalmente condizionato dall'evoluzione della società e dal passaggio del tempo e ha nella sua essenza la necessità di seguirlo, finalizzando l'esercizio del potere, che, appunto per questo, non si consuma mai, al miglior raggiungimento del pubblico interesse, come esso si viene man mano configurando nel contesto sociale, politico ed economico, anche in rapporto agli altri interessi, tanto privati che pubblici, in gioco. E in ciò sta, non solo, il fondamento di istituti come l'annullamento d'ufficio e la revoca, ma la stessa distinzione tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, che, diversamente dal primo, non ha una forza di resistenza assoluta, ma resta sempre recessivo rispetto alla necessità dell'amministrazione di rivedere le proprie scelte in ragione dell'interesse pubblico, come progressivamente configurato dall'indirizzo politico espresso dal legislatore.

E se anche l'istituto dell'annullamento ha dovuto, come sappiamo, cedere ad alcune fondamentali garanzie di certezza, che vedono prevalere la forza della stabilità legata al consolidamento delle situazioni per effetto del passaggio del tempo sulla mera esigenza di ricondurle alla legalità, proprio i limiti, tutt'altro che assoluti, all'annullamento e alla revoca ne hanno visto confermata la possibilità, privilegiando la garanzia dell'interesse pubblico, anche sopravvenuto, su quella della stabilità delle posizioni giuridiche⁸.

ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno"(ID., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione dia-cronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 22; e, già prima, in *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007, 41 ss.) "Tende, insomma, non solo all'eternità nell'ordinamento, ma all'eternità dell'ordinamento... Le costituzioni – vichianamente, potremmo dire – sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione ad aeternitatem delle costituzioni implica l'accettazione della prospettiva dinamica, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare. In altri termini: le costituzioni, sebbene manifestino una naturale inerzia, sono comunque destinate al moto". Analogamente, M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano 2006, 332; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007, 78 ss. Da ultimo, sul "rapporto tra l'eternità della costituzione [...] e il mutamento sociale" nella prospettiva della dottrina dell'elasticità costituzionale, L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino 2012.

⁸ Il rapporto tra tempo ed efficienza nell'azione amministrativa è stato recentemente

Meno convincente, e anzi in inaccettabile contrasto con le conclamate esigenze di semplificazione e di garanzia delle libertà economiche, è invece il potere illimitato di negare la valenza dei titoli abilitativi “semplificati” (i.e. la s.c.i.a.⁹ e il silenzio-assenso¹⁰), alla stregua dell’equivoco tenore letterale dell’art. 21 della l. n. 241 del 1990 assoggetta alle sanzioni per assenza di titolo le attività iniziate “ai sensi degli articoli 19 e 20” (relativi, appunto alla s.c.i.a. e al silenzio-assenso) “*in mancanza dei requisiti richiesti o comunque in contrasto con la normativa vigente*”. Al riguardo, significativamente il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella recente sentenza n. 1413/2014, ha ribadito che, “*anche aderendo alla tesi che attribuisce alla d.i.a. natura privata, esiste comunque un titolo abilitativo, che può considerarsi formato ... solo in presenza di tutti i presupposti di completezza e veridicità delle autocertificazioni, nonché degli altri documenti prescritti*”, e che solo a detto titolo abilitativo, “*ove regolarmente formato*”, “*corrisponde un legittimo affidamento dell’interessato*”, ricavandone la conseguenza che l’incompletezza o l’erroneità della relazione asseverata presentata dall’istante “*costituisce ... causa di nullità*” (*recte* inesistenza) del titolo abilitativo tacito, “*anche in assenza di dolo del professionista incaricato, come può verificarsi in vicende complesse*”.

Ho ripetutamente denunciato la gravissima contraddittorietà del nostro ordinamento sotto questo profilo e il gravissimo pregiudizio che, per l’incertezza che essa determina negli investitori, ne deriva all’economia e alla competitività del Paese e non posso rinunciare a questa occasione per rappresentarlo¹¹, confidando che le riforme *in itinere* possano presto risolvere il problema.

L’esigenza di certezza, nel senso di definitività e dunque di stabilità, è alla base anche del principio di inoppugnabilità degli atti amministrativi e del “passaggio in giudicato” delle stesse pronunce giurisdizionali

approfondito da L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell’azione amministrativa*, in A. CONTIERI, A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010, 57 ss.

⁹ Sulle perduranti incertezze dell’istituto, da ultimo, M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, II, 301 ss.

¹⁰ Sulla scia cfr. le recenti riflessioni di G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell’art. 19 L. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645 e F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, *ivi*, 25 ss; e, in precedenza, A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (e della s.c.i.a): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 519 ss.

¹¹ Da ultimo, M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell’anno del diritto 2014*, Roma 2014, 220.

quando sia inutilmente decorso il termine di decadenza stabilito dalla legge per contestarli.

La fissazione di un termine “breve” per la proposizione dell’azione di annullamento (come riconosciuto anche dall’UE) costituisce invero una garanzia a presidio della stabilità delle decisioni amministrative e dei loro effetti e, conseguentemente, della certezza delle situazioni giuridiche¹².

Anche per l’atto amministrativo nullo l’ordinamento, dal 2010, considera prevalente il valore della funzionalità rispetto a quello della stretta legalità, la quale, però, riacquista preminenza a tutela di talune categorie di soggetti (quelli coinvolti in giudizi in cui si pretende di far valere l’efficacia di un provvedimento nullo), dando luogo ad un sistema complicato e di complessa interpretazione¹³.

1.4. Tempo e processo

I termini acquistano una grande valenza anche nell’ambito del giudizio, dove individuano il lasso di tempo entro il quale o decorso il quale è possibile o necessario compiere un’attività processuale che dia impulso al giudizio o ne consenta il normale svolgimento secondo le tappe stabilite dal legislatore o, quando quest’ultimo lo preveda, dal giudice (C. Talice, V. Caianiello). Essi sono finalizzati a permettere un’ordinata trattazione della causa, stimolando le parti al compimento degli atti di loro competenza e garantendo a chi deve valutarli o difendersene un tempo sufficiente a farlo. Significativamente la giurisprudenza, prima, e il codice del processo amministrativo, poi, hanno chiarito a tale ultimo proposito la natura perentoria anche del termine di presentazione delle memorie e dei documenti, non consentendone la derogabilità su accordo delle parti, sottolineando come esso sia imposto anche a tutela dei giudici e di una migliore cognizione e valutazione della controversia. A questi ul-

¹² F. MERUSI, nella *Relazione su La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, al Convegno di Varenna del 2002 (in *Atti*, Milano, 2003, 30), parlava a questo riguardo del “tempo alieno”, come “tempo non della legge, ma del principio di buona fede e della tutela dell’affidamento”.

¹³ Il riferimento è al termine di centottanta giorni previsto dall’art. 31, co. 4 del c.p.a. per la proposizione dell’azione di accertamento della nullità di un atto amministrativo, che non ne preclude peraltro l’opposizione dalla parte resistente o la dichiarazione d’ufficio da parte del giudice. Sull’azione di nullità, per tutti, B. SASSANI, *Riflessioni sull’azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell’interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503 ss.

timi fini sono del resto stabiliti anche i nuovi termini dilatori per la trattazione dell'istanza cautelare introdotti dall'art. 55 c.p.a.¹⁴.

La previsione di termini di decadenza per l'esercizio delle facoltà processuali impone peraltro evidentemente la ricerca di un delicato punto di equilibrio tra garanzia di certezza e garanzia di giustizia (intesa come garanzia del diritto di azione), tale che nessuna delle due sia troppo privilegiata a detrimento dell'altra, scivolando, in un caso, nell'impossibilità di fare affidamento sulle decisioni amministrative e, nell'altro, nella perdita di effettività della tutela.

Lo dimostrano le numerose eccezioni di illegittimità costituzionale e comunitaria sollevate nei confronti delle disposizioni prescrittive dei suddetti termini.

Come noto, la Corte costituzionale si è tuttavia generalmente mostrata rispettosa delle scelte del legislatore, valutando "ragionevoli" e "congrui", in relazione all'interesse pubblico delle questioni trattate o alla particolare fase del giudizio (priva di poteri di cognizione), non solo il termine di sessanta giorni previsto di norma per l'azione di annullamento degli atti amministrativi ("attesa l'ampiezza di esso e l'interesse generale alla sollecita definizione dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione"¹⁵), ma anche i termini molto più brevi stabiliti in altri casi¹⁶. È nota del resto la posizione espressa dalla Consulta sul termine dimezzato di trenta giorni per l'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, previsto già dall'art. 19 del d.l. n. 67 del 1997 (conv. nella l. n. 135)¹⁷, espressamente ritenuto com-

¹⁴ Sulle ragioni e sulle logiche della nuova disciplina della fase cautelare, mi si consenta di rinviare a M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2010, 1130 ss. e Id., *Procedimento cautelare* in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di) *Il processo amministrativo*, Milano 2011, 483 ss. Sul tema cfr. più ampiamente C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova 2002; R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al codice del processo amministrativo*, Milano 2011; F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano 2011, M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova 2012.

¹⁵ Sent. n. 56 del 1979, a proposito della infondatezza della questione di l.c. dell'art. 21 l. TAR nella parte in cui non prevedeva una sospensione del termine di decadenza a favore del non abbiente che non avesse fatto domanda per il gratuito patrocinio..

¹⁶ *Ex multis*, oltre alle risalenti sentenze 13 novembre 1962, n. 93 e 28 giugno 1963, n. 118, che, in ragione della particolarità della materia e della fase del giudizio, hanno ritenuto la congruità di alcuni termini brevi del processo fallimentare, C. cost., 16 gennaio 1970, n. 10; 9 luglio 1974 n. 234; 11 giugno 1975, n. 138; 4 luglio 1979, n. 57.

¹⁷ Sent. 10 novembre 1999 n. 427.

patibile con la garanzia costituzionale del diritto di difesa, rilevando che il termine di trenta giorni (coincidente con quello attualmente previsto dall'art. 120 c.p.a.) “*non comprime, oltre i limiti della ragionevolezza e dell'effettività, il diritto di cui all'art. 24 Cost., poiché non riduce i tempi della preparazione delle necessarie difese al punto da pregiudicarne l'efficacia e la completezza, lasciando al ricorrente un congruo margine di valutazione*”. E analogo orientamento ha assunto la Corte di Giustizia¹⁸, considerando ragionevoli i termini fissati dagli ordinamenti nazionali a tutela dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, quando non siano tali da rendere sostanzialmente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento europeo¹⁹. La stessa direttiva 2007/66/CE (meglio nota come “*direttiva ricorsi*”) fissa del resto un limite minimo molto ridotto agli Stati membri per garantire il diritto di agire in giudizio contro la violazione delle regole sulla concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici. Il richiamo alla direttiva 66 impone di fermare l'attenzione sul significato del diretto intervento europeo in ambito processuale: si tratta di un'ulteriore tappa del processo di graduale uniformazione del diritto processuale degli Stati membri e di erosione del principio di autonomia procedurale: si passa dal limite negativo espresso nella forma del divieto di rendere praticamente impossibile la tutela dei diritti di origine eurounitaria al requisito positivamente stabilito della garanzia della tutela effettiva, elevando l'effettiva azionabilità processuale “*a componente qualificante della vita degli interessi che si specificano in situazioni soggettive di tipo europeo*”²⁰. Anche se sul piano strettamente temporale, come anticipato, la valenza è molto ridotta, perché viene individuato un termine minimo per agire alquanto breve, non si deve tuttavia trascurare la rilevanza che le nuove disposizioni eurounitarie attribuiscono alla conoscenza del contenuto motivazionale del provvedimento ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per la proposizione dell'azione (cfr. Considerando 6 e 7 nonché art. 2 *quater*).

¹⁸ *Ex multis*, Corte Giust. U.E., 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG*, punti 71-79; Id., 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, punti 50-66; Id., 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex*, punti 37-43

¹⁹ Cfr. per più ampie citazioni e riferimenti A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano 2012, 136 ss. e gli AA. ivi richiamati.

²⁰ M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema di giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano 2010.

Il valore del tempo per percepire e valutare la lesione derivante da un atto deputato alla tutela di interessi pubblici e predisporre un'adeguata azione giurisdizionale per ottenerne l'annullamento (e, laddove occorra, la sospensione), e, all'inverso, per reagire alle avverse azioni giurisdizionali, seppure concordemente considerato recessivo rispetto a quello della certezza e della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici, assunta a parametro di competitività del Paese, non deve essere, almeno teoricamente, costretto entro confini manifestamente inaccettabili. .

Emblematica del valore della certezza e della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici è anche la soluzione fornita dal c.p.a. alla questione della pregiudiziale amministrativa, con la previsione, da un lato, di un breve termine decadenziale, per esigenze di stabilizzazione delle vicende coinvolgenti la p.A. e il pubblico interesse, e con la valorizzazione, dall'altro, della rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione. Parte della dottrina interpreta l'art. 30, co. 3, c.p.a. come conferma della funzionalizzazione del diritto di difesa contro provvedimenti lesivi di interessi legittimi alla tutela dell'interesse generale al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, nella misura in cui detto diritto è stato strutturato in modo da collegare l'interesse personale del soggetto leso con l'interesse generale al ripristino della legalità, tramite la trasformazione del diritto a proporre l'azione di annullamento in un *onere* da rispettare per poter ottenere il pieno risarcimento del danno²¹. Ma anche a voler interpretare le conseguenze connesse alla omessa impugnazione come applicazione dei classici principi civilistici in tema di responsabilità, quali i principi della causalità giuridica e di auto-responsabilità, la predetta funzionalizzazione è certamente alla base della previsione di un breve termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria, tale da condurre in tempi rapidi alla definizione dei rapporti di diritto pubblico e da consentire all'Amministrazione di provvedere ad un esame delle prospettazioni del ricorrente, valutando, in tempi ristretti, la possibilità di agire in autotutela.

Il rilievo delle esigenze di certezza e di stabilità dell'assetto degli interessi pubblici spiega, *a contrario*, perché non trovi applicazione il termine decadenziale in caso di contestazione del silenzio-inadempimento della p.a., avendo essa a fondamento, all'inverso, l'incertezza del rapporto giuridico protratta oltre il limite di tolleranza fissato dalla legge. Il

²¹ E.M. BARBIERI, *Sulla funzionalizzazione degli strumenti di tutela contro i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni lesivi di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1198.

termine annuale previsto dall'art. 31, co. 2, c.p.a. viene quindi inteso come mera presunzione legale assoluta, riguardante la persistenza dell'interesse ad agire in giudizio per il rilascio del provvedimento e, dunque, sanzione che incide soltanto sul piano processuale, senza determinare la perdita dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte²² (e, in ragione della predetta natura, senza soggezione alla sospensione feriale dei termini processuali²³).

1.5. Il problema della deriva verso un'eccessiva prevalenza degli interessi economici sul diritto di difesa

La deriva verso un'eccessiva prevalenza degli interessi economici rispetto a valori primari della persona, come quello alla piena ed effettiva garanzia di un adeguato diritto di difesa, è però indubbiamente pericolosa. E chiunque abbia concretamente a che fare con la nostra materia sa perfettamente che l'apprezzamento della legittimità di un atto amministrativo, spesso legata a quella di una lunga serie di atti presupposti e alla complessa disamina di una vasta mole di documenti non sempre (al di là delle grida legislative) resi accessibili, non è in molti casi concretamente fattibile in termini brevi. Solo i ricorrenti più esperti, che hanno la possibilità (organizzativa, culturale ed economica) di avvalersi di patrocinii più specializzati e più attrezzati potranno così "sperare" di riuscire a predisporre una difesa adeguata. Allo stato della giurisprudenza prevalente sui presupposti per la "piena conoscenza" dell'atto ai fini della decorrenza dei termini per la relativa impugnazione²⁴, essi dovranno però in ogni caso agire spesso "al buio", senza cioè avere, nei ridotti termini fissati dalla legge, effettiva cognizione e consapevolezza dei vizi denunciabili e dovranno quindi esporsi, senza alcuna responsabilità, ad inutili dispendi economici (aggravati dalla difficoltà della difesa e dall'onerosità del contributo unificato) e, magari, anche alla condanna alle maggiori spese per liti che potrebbero rivelarsi temerarie e alle quali, una volta onerosamente intraprese, diventa oggettivamente non ragionevole rinunciare.

Al riguardo, in una sentenza dello scorso agosto²⁵ la III Sezione del

²² Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2742.

²³ TAR Lazio, Latina, Sez. I, 16 gennaio 2014, n. 15.

²⁴ La questione era stata rimessa all'Adunanza plenaria con ordinanza Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 790 ma il Supremo Collegio non si è purtroppo pronunciato sul punto (Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

²⁵ Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, 4432.

Consiglio di Stato ha interpretato il combinato disposto degli artt. 79 Codice appalti e 120 c.p.a., riguardanti, rispettivamente, la comunicazione dell'aggiudicazione di una gara ed il termine di impugnazione della stessa, in modo coerente con la giurisprudenza eurolunitaria. Discostandosi da opposte e prevalenti interpretazioni, il Collegio ha ritenuto che il termine di trenta giorni per l'impugnazione non decorra sempre dal momento della comunicazione, ma possa essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione). L'interpretazione – che garantisce al ricorrente di disporre del termine decadenziale in modo pieno ed effettivo, al fine di operare una scelta processuale consapevole, pur nel limitato tempo a disposizione – trae argomenti dalla altrettanto recente decisione della Corte di giustizia dell'8 maggio 2014, in causa C-161/13, che, nella però ben diversa ipotesi di illegittimità dell'aggiudicazione per atti sopravvenuti, ha evidenziato come una possibilità, come quella prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 43 c.p.a., di sollevare motivi aggiunti “*non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva*”, costringendo, in taluni specifici casi, gli offerenti ad “*impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso*” (p. 40).

L'interpretazione del Consiglio di Stato contempera, quindi, le esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 c.p.a. ed il rispetto del principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione: contemperamento peraltro nella specie agevolato dalla disciplina dell'accesso agli atti di gara prevista dal Codice dei contratti pubblici.

2. *Il tempo del processo come bene della vita*

2.1. *Il problema della ragionevole durata del processo*

Le precedenti considerazioni aprono la strada a quello che, chiaramente, rappresenta il tema centrale di questo intervento: quando si parla di “tempo del processo” si fa invero essenzialmente riferimento alla durata complessiva del giudizio, ovvero al tempo necessario per “definire”

la controversia e pervenire ad una situazione di certezza in ordine all'assetto degli interessi portati in giudizio.

Tradizionalmente, la garanzia del diritto di difesa, come diritto ad una tutela effettiva e non meramente teorica, è infatti associata al diritto ad una decisione da parte di un giudice imparziale entro un tempo "ragionevole" (*i.e.* "utile" a consentire anche in concreto la soddisfazione della pretesa del ricorrente, in caso di fondatezza della sua azione, e a permettergli comunque di avere sollecitamente contezza della situazione, e delle eventuali decisioni da assumere in caso di soccombenza)²⁶.

Il tempo assume quindi rilievo autonomo come bene della vita anche nello svolgimento del processo. A tale ultimissimo proposito ricordo che la Corte costituzionale, nella recente ordinanza n. 124 del 2014²⁷, in linea con gli insegnamenti della Corte EDU²⁸, ha interpretato l'art. 2-*bis*, comma 3, l. n. 89 del 2001 (nella parte in cui, dopo il decreto sviluppo n. 70 del 2011, limita la misura dell'indennizzo liquidabile "*al valore del diritto accertato dal giudice*") nel senso della spettanza dell'equa riparazione per la lesione del diritto alla durata ragionevole del processo a tutte le parti di esso, ivi compresa la parte risultata interamente soccombente nel processo presupposto (con unica esclusione del soccombente condannato per responsabilità aggravata *ex art.* 96 c.p.c.).

È sicuramente in quest'ottica che mi è stato chiesto di affrontare il tema del tempo del processo e della sua configurazione come "bene della vita".

Prima di entrare nel vivo dell'argomento, mi sembra peraltro opportuno rimarcare che il problema della durata del processo, che, come anticipato, tradizionalmente si intreccia con quello dell'incidenza dello *ius superveniens* nei rapporti non ancora definiti, assume nell'attuale congiuntura una valenza ancora più forte.

²⁶ Sull'importanza del tempo del processo cfr, da ultimo, R(OB). CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, Relazione al Convegno *Giustizia amministrativa e crisi economica*, svoltosi al Consiglio di Stato il 26 settembre 2013, in Atti, Roma, 2014, che "*l'effettività della tutela e la certezza del diritto vengono vanificate se la decisione del giudice arriva oltre un ragionevole tempo di attesa*".

²⁷ Corte cost., ord. 9 maggio 2014, n. 124.

²⁸ Corte EDU, 19 febbraio 1998, Paulsen-Medalen e Svensson c. Svezia, 149/1996/770/967. Del resto, relativamente alla durata del processo civile, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riconosciuto detta tutela anche alla parte non costituita in giudizio, nei cui confronti la decisione è comunque destinata ad esplicare i suoi effetti (Cass., Sez. un., 14 gennaio 2014, n. 585).

Il deprecabile fenomeno di vera e propria schizofrenia legislativa a cui abbiamo assistito negli ultimi anni impone invero, come ricordava proprio in questa sede Natalino Irti nel 2010, una costante opera di supplenza da parte degli organi giurisdizionali, che, accrescendo il ruolo dell'interpretazione²⁹, rafforza il legame tra la soluzione del caso concreto e il contesto, necessariamente anche storico-temporale, nel quale essa si inserisce. L'interprete, per quanto rigorosamente intenda il suo ruolo in rapporto alla lettera e alla *ratio* della legge che è chiamato ad applicare, non riesce infatti evidentemente a prescindere dall'evoluzione economica, culturale e anche socio-politica del quadro nel quale viene a decidere.

Nel già richiamato saggio di Luigi Di Santo, a proposito del ruolo centrale del processo, si afferma che *“l'esperienza giuridica trova la propria incarnazione nello spazio e nei tempi del processo, dove passa, non indifferente, la vita”*. L'A. evoca in proposito l'insegnamento di Giuseppe Capograssi, in *“Giudizio, processo, scienza, verità”* del 1950, dove l'insigne filosofo e giurista ricorda che *“il processo tocca tutte le persone e tutti gli interessi”*, in un fenomeno *“magico”* che vede il ritorno del passato al presente, il tempo che si ripresenta e fa i conti con la coscienza del giudice, assente, terzo, al momento del fatto. Il tempo passa e la coscienza del giudice opera una sintesi originale e trasformatrice del fatto passato in regola presente con effetti nel futuro. Da qui l'affermazione della centralità della *“rilevanza filosofica ed umana del processo, quale luogo spazio-temporale in cui libertà e responsabilità si intrecciano per rinnovare la coscienza giuridica”* e il richiamo al pensiero di Gerard Husserl, per sottolineare che la *“via temporale del giudice”*, che l'A. definisce *“uomo del passato”*, delinea il processo di applicazione del diritto nel richiamo della dimensione temporale del passato al presente, ma l'attività ermeneutica che viene promossa attraverso l'azione giurisdizionale rinnova il giuridico per il futuro al quale appartiene l'uomo nell'istituzionalizzarsi³⁰.

²⁹ Ho affrontato questo tema nella Relazione al Convegno AIPDA di Trento del 2012, in *Annuario*, Napoli 2013.

³⁰ Per la costruzione del giudice come *“uomo del passato”* in quanto soggetto che opera retrospettivamente riproducendo un pezzo di realtà precedentemente data i cui punti di appoggio si trovano nel passato, G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, in G. HUSSERL (a cura di) *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. di R. Cristin, Milano 1988, 142 ove pure viene notato come il giudice operi rispetto a circostanze e fatti che gli sono *“dati”* in quanto sono temporalmente *pre-dati* alla sua azione. Per un'applicazione originale delle riflessioni di Husserl al rapporto tra procedimento e processo, G.D. COMPORI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, cit., 77.

Analoga rappresentazione della attività del giudice si rinviene nel noto scritto di Piero Calamandrei, *Il giudice e lo storico*³¹ del 1939 e nel volume di G. Pace, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al dritto privato*³², dove si legge che “*il giudice non applica il diritto se non intellettualmente, nel senso che compie le operazioni mentali necessarie per accertare la sussumibilità di certi fatti in certe norme; ma giuridicamente quell'applicazione è già avvenuta da un pezzo... Ne concludo che il giudice non applica veramente, giuridicamente, il diritto, ma accerta l'anteriore sua spontanea, automatica applicazione*”.

In una realtà sempre più fluida e in un contesto normativo in continuo divenire e, mi si consenta l'espressione, sempre più drammaticamente incerto, il problema, classico, della durata del processo si carica dunque di nuovi profili, irrimediabilmente legati all'alto grado di possibilità che, nel corso del giudizio, la soluzione che la controversia avrebbe presumibilmente avuto al suo insorgere, per la sopravvenienza di nuove specifiche disposizioni di legge, ma anche a prescindere da essa, venga completamente ribaltata al momento della sua definizione. Senza fare particolari sforzi esemplificativi, è sufficiente a tale proposito richiamare le numerose decisioni dell'Adunanza Plenaria e/o delle Corti Supreme interne e sovranazionali per rendersi immediatamente conto della rilevanza del fenomeno. E se, rispetto alle sopravvenienze normative, pur in assenza di un principio di irretroattività, è possibile far leva su quello dell'affidamento, i *révirement* giurisprudenziali, con i limiti individuati dalla Corte di cassazione per quelli con effetti decadenziali per il diritto di difesa, lasciano tendenzialmente senza tutela.

Se la stabilità delle situazioni giuridiche è, in sé, un valore da tutelare e se la sua acquisizione entro un congruo arco temporale è astrattamente configurabile come un bene della vita, che la Corte EDU ha ritenuto valutabile anche in termini economici, il rischio che il lasso di tempo necessario a definire un processo possa modificarne l'esito rappresenta un attentato ben maggiore agli interessi delle parti, caricando la sua “ragionevole” durata di un significato ancora più pregnante.

Anche se, paradossalmente, proprio la schizofrenia del legislatore e il suo non infrequente tornare su soluzioni già modificate (si pensi, per tutti, al numero dei componenti della Consob o alle proposte di riforma

³¹ In *Riv. dir. proc.*, 1939, 105 ss. Si vedano anche E. FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, ora in *Conoscenza e valori. Saggi*, Torino 1999, 122.

³² Milano 1944.

costituzionale in tema di riparto di competenze Stato-Regioni), potrebbe in alcuni casi far sì che la maggiore durata del processo riporti, al momento della sua definizione, “le bocce” tal quali erano al momento della sua introduzione, è infatti indubbio che, laddove ciò non accada, al danno derivante dal ritardo nel riconoscimento o disconoscimento delle proprie ragioni, e dunque dalla lesione del mero bene “certezza”, le rivisitazioni normative e giurisprudenziali del sistema potrebbero far aggiungere, per la parte che per il loro effetto risulti soccombente, quello della perdita di un vantaggio che un processo più breve le avrebbe prevedibilmente assicurato. Ciò che, oltretutto, la vedrebbe esposta al pagamento di oneri di giustizia (in termini di contributo e di spese processuali) difficilmente ipotizzabili al momento della proposizione del giudizio.

Il tema delle sopravvenienze normative nel corso del giudizio amministrativo o successivamente al giudicato rappresenta un interessante esempio di come esigenze equitative abbiano condotto in passato ad un compromesso tra il principio per cui la durata del processo non deve andare in danno della parte vittoriosa e quello della dinamicità e continuità dell'azione amministrativa retta dal principio di legalità, identificando nel momento della notificazione della sentenza il limite temporale di rilevanza dello *jus superveniens*. Un recente riesame della questione, alla luce delle novità recate dal c.p.a. in punto di effettività della tutela e di soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, ha condotto ad escludere il rilievo della notificazione (come in passato già evidenziato dalla dottrina, ricordo per tutti F. Satta³³) della pronuncia, distinguendo, piuttosto, tra accertamento pieno e non pieno del rapporto controverso (idealmente collegandosi a considerazioni svolte da G. Greco nel suo *L'accertamento autonomo del rapporto* del 1980) e, quindi, tra sopravvenienza o meno di spazi liberi da colmare con nuove valutazioni della p.A.³⁴ e, in caso di accertamento non pieno, sottoponendo la normativa sopravvenuta ad un giudizio di compatibilità processuale e procedimentale ai fini della sua applicazione³⁵. Seppure con tali limiti, viene dunque confermata la potenziale rilevanza delle sopravvenienze e, dunque, l'influenza che la durata del giudizio potrebbe avere sugli esiti dello stesso³⁶.

³³ F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 490.

³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472.

³⁶ Sulle tematiche degli effetti del giudicato amministrativo e sul rapporto tra ottemperanza al medesimo e principi di certezza del diritto e effettività della tutela, cfr. per tutti

La gravissima situazione di incertezza economica che ha colpito il mondo occidentale impone, sotto altro profilo, una maggiore rapidità di scelta, che, evidentemente, si traduce, a sua volta in una plusvalenza della sollecita “definizione” dei rapporti controversi, che inevitabilmente incide sulle decisioni che le parti dovranno assumere per la cura dei propri interessi personali (si pensi all’impugnazione di un concorso o di una nomina) e patrimoniali (si pensi all’impugnazione di un’autorizzazione all’esercizio di un’attività commerciale o alla realizzazione di un immobile ovvero all’impugnazione degli atti di affidamento di un appalto pubblico).

E la consapevolezza di tale situazione è ben palese nel fatto che il valore del tempo nella definizione delle situazioni giuridiche che vengono in relazione con gli interessi pubblici è ormai riconosciuto dalle norme che, progressivamente, hanno ammesso (nel 2009) il risarcimento del danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo (che, condividendo la posizione più garantista, ritengo possibile riconoscere a prescindere dalla fondatezza della pretesa sostanziale e riferire anche all’interesse legittimo oppositivo alla conservazione di una specifica utilità nei procedimenti d’ufficio³⁷) e, da ultimo (nel 2013), sia pure in via programmatica e “sperimentale”, il diritto delle imprese a un indennizzo per ogni giorno di ritardo nella conclusione del procedimento, indipendentemente dalla prova del pregiudizio subito e dalla sussistenza dell’elemento psicologico³⁸.

In tema di danno da ritardo, l’evoluzione del quadro normativo di riferimento, in una con il principio di atipicità dell’illecito (che consente, previo giudizio di meritevolezza degli interessi, di offrire tutela ad una pluralità di situazioni soggettive connesse con l’esercizio del potere), ha condotto a ritenere superato l’assunto secondo cui l’interesse al rispetto del termine procedimentale di cui all’art. 2 l. n. 241 non avrebbe ad oggetto la tutela di interessi sostanziali; l’assunto, basato sulla natura pro-

l’ampia e completa monografia di G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli 2013. Assume massima delicatezza il tema delle sopravvenienze giurisprudenziali in corso di causa, in relazione soprattutto al potere nomofilattico riconosciuto all’Adunanza Plenaria: opportunamente il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 25 maggio 2014 n. 296, ne ha però escluso la valenza retroattiva.

³⁷ Cfr. da ultimo sul punto, R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Sui limiti della disposizione, mi si consenta peraltro, il richiamo a M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, cit.

cedurale della regola violata, trascura gli interessi che quella stessa regola è diretta a tutelare, i quali ben possono avere carattere sostanziale, ove si consideri che la previsione di un termine è diretta a conferire certezza temporale e prevedibilità all'azione amministrativa, ingenerando nel richiedente un'aspettativa al rispetto di esso. Si tratta, quindi, di situazioni a carattere sostanziale diverse dall'interesse al conseguimento dell'utilità finale, ma non per questo prive di rilevanza giuridica³⁹.

In questo senso sembra orientarsi – seppure faticosamente e in discontinuità con le pronunce della Plenaria n. 7/2005 e n. 13/2007, antecedenti, però, alle novità del 2009 – anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (salvo poi rigettare la domanda risarcitoria per mancanza dell'elemento soggettivo o della prova del danno effettivamente subito): in una recente sentenza della Sezione III viene chiarito che l'art. 2 *bis* l. n. 241 “*tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della p.A., ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento*”⁴⁰.

Del resto spingono verso il riconoscimento del tempo come bene della vita in sé e di un diritto soggettivo alla risposta (su cui da tempo Clarich⁴¹ e più recentemente, tra gli altri, Caponigro⁴²) da ottenere in tempi certi le norme del c.p.a. che, da un lato, all'art. 133, attribuiscono alla giurisdizione esclusiva le controversie sul danno per inosservanza del termine procedimentale e, dall'altro, all'art. 7, includono nella giurisdizione di legittimità le controversie relative anche ad “omissioni”, comprese quelle risarcitorie, delle p.A.⁴³, in tale modo distinguendo tra interesse legittimo al bene della vita finale e interesse alla definizione, quale ne sia l'esito, del rapporto amministrativo nei tempi predefiniti⁴⁴.

³⁹ M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, 67; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), Napoli 2006, 263; P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, *www.giustamm.it*, 2009.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468.

⁴¹ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995, 29.

⁴² R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit.

⁴³ In argomento G. MARI, *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'attività amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Milano I, 2013, 289.

⁴⁴ R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit.

L'esigenza di non "sprecare tempo", oltre che energie, pubbliche e private, nello svolgimento di procedimenti complessi, ha inoltre indotto la giurisprudenza ad anticipare l'azione giurisdizionale diretta a contestare in radice il potere di procedere delle Autorità indipendenti, dal provvedimento conclusivo alla comunicazione di avvio del procedimento d'ufficio⁴⁵. Relativamente all'avvio di un procedimento diretto ad accertare l'abuso di posizione dominante, il g.a. ha rilevato, infatti, che l'interesse legittimo oppositivo "*ha una connotazione del lato interno differente da quella che assumerebbe nei confronti dell'eventuale provvedimento afflittivo adottato a conclusione del procedimento*": in tale secondo caso il bene della vita è costituito dal venir meno dell'accertamento dell'illiceità della condotta e della sanzione, mentre nel primo caso il bene della vita "*è costituito in primo luogo dall'arresto procedimentale, vale a dire dal non essere investito da quegli oneri di collaborazione che nei procedimenti in materia antitrust sono particolarmente intensi e sanzionati*". È confermata, quindi, la considerazione del tempo – nella specie identificato nel tempo dell'azione amministrativa necessario nei procedimenti particolarmente complessi – come bene della vita meritevole di autonoma tutela in via giurisdizionale⁴⁶. Al contempo è stato evidenziato come l'eventuale accertamento della radicale insussistenza del potere di procedere in capo alla p.A. consentirebbe all'Autorità di evitare un antieconomico dispendio di mezzi amministrativi, preservando il buon andamento dell'Amministrazione⁴⁷.

2.2. L'attualità del tema e l'individuazione del "vero" tempo del processo configurabile come bene della vita

Oggi più che mai, dunque, il tema del "tempo del processo" come "bene della vita" riveste assoluta attualità.

A ciò si aggiunga che, come è già stato correttamente rilevato da un attento studioso del processo amministrativo, l'apertura alla risarcibilità degli interessi legittimi e dello stesso danno da mero ritardo determinano un ulteriore effetto negativo della dilazione temporale della decisione, che, rendendo più difficile la tutela in forma specifica – tradizionalmente

⁴⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865. In argomento R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit.

⁴⁷ R. CAPONIGRO, *L'actio*, cit.

realizzata per il tramite dell'annullamento e dell'effetto conformativo sulla successiva attività amministrativa –, rischia di far aumentare le ipotesi di ristoro economico per equivalente e la stessa somma dovuta a tale titolo, concretandosi in un *vulnus* anche per l'interesse pubblico⁴⁸.

Si consideri, a titolo esemplificativo, il rilievo che l'art. 122 c.p.a. attribuisce allo stato di esecuzione del contratto ai fini della decisione del giudice sulla dichiarazione o meno dell'inefficacia del contratto, con ruolo suppletivo del risarcimento per equivalente *ex art.* 124 c.p.a..

La vera questione, però, è un'altra e immagino che Sandro Pajno, conoscendo le mie opinioni al riguardo, mi abbia consapevolmente e forse anche un po' provocatoriamente affidato l'argomento: qual è il "vero" tempo del processo configurabile come "bene della vita"?

O, più esattamente, il "bene della vita" che l'ordinamento deve tutelare in riferimento alle tempistiche processuali è davvero la massima rapidità, ad ogni costo, della definizione della controversia, o, meno semplicisticamente, la "congruità" e la "ragionevolezza" della scansione temporale del giudizio, in un equo quanto imprescindibile temperamento tra esigenze di certezza dei rapporti e necessità di soluzioni "giuste"?

Nelle primissime riflessioni su questo intervento, appuntate lasciando correre liberamente il pensiero a fine luglio in viaggio verso la magica terra islandese (un luogo fuori dal tempo, fonte di ispirazione ideale per questo tema), prima di leggere il programma generale del Convegno, avevo quindi pensato di inserirvi un sottotitolo: "tra certezza ed effettività".

Inevitabilmente l'argomento affidatomi si intreccia infatti con tali tematiche più generali affidate però ad altre relazioni.

L'attenzione che da anni (e posso dire anzi tristemente da decenni) dedico alla certezza delle regole come principio fondamentale di civiltà giuridica e imprescindibile corollario della garanzia di effettività della tutela e, dunque, del "giusto processo"⁴⁹, e l'ambito specifico di questo studio mi consentono peraltro di non rinunciare completamente al taglio

⁴⁸ R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, cit., rilevando come "molto spesso è proprio il decorrere del tempo a rendere irreversibile l'esecuzione dell'atto impugnato ovvero, nei provvedimenti di durata, a rendere più ampio lo spazio temporale in relazione al quale l'atto lesivo produce i suoi effetti pregiudizievoli, con conseguente necessità di tutelare la situazione lesa attraverso il rimedio risarcitorio".

⁴⁹ M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d.l. n. 35 del 2005)*, in *Giustamm.it* 2005. Sul punto si veda anche M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2013, 100.

che mi ero prefigurata e che in ogni caso, evidentemente, la riflessione richiestami deve a mio avviso seguire.

Per rispondere alla domanda sopra prospettata occorre muovere dallo scopo del processo: il fine ultimo della funzione giurisdizionale è quello di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive all'esito di una valutazione equa e imparziale delle diverse posizioni.

2.3. Lo "speciale" valore del giusto processo amministrativo

Ad esso, come noto, si aggiunge nel processo amministrativo quello di garantire "la giustizia nell'amministrazione" (ruolo primario riconosciuto al Consiglio di Stato dall'art. 100 Cost.)⁵⁰, di talché i giudici amministrativi non devono e non possono esaurire il loro compito nel trovare la migliore (*i.e.* "più giusta") soluzione della controversia particolare ad essi sottoposta, ma, devono "approfittarne" per enucleare dal sistema le regole alle quali le pubbliche Amministrazioni devono, eventualmente anche al di là del caso concreto, "conformare" la propria attività. Perché, a proposito delle sentenze amministrative, come ha scritto molto bene Filippo Patroni Griffi non sarebbe ammissibile in un ordinato Stato di diritto, che comportamenti di una pubblica Amministrazione già rilevati illegittimi dal giudice, sia pure con riferimento ad altre vicende, devono essere ripetutamente portati in giudizio per venire nuovamente sanzionati⁵¹. Ne costituisce significativo esempio la vasta giurisprudenza che riconosce la persistenza dell'interesse all'azione di annullamento dei provvedimenti che, pur avendo esaurito i loro effetti, sono destinati ad essere reiterati in futuro (limiti alla circolazione nella stagione estiva; disciplina della propaganda elettorale; calendario venatorio, ecc.)⁵². All'inesauribilità del potere amministrativo consegue infatti che, anche al di là della surrichiamata ipotesi di reiterazione, come magistralmente posto in luce da Mario Nigro⁵³, la sentenza amministrativa non si esaurisce nell'effetto

⁵⁰ Mi si consenta il rinvio a M.A. SANDULLI, *Considerazioni conclusive*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, Quaderni del Foro amm.-TAR, Suppl. al n. 7/8 del 2007, 141.

⁵¹ F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 4459.

⁵² Per ampi riferimenti, cfr. ancora A. MARRA, *cit.*, 115 ss.

⁵³ M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1163. La funzione conformativa delle sentenze amministrative è sottolineata anche da A. ANDREANI, *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi amministrativi dell'Amministrazione provin-*

“costitutivo” di eliminazione dell’atto impugnato, ma ha anche un contenuto di accertamento e ordinatorio. Tanto da indurre ad interrogarsi sulla opportunità o addirittura sulla necessità di ammettere, senza i termini di decadenza che si giustificano per l’azione impugnatoria, un’azione di mero accertamento dell’illegittimità di atti o comportamenti non più suscettibili di produrre effetti lesivi, oltre che ai fini risarcitori (come già espressamente consentito dal sistema), al solo fine di conformare la successiva azione amministrativa⁵⁴.

In ciò sta la forza e la stessa ragion d’essere della giustizia amministrativa e ridurla alla mera definizione della specifica controversia (trasformandola in un “sentenzificio”, quale luogo di produzione di decisioni sostanzialmente immotivate), come già ebbi a dire a proposito del superamento della pregiudiziale di annullamento, equivale a fare un pericoloso passo avanti verso la sua eliminazione. A nessun vantaggio – è bene evidenziarlo – di un mondo imprenditoriale ed economico, che sarebbe allora esposto all’arbitrio della pubblica Amministrazione, con quali riflessi sull’efficienza è purtroppo facile immaginare.

Ed è paradossale e contraddittorio che proprio in un momento in cui, anche e soprattutto in considerazione di questo ruolo interpretativo/conformativo, è stato correttamente riconosciuto al massimo organo della giustizia amministrativa un potere di nomofilachia analogo a quello già riconosciuto alla Corte di cassazione (potere che l’Adunanza Plenaria ha esercitato in questi anni ad altissimo livello), si voglia sostanzialmente svilire il ruolo degli altri collegi, con misure che, imponendo una irragionevole compressione dei tempi del processo e della decisione, impediscono il doveroso approfondimento da parte degli organi giudicanti delle delicate e complesse questioni giuridiche che, colpevole anche il modesto livello dei testi normativi, essi sono necessariamente chiamati a risolvere per rendere una “giusta” decisione della controversia e per tracciare corrette e “sicure” linee guida alla futura azione amministrativa. Il ruolo della pronuncia del g.a. è ben rappresentato dalla famosa osservazione di

ciale di Como, Milano 1983; F. BENVENUTI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 892 e ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, Napoli 1963, 423; G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, Milano 1998, che richiama per una sua espressa affermazione Cons. Stato, Ad. gen., 6 ottobre 1994, n. 236. Nella posizione più tradizionale E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954, 181 e ss. e E. CAPPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Imp. Amb. P.a.*, 1977, I, 3 e ss.

⁵⁴ A. MARRA, cit., 117.

uno dei maggiori studiosi degli effetti della sentenza (C. Calabrò) secondo cui “L’annullamento è la breccia attraverso la quale la funzione ... orientatrice della sentenza amministrativa penetra nelle linee di azione dell’amministrazione”⁵⁵.

Inoltre, se si considera che, per un verso, l’ampiezza e la completezza dell’accertamento contenuto in una sentenza delimitano rigorosamente i confini entro cui è possibile ricorrere al giudizio di ottemperanza per contestare l’attività amministrativa successiva alla pronuncia giurisdizionale e di riedizione del potere amministrativo e che, per altro verso, – come ribadito dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 2/2013 – la concentrazione nell’alveo del giudizio di ottemperanza del maggior numero di questioni insorte dopo la pronuncia e correlate alla sua esecuzione realizza i principi di effettività della tutela e di durata ragionevole nel processo (nel cui ambito va iscritto il diritto di ottenere l’esecuzione della sentenza favorevole), se ne ricava la rilevanza della portata oggettiva del giudicato – in termini di completezza e grado di approfondimento – sui tempi – comprensivi dell’esecuzione – per pervenire all’effettiva soddisfazione della pretesa sostanziale⁵⁶.

A tale proposito viene in rilievo il principio di economia processuale, ritenuto compreso nella garanzia costituzionale della durata ragionevole del processo, e che, nella sua componente *esterna* è diretto a prevenire il promovimento di nuovi inutili giudizi o gradi di giudizio, per il tramite dello sfruttamento razionale delle risorse del giudizio già promosso⁵⁷.

In ogni caso, anche il primo obiettivo (la “giusta” decisione della controversia), comune alla giurisdizione ordinaria, condiziona fortemente la risposta alla nostra domanda.

Troppo spesso, soprattutto nell’ultimo periodo, a fronte della incapacità dei nostri governanti di trovare soluzioni adeguate alla gravissima crisi economica che stiamo attraversando, se ne attribuisce la causa, con una sorta di assioma, ripetuto come una specie di mantra, ai tempi, ritenuti eccessivamente lunghi ed espressione di una burocrazia non efficiente ed antiquata, di conclusione dei procedimenti e a quelli di svolgimento dei processi⁵⁸.

⁵⁵ C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma 1981, III, 2022.

⁵⁶ Per un’approfondita e completa disamina del tema dell’ottemperanza al giudicato amministrativo, cfr. per tutti la monografia di G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit.

⁵⁷ L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 88.

⁵⁸ G. PALMIERI, *I tempi della pubblica amministrazione e quelli del processo*, Relazione

L'OCSE, nello "Studio economico" del 2013 sull'Italia ha ripetutamente sottolineato gli effetti economici del malfunzionamento della giustizia, mentre alcune ricerche della Banca d'Italia hanno addirittura rilevato una correlazione tra scarsa attrattività del nostro Paese per gli investimenti esteri e lentezza della giustizia civile e tra questa e rallentamento della crescita (o stasi, o diminuzione) del PIL. E, come evidenziato anche nell'ambito di un Convegno svoltosi circa un anno fa presso la sede del Consiglio di Stato sul rapporto tra giustizia amministrativa e crisi economica, trattasi di una tesi ampiamente diffusa nell'opinione pubblica⁵⁹.

Le pagine dei quotidiani sono del resto costantemente occupate da articoli che proclamano la riduzione dei tempi della giustizia come una sorte di panacea di tutti i mali del nostro Paese, dimenticando (o fingendo di dimenticare?) che il vero ostacolo all'economia (e alla giustizia) è rappresentato dalla deprecabile e crescente incertezza del quadro normativo e dal cattivo funzionamento di molti apparati amministrativi; e che, ferma l'urgenza di risolvere in via assolutamente prioritaria il primo problema, il secondo non può essere combattuto senza assicurare una "buona" e "ponderata" giustizia contro l'uso illegittimo del potere.

Per combattere il preteso abuso del processo si rischia invero di esporre la collettività ad un incontrollato abuso del potere. Ciò che, ben più di qualche ritardo in una giustizia che peraltro (come anticipato in premessa ed evidenziato nelle Relazioni introduttive) è già tendenzialmente rapida e comunque è assai più rapida di quella ordinaria, costituisce inevitabile disincentivo a qualsivoglia investimento economico.

2.4. I requisiti minimi del "giusto processo"

Le precedenti considerazioni inducono allora a formulare una domanda: vogliamo (o, meglio, possiamo davvero) rinunciare ai tempi "giusti", i.e. necessari a garantire la certezza del rispetto della legalità, che, come è facile intuire, non coincide affatto con quella della definizione dei singoli rapporti?

L'effettività della tutela giurisdizionale è garantita dagli artt. 24 e 111

al Convegno su "*Giustizia amministrativa e crisi economica*", svoltosi al Consiglio di Stato il 26 settembre 2013, in Atti, 2014.

⁵⁹ Cfr. le Relazioni e gli interventi al Convegno, su *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit.: e, in particolare, quelli di G. GIOVANNINI, *La legislazione della crisi e il ruolo del giudice amministrativo*, A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, G. SEVERINI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali* e G. PALMIERI.

della Costituzione, dall'art. 47 della Carta di Nizza e dall'art. 6 della CEDU. Ed effettività ovvero buona qualità, della tutela, idoneità a raggiungere l'obiettivo di giustizia che presiede a qualsiasi processo, non può risolversi e anzi tendenzialmente confligge con una eccessiva compressione dei suoi tempi. Non si può in altri termini identificare nel processo *breve* l'archetipo del processo *giusto*⁶⁰.

La dottrina che si è occupata del concetto di giusto processo ha correttamente evidenziato come ad una dimensione *strutturale* o *procedurale*, relativa alle regole di funzionamento del giudizio, si accompagni una dimensione *funzionale* o *sostanziale* incentrata sull'effettività della tutela giurisdizionale, per cui il processo è "giusto" (e, dunque, ha i requisiti minimi per essere davvero un "processo") solo se garantisce forme *adeguate* di tutela della posizione giuridica soggettiva fatta valere e, dunque, assicura quella certezza del diritto che è data dalla prevedibilità delle decisioni e non coincide con la definizione dei singoli rapporti.

Il legame tra accezione procedurale e sostanziale di giusto processo – e, quindi, l'essere le tutele procedurali strumenti della giustizia sostanziale – è ben presente nell'art. 111, co. 1, Cost., che identifica quale elemento definitorio essenziale del giusto processo, unitamente alle garanzie procedurali della parità delle parti, del contraddittorio della terzietà del giudice e della durata ragionevole, l'*attuazione* della giurisdizione: come è stato evidenziato, l'espressione usata ("si attua") esprime che il processo è giusto solo se realizza il fine della giurisdizione, rende cioè questa operante⁶¹.

E la giurisdizione – intesa dalla recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità quale "*servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza*"⁶² – è diretta non a sfociare in una decisione purchessia, ma ad offrire una pronuncia che, grazie all'effettivo dispiegarsi del contraddittorio e dell'istruttoria, possa soddisfare concretamente il bisogno di tutela dedotto in giudizio e ricondurre la giustizia nell'amministrazione.

Il principio del giusto processo ha dunque una valenza relazionale o sistemica, quale formula in cui "*si compendiano – e dunque si coordinano*

⁶⁰ E. MARENGHI, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino 2014, 31.

⁶¹ L. P. COMOGLIO, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 739.

⁶² Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

e si integrano in sistema – tutte le diverse garanzie che attengono all'esercizio della funzione giurisdizionale, evitando il pericolo di una loro interpretazione e ricostruzione come entità a sé stanti che non necessitano di concretizzazioni applicative omogenee e interdipendenti"⁶³. Non si può poi trascurare che il principio di "ragionevole durata", a differenza degli altri, viene espresso in valenza mediata dalla previsione legislativa, e dunque non già come pretesa immediatamente azionabile dal soggetto interessato, ma come mero parametro di indirizzo per il legislatore. Per ogni tipo di processo, quest'ultimo, dovrà allora garantire il rispetto di tutti i canoni individuati dall'art. 111, fondando la propria struttura sui principi di cui al secondo comma, primo periodo, e assicurando, all'esito di un'attenta ponderazione delle diverse esigenze, i tempi "adeguati" per la definizione del giudizio in un sistema che comunque riesca a garantire un accesso effettivo alla giustizia e una qualità della decisione⁶⁴.

Il tempo che si impiega per raggiungere un dato obiettivo è tradizionalmente un problema di qualunque azione.

Un'azione troppo lenta diventa di fatto una "non azione", perché non le consente di raggiungere il risultato voluto.

Percorrere la distanza che ci separa da un cinema, una stazione, un aeroporto, in un tempo troppo lungo rende di fatto inutile arrivarci; impiegare troppo tempo per un intervento chirurgico rischia di creare problemi cardiaci; allungare il parto può creare difficoltà respiratorie al feto; persino attraversare le strisce pedonali in un tempo più lungo di quello in cui è programmato il semaforo ne annulla la garanzia di sicurezza. Sin da piccoli del resto ci è stato insegnato che arrivare in ritardo a scuola può implicare la non ammissione alla lezione ed essere quindi equiparato all'assenza. Come non ricordare poi, in questo contesto, che alcuni Presidenti considerano "assenza" la mancata partecipazione puntuale alle

⁶³ M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, 598. Sul problema dell'esigenza di contemperamento tra componente sollecitante della durata ragionevole del processo e componente attenuante del diritto fondamentale di difesa, cfr. anche A. FALZEA, *Giusto processo*, in *Il giusto processo, Atti dei convegni Lincei*, Roma 2003, 12 ss. In particolare, sul giusto procedo amministrativo, cfr. E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, II, 1064 ss. e S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano 2004.

⁶⁴ A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova 2009, 18 ss.; G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 2003, 127 e 133 (anche con riferimento ai richiami dottrinari sul processo civile).

chiamate preliminari delle cause in udienza, trattenendo il ricorso in decisione senza possibilità di vederlo richiamato?

Ma è altrettanto vero che elementari esigenze di sicurezza hanno indotto tutto il mondo civile ad imporre limiti di velocità sulle strade, che un'esecuzione affrettata di un intervento chirurgico può portare a sottovalutare circostanze che possono avere conseguenze irreversibili sulla vita del paziente, che l'attendibilità dei risultati degli esami di laboratorio e delle stesse risonanze magnetiche è spesso legata al "giusto" tempo impiegato per la relativa esecuzione e, naturalmente, che la nascita prematura è spesso foriera di danni al bambino.

Tutti conosciamo, del resto, il proverbio che "*la gratta frettolosa partorì micini ciechi*".

E allora, se è senza dubbio vero che i processi, come del resto i procedimenti, non dovrebbero durare oltre il tempo ragionevolmente necessario ad una loro giusta definizione, è anche vero che il tempo necessario ad una ponderata azione dei pubblici poteri (in qualunque tipo di procedimento, anche giurisdizionale) è un bene altrettanto se non ancora più prezioso al quale non si può rinunciare.

Costringere il processo entro tempi rigidamente predefiniti in funzione di interessi puramente economici e rinunciare al tempo "ragionevolmente necessario" per consentire a tutte le parti e ai giudici di acquisire piena conoscenza dei diversi elementi e per valutarli in modo adeguato significa rinunciare alla funzione stessa del procedimento decisorio e, dunque, alla piena tutela delle posizioni giuridiche; e, per l'effetto, alla garanzia del diritto di difesa.

Del resto, lo stesso parametro di "ragionevolezza" della durata del processo – ai fini del riconoscimento dell'equa riparazione di cui alla l. n. 89/2001 – "*ha in sé insiti*", come evidenziato dalla Cassazione, "*indubbi margini di elasticità*", tradotti nei criteri cui la Corte d'Appello deve attenersi, ai sensi del co. 2 dell'art. 2 della citata legge, nell'accertarne la violazione (quali la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione): solo detti criteri consentono la corretta applicazione del concetto di ragionevolezza, "*permettendo, per tale via, di scongiurare che il valore della giustizia celere si trasformi nel disvalore della giustizia affrettata e sommaria*"⁶⁵.

⁶⁵ Cass., Sez. I, 27 settembre 2006, n. 21020.

Il processo che ambisca ad essere *equo*, qualità in assenza della quale non può neppure parlarsi di “processo” deve dunque necessariamente realizzare un ragionevole compromesso tra celerità e sommarietà⁶⁶, il cui raggiungimento opera a due distinti livelli: l’uno della disciplina processuale astratta, l’altro della concreta conduzione del singolo processo⁶⁷.

In questo senso anche la Consulta (C. cost., 23 luglio 2010, n. 281) ha significativamente chiarito che il “*principio di durata ragionevole del processo ... se è diretto a disporre che il processo stesso non si protragga oltre certi limiti temporali, assicura anche che esso duri per il tempo necessario a consentire un adeguato spiegamento del contraddittorio e l’esercizio del diritto di difesa*”⁶⁸.

In termini analoghi, nella sentenza n. 317 del 30 novembre 2009 la Corte ha osservato che “*il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all’interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall’altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata*”.

In quest’ottica il c.p.a. ha rimodellato la tutela cautelare, per evitare che la giustizia amministrativa si risolva, di fatto, nell’ambito di una fase istituzionalmente e necessariamente “sommara”. A ciò sono finalizzati i nuovi termini del processo cautelare, tesi a garantire una migliore difesa, anche nei casi in cui la semplicità della questione consenta una decisione immediata di merito e, soprattutto, la stretta interrelazione tra fase cau-

⁶⁶ M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2009, 23; v. anche L. CUOCOLO, *Tempo e potere*, cit., 224 ss.

⁶⁷ La rapidità del processo amministrativo è funzionale anche alla certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico e dell’azione amministrativa in genere, sulla cui rilevanza Cons. St, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 710.

⁶⁸ Prosegue la Corte, “*In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall’art. 24, secondo comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell’effetto espansivo dell’art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*”.

telare e fase di merito, che impone che la decisione sommaria assunta all'esito della prima sia rimeditata in tempi brevi con l'approfondimento proprio alla seconda.

La giurisprudenza è del resto giustamente attenta al tempo che le commissioni giudicatrici impiegano per la valutazione, a seconda dei casi, dei titoli, delle prove e delle offerte, censurando le decisioni assunte in un arco temporalmente eccessivamente breve. La Costituzione impone un complesso procedimento di approvazione delle leggi per garantire (o almeno cercare di garantire) una ponderata definizione dei relativi testi. Il sistema scolastico e universitario impone una durata minima del corso degli studi. E le stesse norme sull'accesso alla magistratura amministrativa richiedono per la partecipazione al concorso un periodo minimo di permanenza in alcune carriere od attività professionali.

Questo non significa, si ripete, che non si possano o non si debbano imporre limiti temporali all'esercizio di diritti, facoltà o poteri o all'adempimento di obblighi, e che tale esigenza valga anche e, per quanto si è detto, soprattutto, nel processo, favorendone l'accelerazione, ma soltanto che essa, pur assolutamente imprescindibile nella nuova logica di Stato "del mercato" sottolineata da Fabio Merusi proprio qui a Varenna nel 2002⁶⁹, deve essere necessariamente temperata con quella di un corretto esercizio del potere pubblico, consentito soltanto da un'adeguata attività istruttoria e da un'attenta e ponderata comparazione dei diversi interessi, ovvero, nel processo, da un'attenta e ponderata valutazione delle diverse posizioni contrapposte, alla stregua della prospettazione offertane dalle parti e dei documenti da esse spontaneamente esibiti o altrimenti appresi dall'organo giudicante con gli speciali poteri acquisitivi di cui esso dispone e significativamente continua a disporre nel giudizio amministrativo.

E per entrambe queste attività, come ben sa chiunque abbia fatto parte di un Collegio arbitrale o di una Commissione giudicatrice, o più semplicemente abbia valutato uno scritto scientifico o ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale per una lezione o una relazione, o ancora abbia esaminato con la dovuta attenzione gli atti e i documenti delle controparti in giudizio, occorre "tempo". E non vi è alcun dubbio che la sua compressione vada a detrimento del risultato.

Del resto, chi di noi è soddisfatto se si reca dal medico e questi, dopo una rapida occhiata ai risultati degli ultimi esami di laboratorio e/o degli

⁶⁹ *La certezza*, cit.

ultimi referti radiografici, senza neppure confrontarli con le lastre e con i precedenti e senza neppure chiedergli l'anamnesi o lasciargli descrivere le sue sensazioni, lo sottopone ad una, sempre rapidissima e "semplificata", visita e gli "spara" una diagnosi "sintetica" senza illustrargli le ragioni che l'hanno indotta?

Ancora, chi di noi non è solidale con un giovane che, dopo aver studiato alacremente, è giudicato attraverso una mera prova per test a risposta multipla?

Non trova allora ragionevole giustificazione la scelta del legislatore, che, dopo aver significativamente e opportunamente eliminato la prova per test nell'accesso alla facoltà di medicina e al concorso in magistratura e che ha opportunamente ritenuto di garantire in una esplicita disposizione legislativa l'obbligo di contraddittorio e di istruttoria nel procedimento amministrativo e l'obbligo di motivazione di ogni provvedimento, pretende ora di farci rinunciare proprio ad un attento e ponderato processo, ovvero alla prima e fondamentale garanzia dello Stato di diritto.

3. *La deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto*

3.1. *La tendenza alla contrazione del diritto di difesa*

In sostanziale contrasto con un percorso indirizzato in un'ottica garantista, attraverso l'espressa affermazione dell'obbligo di motivazione delle decisioni cautelari, l'imposizione di specifici obblighi di produzione documentale a carico delle amministrazioni intime e l'elaborazione di un sistema diretto a consentire una più ampia legittimazione ad agire e una più "piena" e "ponderata" cognizione della controversia da parte dell'organo giudicante e una giurisdizione più attenta al fatto e al rapporto, il legislatore è venuto invero gradualmente introducendo moduli processuali che, sotto la demagogica bandiera della semplificazione, costituiscono un gravissimo attentato al diritto di difesa (dei privati, ma anche e soprattutto delle pubbliche Amministrazioni, limitate nella capacità di reazione dalla necessità di mettere in moto una macchina sicuramente più lenta e complessa, se non altro per gli orari e l'organizzazione degli uffici), inaccettabilmente sacrificando un diritto fondamentale dello Stato costituzionale alle logiche dell'economia e all'insegna di una sicurezza evidentemente fallace, quale soltanto può essere il conseguimento di una definizione affrettata e per ciò stesso sostanzialmente meno

“vera” e dunque meno “certa” del rapporto. Con effetti tanto più gravi in quanto essa incide sulla corretta gestione degli interessi pubblici e, dunque, in ultima analisi sulla collettività. Se la Costituzione ha sentito il bisogno di garantire una tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti amministrativi, lo ha fatto per garantire che la valutazione dei contrapposti interessi sia effettuata da un giudice, che, per la funzione che riveste e per l’impegno e le responsabilità che si è assunto, si presume equo e attento. Ma queste condizioni sono difficilmente compatibili con tempi che non consentono un completo esame della controversia e che rischiano di spingere a trovarne la soluzione più rapida, invece di quella più giusta.

Hanno spinto purtroppo gradualmente in questa direzione un’erronea interpretazione e applicazione delle norme sulla possibilità di decisione in forma semplificata⁷⁰, palese ostacolo al migliore perseguimento del fine conformativo delle pronunce del giudice amministrativo e alla stessa percezione della sua imparzialità, oltre che alla persuasività della fondatezza delle decisioni con esito negativo (con la conseguenza di indurre più facilmente alla loro impugnazione, producendo in tal modo un effetto sostanzialmente opposto a quello prefigurato e propagandato) e le disposizioni codicistiche sugli obblighi di sinteticità degli atti, che, introdotte nel d. lgs. n. 104 del 2010 come meri “principi”, sono state poi accompagnate dalla previsione di sanzioni pecuniarie, fino a trovare uno sbocco ancora più pericoloso nella legge n. 114 del 2014, di conversione del d.l. 90 dello scorso 24 giugno, laddove (trascurando i vincoli derivanti dall’ordinamento costituzionale ed euro-unitario) si vorrebbe legittimare l’omessa pronuncia sulle “questioni” non trattate nelle pagine che un’apposita Commissione considererà “massime”.

È certamente vero che la chiarezza e – di norma – la sinteticità degli atti di parte contribuisce da subito a delineare il *thema decidendum* e a renderlo immediatamente percepibile⁷¹, con effetti positivi sui tempi di lavoro del giudice e sulla chiarezza anche delle relative decisioni⁷².

⁷⁰ Per un attento e approfondito studio sulla decisione in forma semplificata e sulle problematiche che essa crea in rapporto ai valori fondamentali di giusto processo, cfr., per tutti, il volume di A. CLINI cit.

⁷¹ B.R. POLITO, *Il tempo del decidere: profili formali e strutturali alla luce del riassetto del processo amministrativo in attuazione della legge di delega n. 69 del 2009*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011; A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall’art. 3, comma 2, c.p.a.*, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 3611 ss.

⁷² G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in

Ma ciò non giustifica l'inammissibilità di atti o di parti di atti soltanto per violazione del principio di sinteticità. Non si spingono invero a tanto neppure le recenti pronunce della Corte di Cassazione (sez. III, 24 febbraio 2014 n. 4273 e sez. VI, 31 marzo 2014 n. 7474) che spesso si invocano a preteso sostegno delle nuove regole del processo sui contratti pubblici. L'inammissibilità è stata legata infatti da entrambe le pronunce alla impossibilità di individuare con chiarezza le domande e le critiche piuttosto che alla mera "lunghezza" dell'atto. E analogo spirito ha recentemente guidato il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana a chiedere alle parti (senza peraltro dichiarare l'inammissibilità del ricorso) una sintesi di quanto scritto, in modo poco chiaro (ord. 15 settembre 2014, n. 536).

La tecnica redazionale degli atti può incidere negativamente sul piano funzionale del processo, dando luogo ad una condotta *afunzionale* per il giusto processo, ma anche *sleale* per la controparte. A tale ultimo proposito, il principio di sinteticità e chiarezza si collega all'obbligo di lealtà e probità enunciato nell'art. 88 c.p.c., quale espressione dei doveri di solidarietà sociale *ex* art. 2 Cost., risultando non corretto e rispettoso del diritto di difesa altrui il comportamento di chi redige atti confusi e sovrabbondanti⁷³. E ciò può al massimo indurre all'applicazione di misure economiche, ma non può certo tradursi in un vizio di ammissibilità del ricorso. Anche con riferimento alle nuove "sanzioni"⁷⁴ economiche inserite nell'art. 26 c.p.a., che, come noto, hanno veicolato lo strumento della condanna alle spese verso la repressione di atti non rispettosi dei canoni di chiarezza e sinteticità sancito dall'art. 3 del Codice, in un'ottica afflittiva per un atto a-funzionale al giusto processo⁷⁵,

www.giustizia-amministrativa.it; P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1936), rist. Milano 2001, 174. Il problema è segnalato anche da G. PALMIERI, *I tempi*, cit.

⁷³ Sull'atto prolisso e confuso come atto *afunzionale* per il giusto processo e *sleale* per la controparte, v. A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione*, cit., 3619 e 3626.

⁷⁴ Cfr. A. CARBONE, M.A. SANDULLI, *Le misure di deflazione del contenzioso amministrativo*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, in corso di pubblicazione.

⁷⁵ In una recente sentenza (2943/2014) la IV Sezione del Consiglio di Stato ha applicato la predetta disposizione osservando che il dovere di sinteticità è strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo, a sua volta corollario del giusto processo, "*che assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. La sinteticità degli atti costituisce uno dei modi – e forse tra i più importanti – per arrivare ad una giustizia rapida ed efficace*". La medesima sentenza evidenzia che le "istruzioni emanate dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia dell'U.E. prevedono, in ossequio al principio di sinteticità, che gli scritti delle parti non superino di norma una lunghezza variabile da 5 a 15 pagine (in base alla tipologia della causa e dello scritto difen-

ho peraltro già espresso forti critiche⁷⁶.

L'inciso aggiunto al co. 1 dell'art. 26 (che nel testo definitivo approvato dal Governo costituisce il frutto di un netto "ridimensionamento" rispetto alle ben più pesanti "sanzioni" inizialmente proposte, che ipotizzavano un numero massimo di pagine e un "costo" aggiuntivo di centinaia di euro per ogni pagina in più), ha invero una portata troppo ampia e generica che rischia di colpire, accanto a ripetizioni e prolissità effettivamente inutili, anche ragionevoli ed opportune ricostruzioni del quadro normativo e giurisprudenziale, particolarmente necessarie in un sistema estremamente complesso e spesso contraddittorio; come dimostrano, per un verso, le continue "correzioni" dei testi di legge e l'attribuzione di poteri nomofilattici all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e i frequenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE e, per l'altro, il – giusto – riconoscimento ai Tribunali amministrativi della possibilità di pronunciarsi in contrasto con il giudice di appello, anche nella sua massima espressione di organo nomofilattico e le scelte di autonomia compiute dalla giurisprudenza di primo grado, costituenti spesso fondamentali spinte verso maggiori garanzie di effettività della tutela.

La condanna della parte (anche vittoriosa) alle spese del giudizio senza alcun criterio indicativo e in ragione dell'estensione degli atti difensivi (e/o della stessa scarsa chiarezza di questi) rischia, soprattutto quando – come purtroppo sempre più frequentemente accade – tale scarsa sinteticità o chiarezza siano a loro volta inevitabile conseguenza di quelle degli atti contestati o connessi o degli scritti delle altre parti, di costituire una inaccettabile lesione del diritto di difesa e del principio fon-

sivo)". Astraendo dal caso specifico, non si può tuttavia non notare, oltre al riferimento aprioristico ad un numero predefinito di pagine – che, se trova giustificazione nel processo UE per il costo delle traduzioni, non ha analoga logica nel diritto interno – il collegamento tra sinteticità, rapidità del giudizio e attenzione all'interesse pubblico coinvolto, che qualora non sia inteso in senso elastico e modulabile in base alla complessità variabile dei singoli casi, rischia di rendere il diritto ad una piena difesa e ad una effettiva garanzia della giustizia nell'amministrazione recessivo rispetto alla rapida definizione del singolo rapporto con la p.A. Nel medesimo senso, anche, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210.

⁷⁶ M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *Foro amm.-TAR*, 2012, fasc. 9; nonché, da ultimo, M.A. SANDULLI, A. CARBONE, *Le nuove misure economiche di deflazione del contenzioso*, cit. Per analoghe critiche, cfr. R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, Relazione al Convegno *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit.

damentale del giusto processo, che, si ripete, non può essere confuso con quello del processo “rapido e semplice”.

La difesa troppo sintetica “*rischia di essere insufficiente a convincere della fondatezza delle proprie tesi e di non riuscire a fornire ai giudici un quadro giuridico e fattuale adeguato*”⁷⁷, “*così come rischia di determinare un deficit di chiarezza espositiva, impedendo alle controparti di rispondere alle prospettazioni avversarie in maniera immediata e puntuale*”⁷⁸. Il rispetto del canone della sinteticità incontra dunque il “controlimite” della insopprimibile garanzia del diritto di difesa. Ne deriva la necessità di parametrare la valutazione della condotta imposta dall’art. 3, comma 2, c.p.a., alle peculiarità del caso concreto.

3.2. La sentenza in forma semplificata

Ulteriore pericolo è quello che il sistema così delineato dia luogo ad una pronuncia poco chiara e precisa, inducendo la parte più difficilmente persuasa dalle ragioni che hanno determinato il rigetto delle proprie tesi o anche semplicemente meno sicura del pieno e integrale accoglimento delle stesse, a promuovere ulteriori gradi di giudizio⁷⁹, con evidenti ricadute sull’ampliamento del contenzioso di appello e/o del ricorso alla c.d. ottemperanza di chiarimento, cui è significativamente legittimata la stessa Amministrazione che, pur volendo ottemperare alla sentenza, necessita di chiarimenti su punti del *decisum* che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza⁸⁰. Il che comporta, con assoluta evidenza, per un’eterogenesi dei fini, ulteriori ricadute sui costi del sistema giustizia⁸¹ e, prima ancora, sulla fiducia nel suo corretto funzionamento.

⁷⁷ M.A. SANDULLI, *Crisi economica e processo amministrativo*, Comunicazione al Convegno annuale dell’Associazione italo-spagnola dei Professori di diritto amministrativo, Madrid ottobre 2012.

⁷⁸ Così A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione...*, cit., 3622.

⁷⁹ Con la sentenza n. 17960 del 2014 la Corte di Cassazione ha giustificato l’integrale compensazione delle spese con riferimento alle carenze delle decisioni di merito, che “non brillano certo per litore sintattico, chiarezza logica e struttura espositiva”.

⁸⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468; Sez. V, 19 giugno 2013, nn. 3339 e 3342.

⁸¹ Si consideri che, in ragione della natura dell’ottemperanza di chiarimento, quale azione di accertamento del contenuto della sentenza (Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472), laddove la parte ricorrente ottenga i chiarimenti, non è possibile ottenere il riconoscimento delle spese sostenute per il giudizio attivato, non essendo configurabile la soccombenza delle altre (Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468).

L'effettiva parità delle parti e l'equa valutazione delle rispettive posizioni da parte di un giudice neutro e imparziale si riscontra nei presupposti di fatto e nelle ragioni di diritto esplicitati nella sentenza come applicazione della legge al caso concreto, senza l'intermediazione o l'influenza di alcun ragionamento estraneo al percorso logico della decisione. Come per il provvedimento (art. 3, l. n. 241 del 1990), così per la sentenza, la motivazione svolge un ruolo essenziale di indice di controllo da parte dell'opinione pubblica della coerenza esterna e interna della decisione e, come è stato giustamente sottolineato dalla più attenta dottrina, è imprescindibile strumento di "*verifica anche della collocazione super partes del giudicante, oltre che – evidentemente – della correttezza giuridica delle argomentazioni in essa contenuta*"⁸².

Come non si può configurare uno Stato costituzionale senza garanzia del diritto di difesa, non si può quindi neppure configurare un processo in senso proprio se la definizione di una controversia è affidata a una sentenza assunta "*in forma semplificata*" (e talvolta in forma meramente assertiva) all'esito di un giudizio nel quale le parti non hanno avuto il tempo necessario per elaborare le proprie difese a causa di una predeterminata (e comunque non imparziale) costrizione della lite in tempi troppo stretti o, in termini non meno gravi, per una generica preoccupazione deflattiva del contenzioso⁸³. Come è stato giustamente osservato, "*esiste un punto di non ritorno che porta la rapidità a dissolvere la forma del processo, al di fuori della relazionalità con i restanti canoni costituzionali*": questo punto non deve essere assolutamente superato, a pena di tornare indietro di 150 anni nella storia della tutela contro la p.A.

Anche il confronto con gli ordinamenti processuali a noi più vicini (Francia e Germania) dimostra che non esistono regole aprioristiche di contrazione delle pronunce decisorie sganciate dalla particolare sempli-

⁸² A. CLINI, *La forma semplificata*, cit., 38. L'A. sottolinea a tale proposito che "*Il richiamo allo status neutrale dell'organo giudiziario pare particolarmente delicato laddove ricorra l'incrocio processuale del rito speciale con l'adozione di una decisione semplificata*" La funzione di controllo democratico della motivazione quale strumento di sindacato esterno o extraprocessuale da parte del popolo nel cui nome è pronunciata, è sottolineata, *inter alia*, da E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano 1977, 188 ss., e S. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 406 ss. Per un'importante riflessione sulla motivazione del provvedimento amministrativo, cfr. da ultimo, F. CARDARELLI, *Commento all'art. 3*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010.

⁸³ A. CLINI, *op. cit.*, 39 e 275, dove si sottolinea l'esigenza del massimo rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa proprio per controbilanciare mediante un'adeguata partecipazione processuale delle parti, la natura semplificata della sentenza.

cità della questione e dal rinvio a precedenti. La Francia ha addirittura avviato nel 2013 una sperimentazione che, a quanto riferito dal Presidente Martin, Vice Presidente del Consiglio di Stato e Presidente del gruppo di lavoro, ha indotto a cercare una migliore e più puntuale motivazione delle decisioni che dia conto del ragionamento che ne è alla base.

Nello stesso senso si muove del resto l'art. 74 c.p.a., anticipato dalla l. 205 del 2000, che ammette la sentenza "in forma semplificata" soltanto quando il giudice "*ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*", e chiarisce che "*essa può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*", ma, nella lettura impostane dalla Corte Costituzionale sin dalla sentenza n. 427 del 1999⁸⁴, non potrebbe mai indulgere ad ammettere la chiusura di un processo con una "procedura sommaria". Il canone per valutare la compatibilità costituzionale della sentenza semplificata deve essere dunque sempre quello dell'adeguatezza al livello di complessità delle questioni affrontate, che è parametro costante della decisione giurisdizionale. Lo Stato costituzionale non ammette "sottospecie" di sentenze, ma solo impalcature "alleggerite" della decisione a fronte di controversie di più semplice soluzione, ma non per questo legittima pronunce prive dei contenuti minimi essenziali di una motivazione che consenta di comprendere, eventualmente anche per *relationem*, il percorso logico seguito dal giudice e le ragioni che sono alla base delle sue decisioni: ragioni che, se non devono consistere in arabeschi logici⁸⁵ non possono mai ridursi a mere asserzioni⁸⁶. È significativo della chiara percezione dei limiti di utilizzabilità della forma semplificata l'art. 117 c.p.a., che prevede un rito accelerato e impone la sentenza in forma semplificata per la definizione del rito sul silenzio (limitato all'accertamento dell'ob-

⁸⁴ Resa a proposito dell'art. 19 del d.l. 67 del 1997. Vi precisa in particolare il giudice delle leggi che la sentenza succintamente motivata deve comunque avere "*tutte le caratteristiche, per il tipo di cognizione piena e gli effetti, dell'ordinaria sentenza che chiude il processo, escluso ogni carattere di <procedura sommaria>*".

⁸⁵ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit. "*Talvolta una motivazione sciatta e sommaria indica che il giudice nel decidere era talmente convinto della bontà della sua conclusione, da considerar tempo perduto il mettersi a dimostrarne l'evidenza: come altra volta una motivazione diffusa ed accorata può rivelar nel giudice il desiderio di dissimulare a se stesso e agli altri, a forza di arabeschi logici, la propria perplessità*".

⁸⁶ Sull'esigenza che il potere del giudice sia sempre "*sottoponibile a verifiche logiche*" cfr. R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1990, 217.

bligato di provvedere e, al più, della fondatezza della pretesa sostanziale legata a un atto vincolato), ma, se interviene un provvedimento espresso o si inserisce una richiesta risarcitoria, ne impone il passaggio al rito ordinario, nel quale la decisione segue le regole generali, ovvero l'obbligo di dar conto di tutti i profili controversi. Non è evidentemente questa la sede per approfondire la coerenza del ricorso alla sentenza in forma semplificata anche per l'accertamento della fondatezza della pretesa. Ciò che emerge dal quadro normativo è però il limite della pronuncia, che, a norma dell'art. 74, è strettamente e rigorosamente legata alla possibilità, nel caso concreto, di definire il giudizio mediante un sintetico riferimento ad un "punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo"⁸⁷ o a un precedente conforme⁸⁸. La semplificazione si riferisce dunque ai profili trattati e non già alla motivazione, che, se deve sempre essere "concisa" (così l'art. 65 r. di procedura del 1907⁸⁹ e 3 e 88 c.p.a.) deve però ineludibilmente rendere in modo chiaro e preciso il pensiero logico seguito dall'organo giudicante: sentenza semplificata è cosa affatto diversa da sentenza ipersuccintamente motivata e, dunque, priva dell'apparato motivazione minimo per essere qualificata "sentenza".

Negli stessi termini, l'art. 49 c.p.a. prevede l'utilizzo della sentenza in forma semplificata per definire il giudizio senza procedere all'integrazione del contraddittorio.

L'art. 60 c.p.a., non ribadendo i presupposti di manifesta fondatezza, infondatezza, irricevibilità, inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso, non può all'evidenza essere letto come idoneo a svincolare la sentenza in forma "semplificata" dalla "semplicità" delle questioni trattate e dall'obbligo di dare comunque conto delle ragioni su cui si è fondata la decisione, in assenza della cui esternazione non sarebbe dato verificare il grado di approfondimento non meramente sommario della controversia imposto dal quadro costituzionale e dall'ordinamento democratico.

⁸⁷ La necessità di indicare il punto "ritenuto" risolutivo è eloquente circa l'assoluta indispensabilità di una decisione che renda comprensibili i propri *itinerari* logici, anche ai fini della loro eventuale contestazione nel giudizio di appello.

⁸⁸ La particolare delicatezza di decidere *se* un precedente sia conforme (si ricordi la pluricentennale prassi speculare del giudice di *common law*, che fa evolvere il diritto motivando sul perché un dato precedente *non* sia "conforme" - e necessiti quindi affermare regole progressivamente nuove), rende anche questo aspetto degno della massima attenzione nella pur stringata motivazione della sentenza *ex art.* 74 c.p.a. Nella prassi assai spesso la affermata "conformità" di precedenti richiamati in quella sede si rivela illusoria a un confronto critico fra le due vertenze.

⁸⁹ G. VACIRCA, *Riflessioni sulla forma delle sentenze e dei pareri*, in *Foro Amm.* 1982, 1616.

3.3. Il d.l. n. 90 del 2014 convertito nella l. n. 114 del 2014: l'obbligo di decidere sui contratti pubblici in forma semplificata e la contrazione degli scritti difensivi

La tematica è estremamente attuale dal momento che l'art. 40 del d.l. n. 90 del 2014, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”, convertito nella l.n. 114 dell'11 agosto, ha, com'è noto, illogicamente compresso i tempi (già molto rapidi)⁹⁰ di trattazione dei giudizi in materia di contratti pubblici, prescrivendone tra l'altro sempre e “comunque” la definizione in forma semplificata, a prescindere dalla complessità della causa e dalla valutazione che ne compia il giudice. Con l'ineliminabile effetto che, sganciata dalla semplicità della vicenda fattuale e delle questioni giuridiche affrontate, che costituisce inevitabilmente il *proprium* giustificativo della sentenza in forma semplificata e considerato che l'obbligo di chiarezza e sinteticità è già sancito per tutte le sentenze dagli artt. 3 e 88, la nozione di “sentenza in forma semplificata” utilizzata dalla novella si traduce, inaccettabilmente, in quella di sentenza ipersuccintamente motivata, incompatibile, per quanto sopra detto, con l'ordinamento costituzionale, europeo ed euro-unitario⁹¹.

Assolutamente irragionevole e sproporzionata (a fronte della complessità e rilevanza delle questioni affrontate e dell'esigenza di rispetto dei termini a difesa) è parimenti la nuova scansione temporale del rito, che dovrebbe vedere celebrata l'udienza di merito entro settantacinque dall'ultima notifica del ricorso (termine difficilmente conciliabile con il calendario delle udienze e con la necessità di contemperare le esigenze del processo sui contratti con quelle degli altri giudizi)⁹²⁹³.

⁹⁰ Attualmente, tra i 18 e i 24 mesi per entrambi i gradi di giudizio.

⁹¹ Si consideri, inoltre, il paradosso per cui la riduzione a zero della motivazione in concreto perseguita dal legislatore è “autofaga” nel sistema, nel senso che essa impedisce ai giudici di successive vertenze di fare credibile (e ragionevole) a precedenti “conformi” per motivare decisioni future.

⁹² A ciò si aggiunga che il limite dei carichi di lavoro che il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa fissa ai magistrati per ogni udienza di merito potrebbe costringere a lasciare spazi vuoti, che, in assenza di nuovi ricorsi, si risolverebbero in un irragionevole spreco di una risorsa già scarsa.

⁹³ Merita peraltro considerare che l'organo giudicante non è posto normalmente in grado di conoscere (neppure attivandosi con la massima diligenza a fare autonome ricerche presso il sito delle poste) la data di perfezionamento della notifica nei confronti delle parti diverse dal ricorrente alla quale il nuovo art. 120 co. 6 ancora il termine di fissazione dell'udienza.

Il legislatore è peraltro ben consapevole della oggettiva difficoltà che, alla data dell'udienza, sussistano tutte le condizioni di procedibilità del ricorso, tanto da precisare, nel successivo periodo, che *“In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni”*.

Al di là del semplicissimo rilievo che, considerato il suddetto limite dei carichi di lavoro, ogni rinvio (che per la rilevata insufficienza del primo termine sarà presumibilmente la regola) implicherà l'irragionevole spreco di una risorsa, rallentando per l'effetto la definizione di altri processi, il rimedio, come già immediatamente denunciato, è però all'evidenza inadeguato, atteso che l'arco temporale previsto è normalmente insufficiente ad attuare gli adempimenti istruttori e soprattutto a consentire l'integrazione del contraddittorio e la garanzia dei conseguenti diritti di difesa (deposito di documenti, memorie e repliche, eventuali motivi aggiunti e/o ricorsi incidentali sulle risultanze dell'istruttoria; costituzione in giudizio ed elaborazione delle difese da parte dei contraddittori originariamente pretermessi e relative repliche e ulteriori motivi di impugnazione emersi dalla produzione dei relativi scritti e documenti). In altri termini se, considerato anche il carattere ordinatorio del termine fissato dal primo periodo, la prima udienza sembra tendenzialmente destinata ad assolvere un ruolo “istruttorio” piuttosto che a definire effettivamente il giudizio (traducendosi perciò spesso in un “mero appesantimento dei ruoli” a detrimento degli altri giudizi), la previsione di un termine di soli trenta giorni per la celebrazione dell'udienza successiva, per la sua evidente inadeguatezza, incide negativamente sulla sostenibilità dell'intero apparato normativo.

A chiusura della nuova scansione temporale, lo stesso art. 40 ha aggiunto l'obbligo di pubblicazione della sentenza entro trenta giorni dalla celebrazione dell'udienza. Al di là del suo carattere meramente ordinatorio, la fissazione di un termine per il deposito della decisione costituisce un'importante novità, se si considera che l'art. 89 c.p.a. si limita a fissare un termine massimo per la redazione della sentenza (e non per il relativo deposito) e a prevederne una decorrenza dalla “decisione della causa”, che, nel silenzio della legge, può essere assunta in una camera di consiglio non immediatamente successiva all'udienza di discussione.

L'abbreviazione del termine di pubblicazione della sentenza è peral-

tro temperata dalla subordinazione della pubblicazione del dispositivo (anticipata, peraltro, a due giorni dall'udienza, contro i sette previsti dall'art. 119 c.p.a. per gli altri riti speciali) ad apposita richiesta di parte anche nei giudizi dinanzi al TAR.

Pur considerando che, diversamente da quelli imposti alle parti, i termini per la fissazione delle udienze e per la pubblicazione dei provvedimenti dei giudici non hanno carattere perentorio, è da ritenere che il rischio che la relativa inosservanza possa essere presa in considerazione per la valutazione della diligenza dei magistrati spingerà a cercare di rispettarli, con evidenti riflessi negativi sulla qualità del sistema processuale e, per l'effetto, sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Nella vana e tristemente utopistica illusione di far comprendere la concreta insostenibilità delle nuove tempistiche, inconciliabili con un giudizio che normalmente e connaturalmente richiede la disamina di un'ampia produzione documentale e si arricchisce strada facendo di nuove domande e nuovi motivi di impugnazione, mi ero immediatamente data carico di evidenziarne in diverse sedi (scientifiche e istituzionali) le numerose incoerenze, cercando di proporre alcuni possibili aggiustamenti⁹⁴.

L'unico effetto delle critiche mosse da più parti alla scelta di sacrificare l'adeguato approfondimento di vicende che, come purtroppo ci insegna la cronaca, hanno spesso implicazioni di carattere penale, è stato però il rimedio, ancora peggiore del male, della prevista individuazione di un numero limite di pagine degli scritti difensivi all'interno delle quali dovrebbero essere contenute tutte le "questioni" sulle quali i giudici avrebbero l'obbligo di pronunciarsi. Per tutte le altre questioni che l'illegittimo (e magari anche illecito) operato delle Stazioni committenti richiederebbe di sollevare, il diritto di difesa dovrebbe essere immolato sull'altare della accelerazione temporale (!).

In altri termini, la presa di coscienza di una compressione dei tempi processuali evidentemente incompatibile con un'adeguata cognizione e valutazione di tutte le questioni potenzialmente prospettabili, spesso oggettivamente complesse anche sul piano fattuale, invece di indurre, come

⁹⁴ *Inter alia*, M.A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it e in *Foro amm.*, 2014; *Audizione* alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati in data 10 luglio 2014; *Incontro* di studio presso l'Università di Roma TRE del 14 luglio 2014. In senso critico sull'art. 40, cfr. anche M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in www.giustamm.it, e in *Foro amm.*, 2014

sarebbe stato ragionevole ritenere, ad una sostanziale riscrittura del testo in termini più coerenti con le esigenze di uno Stato di diritto, ha indotto a sacrificare un diritto incompressibile.

L'unica preoccupazione avvertita dal Parlamento e dal Governo sembra essere stata dunque, e lo dico con grandissimo rammarico, quella di non aggravare, o, meglio, di alleviare il maggior carico di lavoro derivante ai magistrati dalle richiamate misure acceleratorie e, in una compromissoria strategia di "bilanciamento" con le riforme *in itinere*, di limitarne i rischi di responsabilità per omessa pronuncia. La soluzione trovata in sede di conversione dà tristemente prova che non vi è stata la convergenza di forze (mi riferisco a quelle della magistratura, ma anche a quelle delle avvocature degli enti pubblici, evidentemente distratte dall'esigenza di far fronte ai problemi particolari che il decreto sollevava per i rispettivi ordinamenti) che la rilevanza del tema avrebbe richiesto, nell'interesse superiore della Giustizia, essa sì bene irrinunciabile della vita.

I nuovi giudizi in materia di contratti pubblici, che, in assenza di apposite disposizioni dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa, non si andranno ad aggiungere al carico massimo di lavoro rigidamente predefinito per ogni magistrato, non soltanto determineranno inevitabilmente un ulteriore rallentamento nella definizione dei processi c.d. "ordinari", già relegati in binari a scartamento ridotto dalle disposizioni acceleratorie dei giudizi di maggiore rilevanza economica e politica (art. 119 c.p.a.) con buona pace del tanto conclamato principio di ragionevole durata del processo, ma costituiranno a questo punto una facile risorsa per aumentare l'apparenza di produttività a discapito della buona ed effettiva Giustizia.

Non occorre però un grande apparato teorico per rendersi conto che il decreto al quale il legislatore ha demandato l'ingrato compito di circoscrivere il diritto di difesa – per il quale ci si affida alle conclamate doti di saggezza e di equilibrio del Presidente Giovannini, tenuto soltanto a "sentire", senza alcuna valenza vincolante, il Consiglio Nazionale Forense, l'Avvocato Generale dello Stato e le "associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti" – si troverà a fare sin da subito i conti con il diritto euro-unitario, che impone la disapplicazione delle norme interne in contrasto con i propri principi. Non sembra infatti dubbio che, in un giudizio che, diversamente da quello davanti ai giudici dell'Unione Europea, non si esaurisce in una risposta a un quesito di diritto, ma impone un'attenta valutazione delle circostanze fattuali e delle

prove documentali, una lettura della cennata disposizione nel senso di consentire la definizione di limiti spaziali che non tenga adeguatamente conto delle possibili complessità delle controversie, la vedrebbe in insuperabile contrasto con l'ordinamento dell'Unione, con l'effetto di imporre l'integrale disapplicazione, a pena di ulteriori gravissime, responsabilità del nostro Stato.

Per non cadere in facili confusioni concettuali, nel ricordare che la Corte di giustizia comunque impone ai giudici remittenti una puntuale ricostruzione della vicenda di cui è causa⁹⁵, merita infatti chiarire che nessuna norma dell'Unione costringe il diritto di difesa in un numero prestabilito di pagine, che gli organi euro-unitari si limitano soltanto a "raccomandare" espressamente consentendone la deroga "*in casi particolarmente complessi in diritto o in fatto*", mai ipotizzando di correlare al mancato rispetto di tale raccomandazione una sanzione economica, né tanto meno di circoscrivere alle sole questioni affrontate nello spazio indicato l'obbligo di pronuncia⁹⁶.

A ciò si aggiunga, e trattasi a ben vedere di considerazione dirimente, che nel processo euro-unitario il limite dimensionale degli scritti difensivi, oltre ad essere bilanciato da un ampio tempo di discussione orale, preceduto da una Relazione, ben lungi dall'essere finalizzato a rendere sostenibile una definizione irragionevolmente iperaccelerata, trova una ben precisa ragion d'essere nell'esigenza di contenere i costi economici delle traduzioni in tutte le lingue dei componenti della Commissione: un problema che, evidentemente, non si pone nel nostro processo, nel quale dunque l'obbligo incondizionato di "abbreviazione", tanto degli scritti difensivi, quanto delle pronunce, si traduce in mero detrimento della Giustizia.

Di più.

I criteri che il legislatore demanda al Presidente dello stesso Consiglio di Stato di applicare sono all'evidenza inapplicabili, quando si consideri che (i) è sostanzialmente impossibile predefinire con certezza i casi di deroga (quando, cioè "*per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti*") e, nei tempi brevissimi delle difese, è all'evidenza impensabile un sistema di autorizzazione/regolarizzazione *ex ante*, (ii) il

⁹⁵ CGUE, 11 marzo 2011, *Attanasio*, in C-384/08.

⁹⁶ Cfr. Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado, "*Istruzioni pratiche alle parti*", in GUCE 4 aprile 2002, le istruzioni della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale in GUE 28 maggio 2011.

“*valore effettivo della controversia*” è di assai difficile predefinizione, tenendo conto che anche un appalto di modesto valore può essere decisivo per la sopravvivenza di un’impresa, (iii) è addirittura impossibile predefinire i “*diversi interessi sostanzialmente perseguiti*” (espressione per sua natura fortemente incerta) e (iv) non minore difficoltà presenta, com’è ovvio, la differenziazione preventiva dei limiti delle pagine sulla base della “*natura tecnica*”. È poi certo che lasciare l’individuazione dei limiti all’esercizio di un diritto fondamentale come quello di difesa alla valutazione discrezionale dei singoli collegi (per quanto si possa confidare nel loro “buon senso”) contrasta con il principio di prevedibilità delle conseguenze dei propri comportamenti (principio di certezza del diritto), oltre che con il principio di uguaglianza, che, nuovamente, assumono ancora più alta valenza quando si riferiscano alla tutela giurisdizionale.

Sembra inoltre appena il caso di precisare che i) “*le intestazioni e le altre indicazioni formali dell’atto*” sono soltanto il *minimum* da escludere, nulla evidentemente ostando a che il decreto, alla luce di una lettura coerente con il quadro costituzionale ed europeo, escluda dal computo tutte le parti diverse dalla prospettazione delle questioni e dunque, *in primis*, la descrizione del fatto; ii) la decisione del collegio di ammettere pagine ulteriori e comunque la pronuncia sulle questioni trattate in pagine “ulteriori” rispetto a quelle indicate, non può in ogni caso costituire motivo di impugnazione.

Come già rimarcato in altra sede⁹⁷ non vi è poi chi non veda l’intrinseca contraddittorietà di un sistema che, per un verso, si preoccupa di riconoscere alle Autorità indipendenti (Antitrust e ART) autonomi poteri di legittimazione per la tutela dell’interesse generale alla concorrenza e di istituire un’apposita Autorità di garanzia contro la corruzione e, per altro verso, indebolisce sensibilmente la tutela giurisdizionale contro gli atti assunti in violazione delle regole di affidamento degli appalti pubblici, il cui rispetto dovrebbe assicurare la massima apertura alla concorrenza ed arginare il fenomeno corruttivo.

L’assoluta irragionevolezza delle nuove regole è aggravata dalla oggettiva difficoltà che, con l’attuazione del processo telematico, i magistrati avranno ad esaminare con la necessaria attenzione l’ampia documentazione che solitamente supporta i giudizi sui contratti pubblici; ciò che avrebbe reso viepiù utile la riproduzione dei suoi passaggi essenziali negli scritti difensivi.

⁹⁷ M.A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura*, cit.

3.4. *Il valore della motivazione della sentenza*

L'ambito più generale di queste riflessioni impone qualche ulteriore riflessione sul tema della motivazione della sentenza: un problema che, se, per quanto appena detto, è aggravato per le controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici, non è evidentemente limitato a questi ultimi.

In un recentissimo volume significativamente dedicato a *“Il processo senza modello tra tempo e tutela”*, E.M. Marengi, nel constatare, come, già prima del d.l. 90, i riti accelerati e le decisioni in forma semplificata fossero ormai divenuti un modulo ordinario alternativo del processo amministrativo, con il deprecabile effetto di rallentare la definizione di tutte le altre controversie, per le quali il tempo del processo perde quindi necessariamente ogni valore, osserva invero correttamente che *“nel processo breve c'è, quantomeno, un'attenuazione del rigore dell'istruttoria piena”* e che non ci si può sentire garantiti dal giudizio di maturità rimesso alla difesa del privato, che deve essere semplicemente *“sentita”*, senza alcun diritto di chiedere comunque l'istruttoria (che non è contemplata tra le ipotesi di rinvio) e che in ogni caso, nella fase cautelare, a cognizione minore, non sarebbe in grado di *“decidere sull'inutilità di un'istruttoria virtuale, successiva, rispetto alla quale possa virtualmente ipotizzarsi che un'istruttoria rigorosa possa dare di più”*.

Da qui la (giusta) critica dell'A. all'identificazione del giusto processo nel processo semplificato, che porta comunque rapidamente a un risultato, a costo della rinuncia alla garanzia del diritto alla difesa, all'istruttoria e all'effettività della tutela.

E si è già detto che queste considerazioni, vere per qualunque processo, sono ancora più vere per il processo amministrativo, nel quale si compongono gli interessi pubblici e si assumono decisioni che hanno ricadute sull'intera collettività.

Accanto al sacrificio del diritto della difesa, l'irragionevole e sproporzionata “accelerazione” del processo amministrativo determina infatti la perdita di una irrinunciabile modalità di garanzia della “buona amministrazione”.

Non solo.

Il giudice speciale e altamente professionalizzato che la Costituzione ha deputato alla garanzia della “giustizia nell'amministrazione” perde la sua fondamentale ragion d'essere se non è posto più in grado di svolgere questa fondamentale missione, riducendo il suo ruolo a quello di un di-

spensatore di soluzioni “a primissima lettura”, all’evidenza incompatibili con la richiamata funzione extraprocessuale di conformazione del futuro comportamento dei pubblici poteri, esplicabile soltanto attraverso una chiara e giustificata esternazione della *regola juris* applicabile in presenza di date fattispecie e di date condizioni.

La speciale rilevanza che assume la motivazione della sentenza amministrativa è messa molto chiaramente in luce in un noto saggio di Antonio Andreani del 1986⁹⁸, il quale pone in luce come l’estrema interdipendenza nel giudizio amministrativo tra dispositivo (che si limita a disporre l’accoglimento, il rigetto o l’inammissibilità/improcedibilità del ricorso) e la motivazione (sulla quale si forma il giudicato⁹⁹) implica non soltanto che è quest’ultima a definire la possibile disciplina del nuovo esercizio del potere e a individuare i modi e l’ambito dell’efficacia prescrittiva del giudicato, ma anche che essa costituisce strumento necessario per decodificare e verificare l’attendibilità della decisione dispositiva, potendone determinare la modifica proprio sulla base della maggiore o minore forza persuasiva degli argomenti rappresentati dall’estensione. La modificabilità della decisione prima della sua pubblicazione dimostra che il <giudizio> si forma in realtà sulla motivazione e che è solo con l’approvazione di questa che si esprime davvero la collegialità, confermando l’intuizione avuta col dispositivo¹⁰⁰. Chiarissima in proposito la definizione di Francesco Carnelutti¹⁰¹ secondo cui la motivazione è la “*prova logica per controllare al lume della ragione la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la razionalizzazione del senso di giustizia*”: amputarla significa dunque trasformare il processo nell’invocazione di un oracolo.

Ed invero, come chiarito da uno dei massimi studiosi della sentenza civile¹⁰², “*la motivazione non è quasi mai riconducibile al modello semplicistico del sillogismo. Il modello largamente prevalente è fortemente strutturato e consiste in una concatenazione di punti decisi e giustificati singolarmente con argomenti dotati di forma logica, tali da far apparire la decisione finale come il prodotto del ragionamento ordinato e inteso a dimostrare la validità della decisione*”.

⁹⁸ A. ANDREANI, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 1986, 5 ss.

⁹⁹ F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, cit.

¹⁰⁰ A. ANDREANI, cit.. V. anche S. EVANGELISTA, *Motivazione (della sentenza civile)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, 174.

¹⁰¹ F. CARNELUTTI, *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 88.

¹⁰² M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *La sentenza in Europa, metodo, stesura e stile*, Padova 1988, 196.

Il parametro per valutare l'adeguatezza è dunque costituito dalle esigenze di giustificazione della statuizione, che variano da caso a caso, ma mai possono risolversi in mere asserzioni¹⁰³. Anche in ragione della richiamata funzione extraprocessuale di controllo democratico dell'operato dei giudici, è stato quindi sottolineato che “*La motivazione deve fornire tutti gli elementi perché ex post e al di fuori del processo chiunque sia posto in grado di comprendere e valutare la ragione per cui la sentenza si presenta come un valido esercizio del potere giurisdizionale*”. Emerge, in altri termini, l'esigenza primaria di completezza della motivazione, indispensabile per assicurare quella che è stata definita come *maximale Diskutierbarkeit* della decisione giurisdizionale¹⁰⁴. Ed è significativo che, nel 1998 Giuseppe Barbagallo scriveva che “*un pubblico colto di non esperti, leggendo una buona parte delle decisioni del Consiglio di Stato, dovrebbe essere in grado di capire la questione, la soluzione e le ragioni di essa*”¹⁰⁵.

3.5. Suggestimenti per migliorare l'efficienza senza incidere sulla qualità del processo

Ferma la necessità di rimodulare la tempistica processuale disegnata dall'art. 40 del d.l. 90 (e dalla relativa legge di conversione) in modo più coerente con la scansione dei termini a difesa previsti dal Codice, palesemente incompatibili con i tempi indicati dal suddetto articolo per la definizione del giudizio, soprattutto nell'ipotesi, che diventerà prevedibilmente la regola, di rinvio dell'udienza, ci sono sicuramente modi più consoni per assicurare tempi processuali mediamente adeguati, bilanciando il diritto ad un giudizio rapido con quello ad una decisione “giusta” (i.e. ragionata e ponderata sulla base di un'adeguata istruttoria e dunque di adeguata difesa).

Nel 2007 Ferruccio Auletta ha pubblicato un interessante studio sull'argomento¹⁰⁶, sottolineando, già allora, come la giustizia amministrativa sia tendenzialmente rapida e come essa, pur avendo arretrato – es-

¹⁰³ Significativa, sull'esigenza che la motivazione dia conto di un controllo giurisdizionale non soltanto formale, ovvero limitato al richiamo degli argomenti già sostenuti dall'amministrazione, l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel giudizio della Corte EDU nella nota causa Menarini Diagnostic c. Italia del 2010.

¹⁰⁴ M. TARUFFO, *op. cit.*, 190.

¹⁰⁵ G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 256.

¹⁰⁶ F. AULETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 967 ss.

senzialmente in primo grado –, in realtà da tempo non ne produca. La similitudine proposta era infatti quella di una vasca piena sulla quale viene versato, nello stesso tempo in cui viene tolto il tappo dal fondo, una portata di acqua in quantità esattamente corrispondente, nell'unità di tempo considerata, a quella che defluisce. Il livello dell'acqua resta uguale, ma ciò non consente di garantire che il tempo di permanenza sia uguale al rapporto afflusso/deflusso e che sia uguale per ciascuna molecola presente nella vasca.

Ne dovrebbe conseguire che, una volta eliminato l'arretrato, l'unico vero ostacolo alla ragionevole durata del processo è costituito proprio dalla eccessiva accelerazione di alcuni giudizi, che, concentrando l'attenzione dei giudici su di essi, inevitabilmente costringe a tralasciare gli altri.

La percentuale dei processi amministrativi nell'ambito di quelli che la CEDU ha segnalato al Governo italiano come eccessivamente lunghi è comunque decisamente bassa.

In termini generali, per i giudizi c.d. *priority* la Corte di Strasburgo ha invero individuato come ragionevole una durata di ca 2 anni (tendenzialmente rispettati dal rito speciale sui contratti pubblici e da quelli "accelerati" di cui all'art. 119 c.p.a.) e per gli altri ha sanzionato giudizi protratti oltre 5 anni.

Nell'ordinamento interno, il d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012, intervenendo sul testo della l. n. 89/2001, ha stabilito che "*si considera rispettato il termine ragionevole (omissis) se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità*", con la precisazione che si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni (normalmente più che rispettato nel giudizio amministrativo). Quanto al momento iniziale di decorrenza del calcolo, componendo un precedente contrasto giurisprudenziale, il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella l. n. 133/2008), all'art. 54, co. 2, come poi modificato a seguito del c.p.a. e del relativo primo correttivo, ha disposto che la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo, in cui si assume essersi verificata la violazione, non è stata presentata l'istanza di prelievo (ovvero di sollecita trattazione), né con riguardo al periodo anteriore alla sua presentazione.

Nel ricordare che la prima strada per migliorare l'efficienza della giurisdizione amministrativa sarebbe (a parte quella – sicuramente necessaria – di un opportuno aumento delle risorse) il miglioramento della qua-

lità della legislazione e dell'amministrazione¹⁰⁷, si segnala peraltro che nell'ultima Relazione di apertura dell'anno giudiziario, il Presidente Giovannini ha rilevato che il problema dell'arretrato è stato notevolmente ridimensionato, non soltanto dalle norme sulla prescrizione dei ricorsi ultraquinquennali, ma anche e soprattutto dalla riduzione del contenzioso determinata dalla crisi economica e dallo spropositato aumento del contributo unificato (significativamente sottoposto nel gennaio scorso al vaglio della Corte di Giustizia¹⁰⁸), al quale il legislatore continua ad aggiungere ingiusti inasprimenti della condanna alle spese¹⁰⁹.

In più, a fronte della già ricordata introduzione di un complesso sistema di determinazione del carico di lavoro massimo (in termini di ricorsi definiti nel merito) per ciascun magistrato, è stato recentemente introdotto un meccanismo straordinario di riduzione dell'arretrato che, prevedendo compensi aggiuntivi per i magistrati che decidano volontariamente di darsene carico, dovrebbe garantirne il rapido smaltimento, con conseguente garanzia del rispetto di un ritmo "ragionevole" di durata di tutti i nuovi processi, allo stato, come già detto, ingiustamente ostacolato dalla creazione di corsie superaccelerate per alcune materie.

Un'ulteriore facilitazione del lavoro dei collegi giudicanti dovrebbe poi derivare dall'attività del Servizio studi istituito presso il Consiglio di Stato, con il precipuo compito, tra l'altro, di curare lo studio normativo, dottrinario e giurisprudenziale delle questioni giuridiche e socio economiche, di rilevante importanza per la Giustizia Amministrativa, anche su richiesta dei Presidenti degli organi giudicanti, di esaminare e segnalare la giurisprudenza sulle questioni di rilevanza costituzionale e euro unitaria, e comunque sulle questioni di maggiore rilievo per la giustizia amministrativa. Attualmente il Servizio non svolge un'attività di ricerca dei precedenti per gli organi giudicanti (analoga a quella svolta dall'Ufficio Massimario presso la Corte di cassazione), ma esso potrebbe essere chiamato a farlo, agevolandone la preparazione delle decisioni.

Ancora.

Non è certamente questa la sede per affrontare tematiche organizzative e ordinamentali della magistratura amministrativa, ma, prima di arrivare ad assumere misure drasticamente ed ingiustamente riduttive del

¹⁰⁷ Cfr. P. DE LISE, *Un giudice per l'economia*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 75 ss.

¹⁰⁸ TRGA del Trentino Alto Adige, Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23.

¹⁰⁹ Mi si consenta di rinviare sul punto a M.A.SANDULLI, *Le misure di deflazione*, cit. e alle già ricordate critiche all'art. 40 del d.l. n. 90 del 2014.

diritto di difesa, e ferma la giusta sanzione pecuniaria di scritti pedissequamente riproducibili di atti e documenti già prodotti (sempre che non virgolettati o altrimenti distinti dalle nuove difese), il principio di proporzionalità impone di verificare se, effettivamente, tutti gli organi giurisdizionali amministrativi abbiano un carico di lavoro incompatibile con la lettura in tempi “ragionevoli” (si è già detto che quelli del d.l. 90, per la loro eccessiva compressione, non sono comunque tali) di atti difensivi giustificatamente (i. e “ragionevolmente”) ampi e complessi, ovvero se, attraverso una rivisitazione delle Sezioni e Sottosezioni oggi esistenti nei diversi Tribunali alla luce del carico complessivo “reale” di ciascun collegio e di ciascun giudice, sia possibile una redistribuzione dei magistrati o una loro provvisoria assegnazione a sedi più “sguarnite”. Tanto più che spesso i magistrati amministrativi non risiedono nella sede dove prestano servizio e non avrebbero quindi difficoltà logistiche a supportare il lavoro di altre sedi. Si consentirebbe in tal modo di “sgravare” le Sezioni più onerate, evitando, per un verso, ai magistrati che vi sono addetti di dover assumere, sia pure con apposita retribuzione, carichi straordinari e, per l’altro, di costringerne le pronunce e le valutazioni in margini incongrui e incoerenti con il ruolo di primaria garanzia della cosa pubblica che essi sono chiamati a svolgere.

Ma, più agevolmente, i collegi potrebbero sin da ora fare un migliore utilizzo di alcuni strumenti previsti dal Codice: mi riferisco in particolare all’integrazione del contraddittorio e all’espletamento dell’istruttoria (anche e soprattutto attraverso l’ordine di immediato deposito di atti e documenti) in occasione della trattazione dell’istanza cautelare e alla verifica della sussistenza di eventuali cause di manifesta inammissibilità, improcedibilità o infondatezza prima di disporre l’integrazione del contraddittorio (come espressamente previsto dall’art. 55 e dall’art. 49).

Purtroppo avviene invece ancora frequentemente che, nonostante la trattazione dell’istanza cautelare, soltanto in occasione dell’udienza di merito, il Collegio rilevi esigenze di integrazione del contraddittorio o di acquisizione di documenti già facilmente riscontrabili al primo esame del fascicolo. Per non dire dei casi, per fortuna più rari, ma comunque verificatisi (talvolta anche nei riti abbreviati), in cui soltanto all’udienza di merito in grado di appello venga constatata la mancata trasmissione del fascicolo d’ufficio da parte del TAR, con inutile dispendio di uno “spazio” dedicabile ad un’altra controversia.

Nella stessa linea, una possibile misura di accelerazione processuale potrebbe essere quella di ridurre i termini per il deposito degli atti impu-

gnati e di quelli ad essi presupposti da parte delle Amministrazioni resistenti (oggi fissati in 60 e nei giudizi abbreviati in 30 giorni dalla notifica, con ulteriore incongruenza delle tempistiche imposte dal d.l. 90!) e di affidare (a turno) ad un magistrato (aiutato magari da uno stagista) la verifica del relativo rispetto, con espressa previsione di una sanzione in caso di inosservanza.

Questi (ed altri) semplici accorgimenti potrebbero ridurre frequenti ragioni di rinvio delle udienze.

A questo proposito, si ricorda che una causa rilevante di rallentamento dei tempi processuali è dovuta alle istanze di rinvio presentate dalle stesse parti, che, se hanno il potere di attivare e far perimere il giudizio, non hanno la disponibilità della sua gestione, che resta affidata al prudente apprezzamento del giudice in considerazione dei molteplici interessi pubblici e privati coinvolti nel rapporto controverso¹¹⁰. Anche su tale profilo è possibile intervenire, ad esempio, limitando a casi eccezionali l'accoglimento delle richieste di rinvio delle udienze di merito presentate in tempo tale da non consentire l'inserimento di un altro ricorso in luogo di quello rinviato. In quest'ottica, il Presidente dovrebbe però pronunciarsi sulla richiesta quando essa gli viene presentata, abbandonando la prassi di rinviarne la decisione all'udienza, prassi che, oltre ad allungare i tempi della nuova fissazione, potrebbe, stante il ricordato limite dei carichi di lavoro, avere ancora una volta l'inevitabile effetto di "sprecare" una risorsa.

In altri termini, pur a voler ammettere che il tempo del processo possa avere un valore tale da giustificare il sacrificio di altri interessi, non vi è dubbio che la compressione del diritto di difesa (e, indirettamente, nel processo amministrativo, del diritto a una buona amministrazione) deve essere davvero l'*ultima ratio*, proponibile soltanto quando non sia possibile raggiungere il risultato attraverso alcun altro strumento.

Indicazioni sicuramente utili possono trarsi a questo riguardo dalla *check list* della già richiamata Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) che, come è facile intuire, rappresenta la fonte più autorevole per la stima delle condizioni di efficienza della funzione giudiziaria nazionale. Essa ha formulato alcune prescrizioni idonee a garantire certezza e prevedibilità della durata complessiva del processo nella prospettiva dell'utente che potrebbe essere utilizzata anche nel nostro processo¹¹¹.

¹¹⁰ R. CAPONIGRO, *Il tempo*, cit., 45.

¹¹¹ La stessa CEPEJ ha elaborato nel 2006 alcune "best practices" per definire gli

Con specifico riferimento ai già criticati limiti quantitativi degli scritti difensivi, sembra infine piuttosto preferibile valorizzare una proposta emersa qualche tempo fa in seno al Consiglio di Stato sull'opportunità di richiedere un *abstract* delle difese più complesse e articolate, idoneo peraltro ad una migliore focalizzazione dell'intero Collegio sulle questioni affrontate.

3.6. La necessaria riappropriazione del "ruolo" della giustizia amministrativa

Mi si consenta, in chiusura, una considerazione di carattere più generale.

Il primato del mercato e dell'economia non deve costringerci ad abdicare ai nostri valori. La magistratura amministrativa deve essere un punto di forza e di orgoglio del nostro Paese e non possiamo accettare di vederla svilita. Con la conseguenza che i suoi migliori esponenti sono spinti a cercare soddisfazione in altri sbocchi e i giovani sono indotti a concepire l'accesso alla categoria come un trampolino di lancio per altre carriere o professioni.

In un momento delicato come quello che stiamo attraversando, le categorie di più alta professionalità devono fare ogni sforzo per offrire al Paese tutte le loro potenzialità, poiché come ben segnalava Indro Montanelli criticando il nostro individualismo, l'interesse e il benessere del singolo non hanno alcun valore senza il benessere e l'interesse della collettività. I professori universitari hanno visto raddoppiare il loro impegno didattico e accademico senza miglioramenti stipendiali e anzi con una riduzione dei loro emolumenti. Molti giovani valorosi si impegnano nella didattica e nella ricerca con l'unica gratificazione di seguire i loro docenti e gli studenti e di partecipare al dibattito scientifico. Per i magistrati questo sforzo deve consistere nel concentrare le proprie energie nel loro lavoro e nell'offrire il miglior "servizio giustizia" con un più razionale sfruttamento delle forze a propria disposizione, dando e traendo incentivo e soddisfazione dal migliore svolgimento della propria alta funzione, in termini di qualità della tutela offerta. E la comunità scientifica e il mondo professionale hanno il dovere di supportarli attraverso

standards ottimali dei diversi tipi di processo e assicurarne il rispetto, che potrebbe essere preso in considerazione anche nel nostro sistema.

un'opera di apprezzamento e di diffusione delle migliori pronunce (i.e. più chiaramente giustificate).

Perché ciò avvenga e perché i giudici possano tornare a sentirsi gratificati dall'esercizio dei propri compiti istituzionali, essi non possono essere costretti a trasformare la giustizia in una macchina per decisioni rapide e semplificate.

Le modalità per garantire un tempo ragionevole del processo devono anche per questa ragione essere cercate in altri strumenti.

4. *Il tempo del processo e le nuove tecnologie*

La riflessione sul tempo del processo non può sotto altro profilo trascurare le implicazioni che sullo stesso hanno le nuove tecnologie.

Mi riferisco in particolare, ma evidentemente non soltanto, all'utilizzo di strumenti come la pec, il fax e la firma digitale.

Su un piano strettamente pratico, se è vero infatti che l'uso dei computer e delle stampanti ha favorito e favorisce la redazione di atti difensivi più ampi, è altrettanto vero che, per un verso, la stessa agevolazione tecnologica vale per i magistrati nella redazione delle sentenze e nel reperimento delle fonti e dei precedenti e, dall'altro, che, attraverso la trasmissione degli scritti e dei documenti anche in forma telematica i giudici sono sicuramente facilitati nella descrizione del fatto e nella riproduzione di alcune tesi in diritto.

Lo scambio via mail dei testi degli atti giudiziari tra i membri del collegio e la possibilità di intervenire sugli stessi con lo strumento delle "revisioni" e di apporvi la firma in modalità digitale dovrebbe inoltre notevolmente ridurre tempi di redazione e di deposito delle pronunce.

Come ho già vanamente cercato di segnalare, nel processo amministrativo, che vede sempre, come parte, almeno una pubblica amministrazione, occorrerebbe rimodulare gli orari delle comunicazioni a mezzo pec o fax. Gli uffici pubblici, anche per ragioni economiche, hanno orari di apertura e chiusura estremamente rigidi. La possibilità di perfezionare la notifica (mediante lo strumentale utilizzo di tali strumenti negli orari di chiusura) anche al di fuori degli orari di lavoro degli uffici si risolve dunque in un ingiusto vantaggio per le altre parti, con evidente lesione del principio di parità delle armi che costituisce ulteriore imprescindibile corollario del giusto processo. Sarebbe pertanto necessario adattare gli orari indicati dall'art. 147 c.p.c., stabilendo che nel processo amministra-

tivo e, comunque, nei giudizi che vedono come parti le pubbliche amministrazioni, le comunicazioni e le notifiche effettuate a mezzo pec o fax nei giorni festivi e oltre le ore 18 dei giorni feriali devono intendersi perfezionate per il ricevente alle ore 8 del primo giorno feriale successivo.

Spero di avere correttamente interpretato il tema affidatomi e di avere offerto un minimo contributo a un tema che, come ho anticipato in apertura, è estremamente delicato e complesso.

I NUOVI DIRITTI
E L'IDENTITÀ BIOLOGICA

SOMMARIO: 1. L'emergere del nuovo diritto all'identità biologica. – 2. Contenuti del diritto all'identità biologica – 3. L'identità biologica: vero diritto o semplice desiderio? – 4. Il diritto all'identità biologica e il suo fondamento normativo. – 4.1. *Segue*: l'identità biologica come espressione dell'identità personale. – 4.2. *Segue*: il fondamento normativo del diritto all'identità biologica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. L'identità biologica nel bilanciamento dei diritti: diritto assoluto o diritto limitabile? – 5.1. *Segue*: diritto all'identità biologica e bilanciamento in caso di parto anonimo. – 5.2. *Segue*: diritto all'identità biologica e bilanciamento in caso di fecondazione eterologa.

1. *L'emergere del nuovo diritto all'identità biologica*

All'interno della sempre più vasta e controversa gamma dei “nuovi diritti” o “diritti di nuova generazione”¹, nell'arco dell'ultimo decennio, anche in Italia si sta affermando in maniera preponderante un particolare e specifico diritto: il diritto del figlio alla c.d. “identità biologica”². Si

¹ In dottrina tra i numerosi contributi relativi alla tutela dei nuovi diritti si vedano, in particolare, le diverse posizioni di A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, in G. BRANCA (a cura di), Bologna 1975, 50 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova 2003, 20 ss.; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1982, 501; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2002, 138 ss. Si veda, altresì, A. BARBERA, “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino 2004, 19 ss.

² Diritto che nella maggior parte degli altri ordinamenti si è affermato e sviluppato in tempi più rapidi rispetto all'Italia. Per l'analisi dell'evoluzione di alcuni ordinamenti, quali la Spagna, l'Inghilterra, la Svezia, il Canada, gli Stati Uniti, dove il diritto alle origini è ampiamente garantito, C. ALLOERO, *L'accesso alle informazioni sulle origini nei principali paesi di accoglienza dei minori stranieri adottati*, in R. PREGLIASCO (a cura di), *Alla ricerca delle proprie origini*, Roma 2013, 97 ss. Analizza l'evoluzione che ha caratterizzato

tratta, in altre parole, del diritto del singolo di conoscere le proprie origini genetiche laddove le stesse non siano di per sé note e certe, come nel caso dell'adozione o comunque di un rapporto di filiazione che, per diverse ragioni, non risulti "tradizionale" dal punto di vista biologico (e si pensi, ad esempio, all'ipotesi della fecondazione eterologa o a quella dei figli nati fuori dal matrimonio³).

La tematica, già oggetto di discussioni negli anni passati, ha, infatti, assunto nel nostro ordinamento nuova ed ulteriore importanza a fronte di alcune recenti pronunce giurisprudenziali che hanno posto tale pretesa in una posizione di primo piano. Il riferimento è chiaramente alla sentenza *Godelli c. Italia* in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la normativa italiana sul c.d. "parto anonimo" non operi un corretto bilanciamento tra il diritto della madre a mantenere l'anonimato ed il diritto del figlio naturale a conoscere le proprie origini biologiche⁴; nonché alla successiva sentenza n. 278 del 2013 in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della suddetta legge «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...]

altri ordinamenti, altresì, J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *NGCC*, 2004, 284 ss. Sull'affermarsi dei nuovi diritti in campo genetico S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. Critica del Diritto privato*, 2000, 571 ss.

³ A cui si potrebbero aggiungere anche altre ipotesi, come quelle dei minori abbandonati o allontanati dalla famiglia d'origine che non siano poi mai stati adottati. Evidenza come il diritto a conoscere le proprie origini non riguarda soltanto il soggetto adottato ma ogni persona che, per varie ragioni, reclami l'esigenza di apprendere l'identità dei propri genitori naturali M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. It.*, 2001, 1768 ss.

⁴ Cfr. Corte EDU, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012. Sulla quale, tra i molti, M. CERASE, *Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; D. PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it; D. BUTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in www.forumcostituzionale.it; A. MARGARIA, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana*, in *Minorigiustizia*, 2013, 340 ss.; G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contenimento*, in www.juscivile.it, 2013, n. 4.

– su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»⁵.

Non da ultimo, il tema delle origini è destinato ad acquisire ulteriore importanza a seguito della sentenza n. 162 del 2014 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40 del 2004. Anche in questo caso sono del tutto evidenti le strette implicazioni con la previsione o meno di un diritto del nascituro a conoscere le proprie reali origini, laddove egli sia frutto di donazione di gamete (spermatozoo od ovulo) esterno alla coppia.

Alla luce di queste considerazioni, il presente studio si propone l'obiettivo di meglio inquadrare tale diritto, dai suoi profili contenutistici, alla sua possibile configurazione quale diritto fondamentale, all'individuazione di un suo eventuale fondamento normativo all'interno del testo costituzionale, al suo non sempre facile bilanciamento con altri diritti/interessi del pari (se non più) meritevoli di tutela e riconoscimento. Come noto, infatti, ogni qual volta si voglia attribuire ad una certa posizione giuridica la qualifica di diritto fondamentale, e come tale si pretenda che la stessa venga trattata, inevitabilmente si pone l'esigenza di contemperare tale diritto con la presenza di altre posizioni giuridiche ad esso contrapposte, in un'opera di bilanciamento e componimento di non sempre facile realizzazione e con il grave rischio di giungere ad una «banalizzazione dei diritti»⁶ che finisce col perdere di vista ed indebolire la tutela di quelli che sono i «veri» diritti inviolabili⁷.

2. *Contenuti del diritto all'identità biologica*

Il primo punto dal quale occorre prendere le mosse per sviluppare l'intera analisi è dato dall'esatta configurazione del contenuto del diritto in oggetto.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2013.

⁶ Cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna 2007, 58. Sottolinea tale profilo R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. PERES MIRAS, G. TARUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Madrid 2013, 91 ss.

⁷ A. PACE, *Problematica*, cit., 25, teme che allungando troppo l'elenco dei diritti ci sia il rischio di indebolire la protezione delle libertà classiche. Sul pericolo che il riconoscimento dei nuovi diritti porti ad aprire varchi troppo ampi anche A. BARBERA, «Nuovi diritti», cit., 24.

In cosa consiste, dunque, il diritto alla conoscenza delle proprie origini o, come da altri definito, il “diritto alla verità biologica”⁸ o il “diritto a conoscere le proprie radici”⁹?

Premesso che, come osservato in dottrina, il diritto alle origini può anche essere inteso nella sua accezione negativa, ossia come diritto a non voler conoscere e a non voler sapere¹⁰, deve essere fin da subito evidenziato che, all'interno di queste espressioni, possono a loro volta enuclearsi diversi “sotto-diritti” o, per così dire, diversi livelli del diritto a conoscere la propria identità biologica¹¹.

Ad un primo stadio, diritto alle origini è diritto del singolo soggetto di prendere meramente conoscenza del proprio *status* e della propria condizione, di essere cioè edotto del fatto che è stato, ad esempio, adottato o che è figlio di un terzo soggetto per inseminazione eterologa o rapporto extraconiugale etc. e ciò al fine di garantire una crescita del minore armoniosa e consapevole nella fase di formazione della sua identità indi-

⁸ C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Famiglia*, 2002, 731, discorre di un diritto generale alla verità.

⁹ In tal senso, P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 206 ss.; M. DI MASI, *Trattamento dei dati personali e diritto di conoscere le proprie origini: due recenti provvedimenti del Garante della «Privacy»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, 141 ss.

¹⁰ Così V. BALDINI, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca e italiana*, in www.dirittifondamentali.it; C. SCOGNAMIGLIO, *Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali*, in *Giur. It.*, 1988, 105 ss.; F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 133; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012; A. LAMORGESE, *Brevi note sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Giur. merito*, 2000, 319 ss.

¹¹ Sul punto M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano 2004, 35 ss., sottolinea come possano individuarsi diversi livelli di conoscenza e P. PILI, *Il diritto all'accesso alle informazioni sulle proprie origini in Italia: dottrina e giurisprudenza*, in R. PREGLIASCO (a cura di), *Alla ricerca*, cit., 88, osserva che le informazioni sulle origini comprendono tipologie di informazioni del tutto eterogenee. In proposito P. PAZÉ, *Questioni e prospettive della conoscenza delle origini nell'adozione*, in *Minorigiustizia*, 2011, 88 ss., individua quattro profili verso i quali l'interesse alla conoscenza può rivolgersi: 1) la condizione di adottato; 2) le parti significative del segmento di vita precedente all'adozione e della vicenda della famiglia biologica; 3) i dati sanitari-genetici; 4) i dati identificativi dei genitori originari ed eventualmente di altri membri della famiglia biologica. Anche nel testo verranno indicativamente individuati i medesimi profili, per cui per ogni ulteriore approfondimento si rimanda all'analisi di tale Autore. Si consulti, altresì, sempre P. PAZÉ, *Le informazioni delle origini ai genitori adottivi*, in *Minorigiustizia*, 2013, 188 ss.

viduale ed evitare traumi dovuti ad una scoperta della verità tardiva e magari accidentale¹².

In secondo luogo, diritto alle origini è diritto ad avere informazioni (ancorchè non identificative) in merito alla storia dei propri genitori naturali, alle ragioni dell'abbandono, dell'allontanamento, del non riconoscimento ed ogni altra notizia relativa alla propria storia prima dell'interruzione del rapporto di filiazione naturale, sempre per favorire uno sviluppo equilibrato della personalità¹³.

Ancora, e più nello specifico, diritto alle origini è diritto ad avere ogni informazione di carattere sanitario o anamnastico e, quindi, a conoscere le vicende pregresse relative allo stato di salute proprio e dei propri genitori naturali e ciò anche al fine di prevenire e curare malattie di tipo genetico.

Da ultimo, diritto alle origini è diritto ad accedere ai veri e propri dati identificativi dei genitori naturali e, conseguentemente ma successivamente, diritto a contattare ed incontrare tali soggetti¹⁴, così come diritto ad avere informazioni e poter incontrare eventuali fratelli, sorelle o

¹² P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 205, ritiene che debba, più correttamente, parlarsi di un "dovere" di informazione piuttosto che di un vero e proprio "diritto" del minore a conoscere. In proposito si vedano anche F. SANTANERA, F. TONIZZO, E. ALIBERTI, *Ti racconto l'adozione*, in *Dir. Famiglia*, 1997, 800 ss.

¹³ L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famiglia*, 2006, 162. Sulla verità narrabile e sulle informazioni che, viceversa, non necessariamente devono essere conosciute F. SANTANERA, F. TONIZZO, E. ALIBERTI, *Ti racconto*, cit., 800 ss.

¹⁴ In proposito L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *NGCC*, 2004, 229, critica il fatto che «la questione della conoscenza delle origini familiari e genetiche di un adottato [...] viene spesso collegata, quando non addirittura confusa, con la questione del mantenimento di una qualche relazione sociale dell'adottato con la sua famiglia d'origine». Laddove, invece, l'apprendere chi sono i propri genitori d'origine non comporta necessariamente lo stabilire con gli stessi relazioni sociali. E ancora, lo stesso Autore, a p. 235, evidenzia come «il riconoscimento del diritto dell'adottato di accedere ai dati sulle proprie origini non significa ch'egli abbia anche il diritto di incontrare materialmente i genitori o altri componenti della famiglia d'origine, una volta identificati». Sul punto A. NICOLUSSI, *Fecundazione eterologa*, cit., il quale ritiene che il diritto di conoscere le proprie origini coincida con l'accesso ai meri dati da cui desumere l'identità dei procreatori biologici «mentre resta di per sé estranea al contenuto di tale diritto la pretesa di stabilire un contatto di vita con coloro cui tali dati rimandano» rappresentando l'incontro con i genitori biologici «eventualità di mero fatto, non essendo contemplato né un diritto alla ricostituzione di una relazione giuridica tra adottato e famiglia di sangue, né un obbligo di quest'ultima di prestarsi a soddisfare con l'interesse conoscitivo dell'adottato l'interesse all'incontro e al dialogo».

altri parenti naturali¹⁵, dando in tal modo completa soddisfazione all'esigenza di ricostruire la propria storia personale¹⁶.

Se dunque il diritto alla conoscenza delle proprie origini reca in sé molteplici sfaccettature, è del tutto evidente che le maggiori difficoltà e discussioni riguardano il riconoscimento del diritto di accesso agli effettivi dati che consentano l'identificazione dei genitori (in specie quando la madre ha partorito in anonimato). Laddove meno problematico può risultare l'accesso alla documentazione non identificativa, soprattutto se legato a ragioni di natura sanitaria¹⁷.

3. *L'identità biologica: vero diritto o semplice desiderio?*

A questo punto dell'analisi, pare opportuno soffermarsi su un profilo che fino ad adesso si è dato per assodato ma che, in realtà, solleva più di qualche perplessità: esiste davvero un diritto a conoscere la propria identità biologica? La posizione giuridica sin qui descritta si configura realmente quale diritto giuridicamente degno di tutela o si tratta, semmai, di una mera aspettativa, di un semplice interesse, di una pretesa, di un bisogno che, seppur meritevole di considerazione, non è in grado di assurgere a diritto fondamentale dell'individuo, tale da prevalere laddove entri in contrasto con altri diritti/interessi con esso confliggenti?

In effetti, se nella dottrina e nella giurisprudenza più recente si tende a dare per scontata la configurazione di un siffatto diritto, soprattutto in passato non sono mancati orientamenti che hanno criticamente dubitato

¹⁵ Per un'elencazione ed un'analisi dei documenti da cui è possibile trarre le varie informazioni sulle proprie origini si veda L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 237 ss., il quale (con riferimento all'adozione) individua l'atto di nascita; l'attestazione di nascita; il certificato di assistenza al parto; la cartella clinica e il registro degli eventuali ricoveri della madre per il parto; il fascicolo processuale della dichiarazione di adottabilità; le relazioni dei servizi sociali e professionali elaborate durante il procedimento per la dichiarazione di adottabilità; il fascicolo del procedimento di adozione.

¹⁶ Sulle tipologie di richieste concretamente avanzate da soggetti che si sono rivolti ai Tribunali per i minorenni al fine di ricostruire la propria storia biologica si veda la ricerca dell'Istituto degli Innocenti di Firenze, sulla quale A. DELL'ANTONIO, *La ricerca dell'origine e la risposta dei tribunali per i minorenni: aspetti psicologici*, in *Minorigiustizia*, 2011, 113 ss; D. BIANCHI, M. CHISTOLINI, R. PREGLIASCO, *Le richieste di accesso alle informazioni sulle origini in una ricerca dell'Istituto degli innocenti*, in R. PREGLIASCO (a cura di), *Alla ricerca*, cit., 189 ss. Altra ricerca basata sugli annunci nel web è consultabile in B. BERTETTI, *Adottivi italiani alla ricerca delle origini: voci dal web*, in *Minorigiustizia*, 2013, 203 ss.

dell'esistenza di un reale diritto a conoscere le proprie origini, relegando le richieste in tal senso a meri desideri non in grado di imporsi su altre posizioni giudicate di maggiore rilevanza¹⁸ o ritenendo, finanche, molto rischioso e controproducente giungere ad un simile riconoscimento¹⁹.

In particolare, con riferimento all'istituto dell'adozione, era la stessa legislazione che, prima della riforma del 2001, di fatto non riconosceva in capo al soggetto adottato il diritto di ricostruire la propria storia pregressa²⁰, né tantomeno di rintracciare i propri genitori biologici. Infatti, tanto la legge n. 431 del 1967, sull'adozione speciale, quanto la successiva legge n. 184 del 1983, sull'adozione legittimante, prevedevano che l'istituto dell'adozione determinasse la netta cesura dei rapporti con i genitori naturali a favore del nuovo rapporto di filiazione, visto come una sorta di "rinascita" a nuova vita dell'adottato, cui faceva da corollario la segretezza sull'identità dei genitori biologici, ritenuti possibile minaccia

¹⁷ Sulla distinzione tra informazioni identificative e non identificative e sulle prassi presso i Tribunali per i minorenni nel concedere l'accesso alle une e alle altre P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 86 ss.; D. BIANCHI, M. CHISTOLINI, R. PREGLIASCO, *Le richieste di accesso*, cit., 189 ss.

¹⁸ In tal senso M. DOGLIOTTI, *Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 408-409, distinguendo tra "interesse irrilevante per il diritto" e "interesse giuridicamente protetto" ritiene che le eventuali ricerche fatte dall'adottato per risalire ai propri genitori naturali siano ammissibili ma che debba escludersi perché pericoloso «un intervento dello Stato che, attraverso l'organo giudiziario, conferisca a tale interesse una precisa valenza giuridica, attribuendo all'adottato un «diritto» o quantomeno una facoltà di conoscere l'identità dei propri genitori biologici». Sul punto, altresì, A.M. BERTAZZONI, *Fra diritti e desideri: accogliere e accompagnare nella ricerca delle proprie origini*, in R. PREGLIASCO (a cura di), *Alla ricerca*, cit., 11-12. Si era espresso in termini dubitativi A. LAMORGESE, *Brevi note*, cit., 319 ss. Critici, altresì, F. SANTANERA, F. TONIZZO, E. ALIBERTI, *Ti racconto*, cit., 800 ss., che distinguono nettamente tra il "presunto" diritto a conoscere le proprie origini e la necessità di informare l'adottato della sua condizione.

¹⁹ In proposito, con profondità di argomentazioni, A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere le proprie origini: un nuovo diritto?*, in *Prospettive assistenziali*, 1993, n. 103, luglio-settembre 1993, definisce la posizione in oggetto un "bisogno di conoscenza di una verità formale", "una curiosità ambigua", che rischia di innescare un meccanismo che può ritorcersi a grave danno dello stesso interessato annientando i suoi veri diritti. Tale Autore, peraltro, analizza tutte le ripercussioni negative che la ricerca e il ritrovamento dei genitori naturali possono creare sia nella vita del figlio che in quella degli stessi genitori biologici. Sull'esigenza di un apposito supporto a favore dei soggetti che richiedono di conoscere le proprie origini P. SERRA, A. VERSARI, *Chi è competente per l'aiuto alle persone che ricercano le origini? Da un sondaggio alcune indicazioni*, in *Minorigiustizia*, 2013, 183 ss.

²⁰ La vecchia disciplina non prevedeva neppure il diritto dell'adottato ad essere informato della sua condizione da parte dei genitori adottivi.

alla serenità del minore e del nuovo nucleo familiare²¹. Solo laddove venissero in gioco preminenti diritti costituzionalmente garantiti (ed *in primis* per ragioni di salute) poteva accadere che l'autorità giudiziaria autorizzasse l'accesso alla documentazione relativa all'adozione²², mentre il desiderio di conoscenza fine a se stesso era destinato a rimanere del tutto privo di soddisfacimento²³.

Se, dunque, fino agli anni '90 il nostro ordinamento non contemplava, in sé e per sé, un diritto del figlio adottato all'identità biologica (ammettendolo di fatto solo in quanto funzionale al soddisfacimento di altri diritti fondamentali), alcuni agganci in tal senso potevano, viceversa, ricavarsi dall'ordinamento internazionale, dove già iniziava a delinarsi, pur con le dovute cautele, un diritto alla conoscenza delle proprie origini.

Così, può essere ricordata la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989²⁴ che, all'art. 7, riconosce il diritto di ogni fanciullo al nome, all'acquisto della cittadinanza «e, nella misura del possi-

²¹ Per un'analisi della normativa precedente alla riforma del 2001, M.R. MARELLA, *L'adozione dei minori oltre il canone dell'imitatio naturae: l'impatto dei nuovi modelli di genitorialità sulla disciplina vigente*, in *www.jus.unitn.it*. Sulla *ratio* di tale disciplina, L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus «identità» del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. Inf.*, 2006, 110; S. TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *NLCC*, 2014, 409 ss.

²² L'art. 28 della l. n. 184 del 1983, al secondo comma, prevedeva, infatti, che «L'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria». In tal senso Tribunale di Napoli, ordinanza del 24 luglio 1998, n. 322, sul rilascio dell'autorizzazione per consentire al medico di conoscere i dati relativi ai genitori naturali del paziente solo nel caso in cui vengano riscontrate nel soggetto patologie la cui cura necessiti di accurati esami genetici; altresì Corte d'appello di Palermo, 11 dicembre 1992, che aveva concesso informazioni sui genitori d'origine all'adottato a tutela del suo diritto alla salute, affermando che sussistono «diritti soggettivi fondamentali (ad es., quello alla salute di cui all'art. 32 Cost.) il cui esercizio può in concreto implicare – come mezzo necessario per il conseguimento del fine – la conoscenza di detti genitori». Sul punto, altresì, TAR Lazio, Sez. III, 17 luglio 1998, n. 1854, laddove afferma che «anche se l'invocato diritto alla conoscenza delle proprie origini sembra avere assunto rilievo – comunque in termini alquanto problematici – più sul piano del diritto naturale e “de iure condendo” nonché su quello della bioetica che nel diritto positivo, deve riconoscersi, alla ricorrente, soprattutto in relazione al diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., un interesse giuridicamente rilevante, personale e concreto, certamente non riconducibile a una mera curiosità».

²³ Con poche eccezioni tra cui Tribunale Min. Umbria, 27 febbraio 2001; Tribunale Min. Emilia Romagna, 30 gennaio 1994 e Tribunale Min. Lazio, 5 luglio 1988.

²⁴ Resa esecutiva con legge n. 176 del 1991.

bile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi» e, al successivo art. 8, impegna gli Stati «a rispettare il diritto del bambino a preservare la propria identità»²⁵.

Del pari, l'art. 30 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993²⁶ dispone che le autorità competenti di ciascuno Stato conservino con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, con particolare riferimento all'identità dei genitori e ai loro dati sanitari, assicurando l'accesso del minore a tali informazioni, seppure con l'assistenza appropriata e nella misura consentita dalla legge dello Stato²⁷.

Anche alla luce delle citate fonti internazionali²⁸, oltre che per un rinnovato sentire sociale²⁹, con la riforma introdotta con la legge n. 149 del

²⁵ Sulla configurazione del diritto all'identità biologica come rientrante all'interno della più vasta categoria del diritto all'identità personale *infra* § 4.1.

²⁶ Resa esecutiva con legge n. 476 del 1998.

²⁷ In proposito possono essere ricordate anche la Raccomandazione n. 1443 del Consiglio d'Europa del 26 gennaio 2000, che invita gli Stati membri ad assicurare il diritto dei bambini adottati a sapere delle proprie origini eliminando dalla legislazione ogni clausola contraria; la risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 27 giugno 2008 sugli abbandoni dei neonati, che invita gli Stati a tenere in considerazione i diritti dei bambini, tra cui il diritto di conoscere le origini; l'art. 8 della CEDU, sul quale si basa la giurisprudenza della Corte europea in materia di diritto alla conoscenza delle proprie origini sulla quale si avrà modo di tornare *infra, sub* § 4.2. Più recentemente ricordiamo che la nuova Convenzione europea in materia di adozione dei minori di Strasburgo del 7 maggio 2008 (che, tuttavia, non è ancora stata ratificata dall'Italia) riconosce all'art. 22, comma 5, il diritto di ogni persona di conoscere la sua identità e le sue origini e che l'art. 24 della Carta dei diritti dell'Unione europea, al terzo comma, prevede il diritto del minore ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

²⁸ Ritengono che la riforma sia finalizzata ad ottemperare agli obblighi derivanti dalle citate Convenzioni, tra gli altri, L. SACCHETTI, *Nuove norme sul segreto nell'adozione: una serie di problemi*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 97; G. LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 29-30. *Contra* P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 206, il quale ritiene inconferente il richiamo operato in dottrina alle Convenzioni internazionali per fondare il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. In tal senso altresì A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere*, cit.; J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *NGCC*, 2006, 557.

²⁹ Come osserva P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 74 ss., già da tempo si stava sviluppando un orientamento culturale favorevole al superamento del segreto nell'adozione, supportato da studi psicologici e sociologici che evidenziano l'importanza della conoscenza delle proprie reali origini. Con riferimento al ricorso ai test di paternità, in termini critici, S. RODOTÀ, *Tra diritto e società*, cit., 587, evidenzia come talvolta sia la stessa so-

2001 è stato, infine, integralmente sostituito l'art. 28 della legge n. 184/1983 che oggi, «con un vero e proprio ribaltamento di prospettiva»³⁰, riconosce espressamente in capo all'adottato il diritto ad accedere alle informazioni relative alla propria origine³¹, trasformando il dogma del segreto in semplice eccezione.

Tale articolo, infatti, dopo aver introdotto l'obbligo per i genitori adottivi di informare il minore della sua condizione nei modi e nei termini ritenuti più opportuni (comma 1)³² e ribadito il divieto di fornire ai terzi informazioni dalle quali possa risultare il rapporto di adozione (comma 3), riconosce espressamente anche il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, seppure graduandolo in base all'età del soggetto e agli altri interessi di volta in volta individuati³³.

cietà a creare un bisogno che può diventare una esigenza perentoria di conoscenza e trasparenza da cui è difficile sfuggire.

³⁰ Cfr. L. TRUCCO, *Anonimato della madre*, cit., 109 ss., la quale *sub* nota n. 5 e n. 19 osserva come una simile evoluzione abbia caratterizzato anche altri ordinamenti: da quello statunitense a quelli europei. Di «un vero e proprio capovolgimento di prospettiva» parla anche P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 73. Sul punto si veda l'analisi di M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato*, cit., 1768 ss., che evidenzia come il cambiamento abbia caratterizzato molti altri ordinamenti e con riferimento non solo all'istituto dell'adozione. L'Autrice, peraltro, osserva come in tal modo «si delinei (il rischio di) un trionfo della verità su ogni altro valore e/o aspetto della realtà, la vittoria della biologia sulla biografia, con risvolti inattesi e talora inquietanti».

³¹ S. PICCININI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto di ricerca della maternità naturale*, in *Giust. civ.*, 2004, 2193 ss., osserva che con la riforma del 2001 il desiderio degli adottati di conoscere la propria origine si è trasformato da esigenza in diritto. Sul punto M. PEDRAZZA GORLERO, in M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in *Diritto pubblico*, 2010, 257, evidenzia come la legge n. 149 del 2001 abbia «introdotto dei temperamenti alla cancellazione del rapporto naturale» tra adottato e genitori biologici.

³² Sul punto P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 205, ritiene che in luogo di un diritto del minore si debba semmai parlare di un dovere di informazione a carico dei genitori adottivi. S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 415, osserva come, con eccessiva preoccupazione di non interferire con le scelte educative dei genitori adottivi, il legislatore non abbia espressamente qualificato come diritto l'interesse del minore alla conoscenza né come obbligo di informazione l'onere a carico dei genitori.

³³ Per un'analisi dettagliata di tale articolo: M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato*, cit.; G. LISSELLA, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983*, n. 184, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, 413 ss.; L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 230 ss.; L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit., 97 ss.; S. MARZUCCHI, *Dei rapporti tra l'identità dell'adottato e la riservatezza del genitore naturale*, in *Giur. Italiana*, 2006, 1801 ss.; A. LIUZZI, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 89 ss.; P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 76 ss.; C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 691 ss.

Così, nel caso in cui il soggetto sia ancora minorenne, solo i genitori adottivi, su autorizzazione del Tribunale per i minorenni, possono accedere, per gravi e comprovati motivi, alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici (comma 4)³⁴.

Se ancora gravi motivi, attinenti in questo caso alla salute psico-fisica del soggetto, consentono al maggiorenne ancora infraventicinquenne di accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici, il pieno e totale diritto di conoscenza è, infine, riconosciuto a favore del soggetto adottato dopo il compimento del venticinquesimo anno di età (comma 5).

Da ultimo, il comma 7³⁵ pone un'eccezione, continuando a negare l'accesso alle informazioni nel caso in cui la madre al momento del parto abbia dichiarato di non voler essere nominata (c.d. parto anonimo)³⁶, tuttavia, come già anticipato in premessa, anche tale eccezione è destinata ad essere in parte rivista dopo la recente pronuncia della Corte costituzionale³⁷.

In realtà, una simile inversione di tendenza è altresì riscontrabile con riferimento alla posizione del figlio nato fuori dal matrimonio che ha via via visto attenuarsi, anche in forza di una serie di decisioni del giudice delle leggi, i limiti alla ricerca della paternità e maternità naturali³⁸, con

³⁴ Diritto che viene esteso anche al responsabile di struttura ospedaliera o di un presidio sanitario ove vi sia grave pericolo per la salute del minore.

³⁵ Come a sua volta modificato dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, che ha limitato le ipotesi di divieto di accesso al solo caso in cui, appunto, la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata nell'atto di nascita. In precedenza, infatti, accanto a questa ipotesi, il divieto era previsto anche quando il padre avesse dichiarato di non voler essere nominato o quando anche uno solo dei genitori avesse manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo.

³⁶ Anonimato che, ai sensi dell'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003, è comunque garantito per una durata tendenzialmente superiore a quella della vita umana sia della madre che del figlio, posto che «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...], possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento».

³⁷ In proposito si vedano i progetti di legge all'esame del Parlamento n. 784 (Bossa ed altri); n. 1343 (Campana e altri); n. 1874 (Marzano e altri); n. 1983 (Cesaro e altri); n. 1989 (Rossomando e altri); n. 1901 (Sarro e altri), sui quali S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 438 ss.

³⁸ Si vedano in merito le sentenze della Corte costituzionale n. 494 del 2002 relativa ai figli incestuosi; n. 50 del 2006 sul superamento della presunzione di paternità; n. 266 del 2006 con riferimento all'adulterio della moglie.

un progressivo abbandono del principio del *favor legitimitatis* a privilegio di quello del *favor veritatis*³⁹ ed, in tal senso, si muove la nuova riforma legislativa tesa a parificare la posizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi⁴⁰.

Ecco dunque che, in epoca più recente, la dottrina e la giurisprudenza si sono fatte più compatte nel riconoscere il diritto in sé e per sé all'identità biologica⁴¹, e ciò a prescindere dal soddisfacimento di altri interessi (in specie quelli di natura sanitaria non esclusivamente psicologica)⁴².

Non solo, le posizioni maggioritarie vanno nel senso di qualificare tale nuovo diritto non quale "semplice" diritto della personalità previsto e disciplinato dalla legislazione ordinaria⁴³, ma giungono a definirlo

³⁹ Sul punto si vedano, tuttavia, le osservazioni di E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, Padova 1998, 20 ss., la quale ritiene che la mera aspirazione a conoscere le proprie origini genetiche non rientri nel concetto di ricerca di cui all'art. 30, quarto comma, Cost., che deve viceversa riguardare un'attività giuridicamente rilevante a qualche fine ulteriore rispetto alla semplice conoscenza dell'identità del genitore di sangue (ad es. per l'ottenimento dello *status* di figlio naturale oppure del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione). Come si avrà modo di approfondire *infra, sub* § 5.2, si può sin d'ora osservare che un simile cambiamento è riscontrabile anche all'interno di quegli ordinamenti che già prevedono e disciplinano le tecniche di fecondazione eterologa.

⁴⁰ Il riferimento è chiaramente alla legge n. 219 del 2012, "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali".

⁴¹ *Contra* P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 205 ss., che ne parla piuttosto in termini di desiderio e di bisogno che seppur comprensibili, tuttavia, non sempre devono essere assecondati. In proposito anche L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 244, definisce il mero desiderio di conoscere la propria identità biologica laddove non sorretto da altri preminenti interessi «un bisogno psicologico importante e profondo, pienamente degno di tutela, ma non essenziale per la vita». Anche M.R. MARELLA; *Il diritto dell'adottato*, cit., 1769, sottolinea la differenza che intercorre tra «il corretto rilievo dato all'accesso ai dati genetici come avamposto della tutela della salute» e «la moda già altrove dilagante di indagare sulle proprie origini biologiche per il gusto di arrivare alla verità». Pone in termini dubitativi l'esistenza di un diritto alla conoscenza delle origini altresì E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *www.quadernicostituzionali.it*, 2010.

⁴² P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 76, lo configura quale diritto autonomo e non come diritto strumentale alla tutela di altri diritti quali quello della salute.

⁴³ Così si era espressa E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti*, cit., 20-21, ritenendo che l'aspirazione a conoscere le proprie origini «potrebbe [...] essere considerata come uno di quei «diritti» attinenti alla sfera della persona, degno di essere tutelato in via legislativa dopo un ragionevole e complesso bilanciamento di tutti i fattori in gioco» rimanendo, tuttavia, un diritto di incerta configurazione che «non trova comunque alcuna diretta tutela in norme costituzionali».

come diritto fondamentale⁴⁴, inviolabile⁴⁵, imprescrittibile⁴⁶, inalienabile⁴⁷, assoluto⁴⁸.

4. *Il diritto all'identità biologica e il suo fondamento normativo*

Seguendo, dunque, l'orientamento prevalente che ritiene sussistere il diritto all'identità biologica, il passaggio successivo è quello di individuare il fondamento normativo di tale diritto che, per qualificarsi appunto quale "diritto fondamentale"⁴⁹, dovrebbe trovare un aggancio nel testo costituzionale e non solo nella legislazione ordinaria, pur chiamata, se del caso, a definirne contorni e limiti⁵⁰.

⁴⁴ In tal senso V. ZAGREBELSKY, *L'anonimato e i diritti dei neonati*, in *La Stampa*, 12 novembre 2012; V. BALDINI, *Diritti fondamentali*, cit.; S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Vol. II, Torino 2009, 833 ss.; F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato*, cit., 133; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Gius. Civ.*, 2013, 1608 ss.; L. BALESTRA, *Note critiche sull'interpretazione dell'art. 276, comma primo c.c. ovvero sulla vanificazione dell'interesse (a rilevanza costituzionale) del figlio naturale all'accertamento del rapporto di filiazione*, in AA.VV., *Liber amicorum per Dieter Henrich. Parte generale e persone*, Milano 2012, 66; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *NGCC*, 2014, 290.

⁴⁵ In tal senso L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit., 98, che lo definisce anche «diritto perfetto»; R. PANE, *Favor veritatis e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. di diritto civile*, 2003, 259; L. CARLETTI, *Accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, 889 ss.

⁴⁶ C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608, lo definisce "diritto perpetuo" che non si affievolisce con il passare del tempo.

⁴⁷ Come definito da I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, 795.

⁴⁸ L. LENTI, *La procreazione artificiale*, in *www.jus.unitn.it*; C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608 ss. Altresì L. TROVATO, *Il desiderio di conoscere le proprie origini. Un diritto irrinunciabile, secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013*, in *Questione giustizia*, 2013, 216, che sottolinea come non si tratti di una curiosità morbosa ma di un desiderio al quale riconoscere il rango di diritto assoluto e insopprimibile.

⁴⁹ Sulla definizione come "fondamentale" di un diritto F. FENUCCI, *Recenti orientamenti della Corte sui diritti fondamentali*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 42 ss.

⁵⁰ Sull'esigenza della legislazione ordinaria al fine di rendere effettiva la tutela dei di-

Sul punto possiamo riscontrare la classica bipartizione che, con riferimento ai diritti di nuova generazione, si basa sulla configurazione o meno dell'art. 2 Cost. quale clausola aperta: mentre gli orientamenti minoritari riconducono il diritto all'identità biologica ad altri diritti già enumerati in Costituzione pur interpretandoli estensivamente, la dottrina e la giurisprudenza dominanti individuano una copertura a tale diritto nell'art. 2 della Costituzione, nella sua accezione di fattispecie a schema aperto.

In questo modo, aderendo alla prima impostazione (catalogo chiuso), una parte della dottrina si richiama all'art. 3 della Costituzione ritenendo che il segreto sulle proprie origini, che riguarda alcuni tipi di filiazione, rappresenti «un'odiosa violazione del principio di uguaglianza»⁵¹ o sostenendo che, sempre *ex art. 3 Cost.*, il diritto al libero sviluppo della persona «non potrebbe non risultare “ostacolato” [...] da un eventuale divieto di conoscere le proprie origini»⁵² o, ancora, che *ex art. 3* la dignità della persona sarebbe sacrificata se al soggetto fosse nascosta la verità sulla propria storia⁵³; altri Autori, invece, fanno riferimento all'art. 32 della Costituzione, nell'accezione di diritto all'integrità psico-fisica, evidenziando che, solo a fronte di una conoscenza piena ed effettiva della propria storia e della propria origine, una persona può giungere ad uno sviluppo psicologico adeguato⁵⁴; ancora, una copertura all'interno del testo costituzionale è stata rinvenuta nell'art. 21 della Costituzione discorrendo di un diritto di informazione e di accesso ai documenti ammi-

ritti fondamentali con particolare riferimento proprio al diritto alla conoscenza dell'origine biologica, V. BALDINI, *Diritti fondamentali*, cit.

⁵¹ Cfr. M.R. MARELLA, *L'adozione dei minori*, cit. Anche J. LAMÇE, E. ÇUNI, *The Right of the Children to Know Their Origin in Adopting and Medically Assisted Reproduction*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 2013, 606, evidenziano che il criterio dell'eguaglianza richiama la questione se tutti i figli debbano conoscere le loro origini a prescindere dalle specifiche circostanze della nascita.

⁵² Cfr. A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit.

⁵³ C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 732-733, ritiene che «il diritto di rivendicare la verità sulla propria identità ha un sicuro referente, sul piano costituzionale, anche nel valore della dignità della persona, dignità fatalmente sacrificata [...] quando al soggetto è nascosta la verità sulla sua storia personale, privandolo della piena coscienza della sua identità».

⁵⁴ G. CHIAPPETTA, *Diritto a conoscere le origini*, in *Le Corti calabresi*, 2006, 459 ss. Altresi il Tribunale Min. di Firenze che, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale che ha poi portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2005, affermava che l'adottato che non riesce a ricostruire la sua storia personale è afflitto da gravi sofferenze psicologiche.

nistrativi⁵⁵; da ultimo, si possono ricordare le posizioni di coloro che fanno riferimento all'art. 30, quarto comma, Cost., il quale, riservando alla legge il compito di individuare norme e limiti per la ricerca della paternità, implicitamente affermerebbe il diritto di ogni persona di conoscere le proprie origini biologiche⁵⁶ o, ancora, all'art. 13 Cost., intendendo la libertà personale come comprensiva «della pretesa di ciascuno alla fedele rappresentazione della propria personalità che si sostanzia anche nel diritto al disvelamento delle proprie origini biologiche»⁵⁷.

Tuttavia, come si anticipava, la dottrina e la giurisprudenza dominanti sono più inclini a ricondurre il diritto in oggetto all'art. 2 della Costituzione, nella sua nota configurazione di catalogo aperto dei diritti, nel quale far di volta in volta confluire tutte le nuove domande che gradualmente emergono nella società e che, pur ritenendosi fondamentali, non risultano già positivizzate in appositi articoli costituzionali.

Anche in questo caso possono, nondimeno, distinguersi le impostazioni di coloro che non hanno mancato di discorrere di un diritto all'identità biologica quale nuovo diritto, in sé e per sé riconducibile all'art. 2 Cost.⁵⁸; di quelli che rimandano ad un concetto ampio di *privacy*, che ricomprende «il diritto del figlio di chiedere e ricevere informazioni riguardanti la propria identità»⁵⁹ e di quelli, infine, che considerano il di-

⁵⁵ C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608. *Contra* L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit., 98; J. LONG, *Diritto dell'adottato*, cit., 551. Analizza il problema dal punto di vista del diritto di accesso agli atti amministrativi, altresì, A. SIMONATI, *Il diritto all'anonimato della madre naturale prevale sul diritto di accesso ai documenti amministrativi del figlio: note sparse a proposito di una complessa questione di specialità normativa*, in *Foro Amm.*, 2008, 2741 ss.

⁵⁶ In tal senso, I. NICOTRA, *Anonimato del donatore*, cit., 795; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 90. *Contra* E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti*, cit., 20 ss.

⁵⁷ Cfr. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore*, cit., 795. La stessa Autrice ritiene, altresì, che dal combinato disposto degli artt. 13 e 30, quarto comma, Cost., emerga un'opzione costituzionalmente orientata al superamento del *favor legitimitatis* a vantaggio del *favor veritatis*.

⁵⁸ F. CORTESE, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, D. FLORENZANO, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, Torino 2012, 10, richiamandosi tuttavia alla sentenza n. 266 del 2006 in cui è la stessa Corte costituzionale che cita, senza tuttavia ricollegarli espressamente all'art. 2 Cost., «i diritti fondamentali attinenti allo status e all'identità biologica».

⁵⁹ J. LAMÇE, E. ÇUNI, *The right of the children*, cit., 606; J.R. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study on Children's Right to Know their Genetic Origins*, United States, 2009.

ritto a ricostruire le proprie origini quale espressione del più ampio ed articolato diritto all'identità personale, già, come noto, ricondotto all'art. 2 del testo costituzionale.

Ed in effetti, pur esistendo, come si è detto, anche altre posizioni, l'orientamento che oggi risulta del tutto dominante, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, va nel senso di ricondurre il diritto all'identità biologica entro la sfera dell'identità personale di cui all'art. 2 Cost.

Sul concetto di identità personale appaiono, tuttavia, opportune alcune precisazioni, posto che l'inclusione in esso anche dell'identità biologica è stata, soprattutto in passato, oggetto di contestazioni.

4.1. Segue: *l'identità biologica come espressione dell'identità personale*

In particolare, facendo riferimento alle ricostruzioni presenti in dottrina e in giurisprudenza, si può oramai affermare che il diritto all'identità personale si esplica in due distinti versanti: quello per così dire "esterno" o riferito alla società⁶⁰ e quello, viceversa, "interno" o riferito all'individualità⁶¹.

Così, dal punto di vista esterno, il diritto all'identità personale sta ad indicare il diritto di ciascun individuo ad essere rappresentato, nella vita sociale, con la sua vera identità, senza che la propria personalità «subisca travisamenti o distorsioni a causa dell'attribuzione di idee, opinioni o comportamenti differenti da quelli che l'individuo ha manifestato nella vita di relazione»⁶².

⁶⁰ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità, Tomo II*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1961, 3 ss., discorre di «proiezione sociale» dell'identità personale. Similmente R. TOMMASINI, *Diritto alla identità personale e risarcibilità dei danni morali*, in AA.VV., *La lesione dell'identità*, 170, distingue tra la riservatezza che riguarda la sfera dell'intimità e la identità che si riferisce alla proiezione sociale dell'individuo.

⁶¹ Evidenzia l'esistenza di due diversi aspetti del concetto di identità della persona umana L. LENTI, *La procreazione artificiale*, cit., 130 ss., che distingue tra identità personale in senso sociale e in senso genetico. Sul punto altresì la monografia di L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 2004, che, nei capp. V e VI, distingue tra identità individuale come libero svolgimento della personalità (ricomprendendovi anche il diritto alla conoscenza delle proprie origini) e identità individuale nella dimensione sociale. Si vedano anche L. TRUCCO, *Anonimato della madre*, cit., 114 ss. e S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 426 ss.

⁶² Cfr. G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna 2003, 9, che a sua volta richiama la nota definizione data dalla Corte di cassazione nella sentenza 22 giugno 1985,

Viceversa, dalla prospettiva che abbiamo definito interna, il diritto all'identità personale si riferisce al più intimo diritto di ciascuno ad essere e sentirsi se stesso, ad essere e conoscere chi si è, alla percezione che il soggetto ha di sé (e ciò a prescindere dalla percezione che ne abbia, invece, la società)⁶³.

È evidente che la prima accezione di identità personale, nella sua proiezione sociale, non pare ricomprendere quella di identità biologica, tanto che parte della dottrina aveva espressamente escluso che il diritto di conoscere le proprie origini biologiche potesse essere incluso nel concetto di identità personale⁶⁴.

relativa al caso Veronesi. Si tratta, in realtà, della nozione di identità personale sulla quale si concentra la prevalenza degli studi che si sono occupati del diritto all'identità personale. In tal senso si vedano A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 3 ss.; AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano 1985; G. ALPA, M. BESPONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Padova 1981; G. PINO, *Il diritto all'identità*, cit.; V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in AA.VV. (a cura di), *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, Torino 1993, 294 ss; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in AA.VV., *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino 2010, 721 ss.

⁶³ C. DE MARTINI, *Il diritto alla identità personale nella esperienza operativa*, in AA.VV., *La lesione dell'identità*, cit., 91, evidenzia come il termine "identità" può designare sia «l'essenza di un determinato soggetto, il suo essere (e, sotto certi aspetti, il suo «ritenere di essere», ossia il suo apparire a se stesso)» sia, invece, «il suo apparire, ciò che di un soggetto la comunità sociale sa, vede e percepisce». È solo tale seconda accezione di identità personale che, secondo tale Autore, è d'interesse per la scienza giuridica, laddove il problema dell'identità come problema dell'essere riguarda altre discipline quali la filosofia o la psicologia. J. LON, *Diritto dell'adottato*, cit., 552, fa riferimento all'identità personale sia come la rappresentazione che l'individuo ha di sé sia come la rappresentazione che dell'individuo emerge nella vita di relazione.

⁶⁴ Sul punto G. PINO, *Il diritto all'identità*, cit., 194, all'interno del paragrafo intitolato "Cosa il diritto all'identità personale non è", osserva che nel dibattito dottrinale vengono accostati o inclusi nel concetto di identità personale oggetti estranei quali l'identità delle minoranze etniche e linguistiche, l'identità sessuale e, appunto, il diritto all'identità biologica o genetica. Similmente A. FALZEA, *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità*, in AA.VV., *La lesione dell'identità*, cit., 88-89, dopo aver «escluso che l'identità personale coincida con l'immagine che di sé ha l'individuo – che è fatto del tutto privato e per ciò stesso insuscettibile di acquistare dimensione sociale e giuridica –», conclude ritenendo che l'identità personale «dovrebbe necessariamente consistere nell'immagine che dell'individuo ha la società». Sempre G. PINO, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano 2006, 258, evidenzia la necessità di dare una definizione il più possibile precisa del diritto all'identità personale «che consenta di evitare la trasformazione di questa posizione giuridica in un inafferrabile ed onnicomprensivo "diritto ad essere se stessi"». Anche C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 727, sottolinea che accedere al concetto di identità personale solo nell'ottica relazionale porterebbe ad escludere l'aspirazione alla conoscenza delle origini poiché il celare le origini non andrebbe a

È solo, quindi, aderendo ad un concetto di identità personale che ricomprenda anche il profilo prettamente interiore che vi si può ricondurre anche la nozione di identità biologica e, pertanto, il diritto del figlio a ricercare le proprie origini, quale parte di quel «processo di costruzione del proprio io, [...] che ha nella conoscenza della propria storia personale un elemento fondante»⁶⁵.

E, come si diceva, questa attualmente è la tesi dominante, tanto in dottrina⁶⁶ quanto in giurisprudenza, laddove è la stessa Cassazione a confermare la duplice dimensione dell'identità personale quale diritto «di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione e il riconoscimento esterno dello *status* conse-

distorcere la percezione altrui del soggetto ma la percezione che il soggetto stesso ha di sé.

⁶⁵ Cfr. C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 727-728, il quale, nell'unire la dimensione sociale e quella individuale dell'identità personale, ritiene che possa profilarsi «un diritto di ricostruire la propria identità, nell'ambito del quale la pretesa di conoscere la verità sulla propria storia personale assume rilievo in quanto funzionale ad acquistare quella coscienza di sé che è presupposto indispensabile per affermare e rivendicare nella sfera sociale la propria identità».

⁶⁶ Davvero vasta è la dottrina che ritiene che il diritto all'identità biologica attenga al diritto all'identità personale, oltre ad alcuni degli Autori citati nelle note che precedono, L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit., 98; S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto*, cit., 833 ss.; J. LONG, *Diritto dell'adottato*, cit., 552; L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 236 ss.; M. CERASE, *Il parto in anonimato*, cit.; S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*; S. MARZUCCHI, *Dei rapporti*, cit., 1803; A. SIMONATI, *Il diritto all'anonimato*, cit., 2741 ss.; C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608; L. CARLETTI, *Accesso dell'adottato*, cit., 892-893; M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato*, cit., 1768; G. LISELLA, *Ragioni dei genitori*, cit., 417; J. LAMÇE, E. ÇUNI, *The right of the children*, cit., 606-607; P. PILI, *Il diritto all'accesso*, cit., 76; M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato*, cit., 37 ss.; L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato della madre naturale più «flessibile»: la Consulta apre la strada e il Garante privacy la percorre*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 143; J. LONG, *Adozione e segreti*, cit., 290; L. LUZZATTO, *Tebe e Corinto, adozione e conoscenza delle origini*, in *Minorigiustizia*, 2011, 75 ss. In particolare, accanto ad Autori, come S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum*, cit., 200, L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, ESI, 2012, 129 ss., che con assoluta certezza includono l'identità biologica entro l'identità personale, altri Autori manifestano, comunque, alcune perplessità: così, ad esempio, E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia*, cit., che ritiene che l'identità biologica sia meno contigua all'identità personale e collegabile più che altro nella parte in cui consente di identificare e distinguere la persona dagli altri individui.

guente alla procreazione»⁶⁷. Peraltro, proprio con riferimento all'aspirazione del figlio di accedere alle proprie informazioni genetiche, sempre la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, non ha mancato di ricondurre espressamente il diritto alla conoscenza delle origini nell'ambito del diritto all'identità personale, affermando che «il diritto a conoscere le proprie origini costituisce un aspetto del più ampio diritto all'identità personale; quindi anche il diritto a conoscere le proprie vere origini, che può contribuire in maniera determinante a delineare la personalità di un essere umano, può e deve trovare tutela nei principi fissati dall'art. 2 Cost., nell'ambito di una difesa dell'identità individuale nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti»⁶⁸.

La stessa Corte costituzionale, che in primo tempo aveva tutelato il diritto all'identità personale del figlio nella sua sola dimensione sociale, nel senso di diritto alla fedele rappresentazione del soggetto verso l'esterno⁶⁹, in seguito ha riconosciuto anche un profilo più intimo e interiore di tale diritto, arrivando essa stessa a riconoscere che l'interesse dell'adottato alla ricerca delle proprie origini costituisce un aspetto del «diritto inviolabile del figlio all'identità personale»⁷⁰ garantito dall'art. 2 della Costituzione⁷¹.

La duplice dimensione individuale e sociale è, infine, quasi ricomposta nella sentenza n. 278 del 2013, nella quale la Corte, pur di fatto non riferendosi al diritto all'identità personale⁷², afferma che «il diritto del fi-

⁶⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205.

⁶⁸ Cfr. Tribunale min. Catanzaro, ord. 13 dicembre 2012, all'origine della sent. n. 278 del 2013 della Corte costituzionale.

⁶⁹ Su tale filone, con riferimento all'identità personale del figlio, si colloca la giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al mantenimento del nome attribuito, indipendentemente dai rapporti di filiazione in seguito correttamente accertati. Sul punto la Corte ha sottolineato che il diritto all'identità personale, riconosciuto e garantito dall'art. 2 Cost., è il «diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipare alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo» (cfr. Corte cost., sent. n. 13 del 1994, punto 5.1. del *Considerato in diritto*). Sul diritto al mantenimento del nome come espressione dell'identità personale: altresì, Corte cost., sentt. nn. 297 del 1996, 120 del 2001 e 268 del 2002.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 425 del 2005.

⁷¹ Come osserva A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. Cost.*, 2005, 4605.

⁷² In effetti, nella sentenza in oggetto, a richiamare il diritto all'identità personale come ricomprensivo del diritto alla conoscenza delle origini è il solo giudice rimettente, laddove la Corte, nel *Considerato in diritto*, non fa menzione di identità personale. Sul

glio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo», dimodochè «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»⁷³.

Da ultimo, per completezza d'analisi, è opportuno ricordare che anche in una serie di altre pronunce la Corte costituzionale ha citato il “diritto all'identità biologica”, pur senza dare particolari definizioni ed evitando di ricondurlo esplicitamente al concetto di identità personale⁷⁴. Così, nella recente sent. n. 162 del 2014, sul divieto di fecondazione eterologa, la Corte riconosce che «la questione del diritto all'identità genetica», invocata dall'Avvocatura dello Stato a difesa della legge n. 40 del 2004, si è posta anche con riferimento all'istituto dell'adozione, nell'ambito del quale già è stato infranto «il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»⁷⁵.

4.2. Segue: *il fondamento normativo del diritto all'identità biologica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Sempre nell'ottica di individuare quale sia il fondamento normativo che dà copertura al diritto all'identità biologica, ma spostando l'angolo

punto, V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *NGCC*, 2014, 286 ss., ritiene comunque che la Corte faccia riferimento all'identità personale. In tal senso L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato*, cit., 144.

⁷³ Cfr. Corte cost. sent. n. 278 del 2013, punto 4 del *Considerato in diritto*. L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato*, cit., 144, ritiene che in tale pronuncia la Corte iscriva nell'art. 2 Cost. la reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, «quale crocevia tra diritto all'identità personale (diritto inviolabile dell'uomo come singolo) e diritto all'identità familiare (diritto inviolabile dell'uomo nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità)».

⁷⁴ In tal senso le sentt. nn. 50 del 2006, 266 del 2006, 135 del 2007, 379 del 2008, dove la Corte ritiene che le azioni tese ad accertare il rapporto di filiazione tutelano «i diritti fondamentali, attinenti allo *status* e alla identità biologica». Sul tema possono, infine, essere ricordate altre pronunce relative alla “verità biologica della procreazione” quale componente essenziale del diritto di identità personale del minore all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (Corte cost. sentt. nn. 112 del 1997; 216 del 1997; 170 del 1999; 322 del 2011 e 7 del 2012).

⁷⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 162 del 2014, punto 12 del *Considerato in diritto*.

prospettico dalla dimensione nazionale a quella europea, risulta interessante dar conto anche di quella che è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che già da tempo ha riconosciuto, all'interno della Convenzione, apposita tutela per il diritto in oggetto, facendo, più in particolare, riferimento all'art. 8 della CEDU, nel suo profilo di diritto al rispetto della vita privata.

Così, già nel 1989, nella sentenza *Gaskin c. Regno Unito*, relativa al caso di un cittadino britannico affidato dall'età di un anno ai servizi sociali, al quale era stato negato l'accesso al fascicolo relativo alla sua storia personale, la Corte europea, con riferimento all'art. 8 della CEDU, affermava che «*persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development*»⁷⁶.

Successivamente, nel caso *Mikulic c. Croazia*, attinente ad una procedura per l'accertamento della paternità, la Corte europea, dopo aver riconosciuto che, in base all'art. 8 della CEDU, «*respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality*»⁷⁷, condanna lo Stato croato poiché l'eccessiva durata dell'azione intentata dalla figlia «*does not strike a fair balance between the right of the applicant to have her uncertainty as to her personal identity eliminated without unnecessary delay and that of her supposed father not to undergo DNA tests*»⁷⁸.

Così, nella sentenza *Odièvre c. Francia*, nel ritenere che la normativa francese realizzi un giusto equilibrio tra diritto della madre a partorire in anonimato e diritto del figlio a conoscere le proprie origini, la Corte europea richiama l'art. 8 della CEDU e afferma che «*people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life*»⁷⁹.

Infine, nella più recente sentenza *Godelli c. Italia*, nella quale, come si è già ricordato, la normativa italiana sul parto anonimo è stata ritenuta lesiva dell'art. 8 della CEDU, la Corte europea, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza, ribadisce che «il diritto di conoscere la pro-

⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, par. 49.

⁷⁷ Corte EDU, sent. *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, par. 54.

⁷⁸ Corte EDU, sent. *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, par. 65.

⁷⁹ Corte EDU, sent. *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, par. 44.

pria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di «vita privata» che comprende aspetti importanti dell'identità personale di cui fa parte l'identità dei genitori»⁸⁰ ed, altresì, che allo sviluppo della persona tutelato dall'art. 8 della CEDU «contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale [...] a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori»⁸¹.

Ecco, dunque, che dalla giurisprudenza europea sin qui citata si può agevolmente riscontrare un allineamento con l'attuale posizione di dottrina e giurisprudenza interna, posto che di fatto anche la Corte europea riconduce il diritto alla identità biologica nell'ambito della nozione di vita privata, facendo riferimento al concetto di identità personale in quella dimensione, per così dire, intima di cui si discorreva in precedenza.

5. *L'identità biologica nel bilanciamento dei diritti: diritto assoluto o diritto limitabile?*

Come ben noto, una delle principali obiezioni mosse contro la teoria dell'art. 2 Cost. visto come fattispecie aperta è data da fatto che «all'affermazione di un «diritto» spesso consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente «obbligo» a carico di un altro soggetto privato, titolare anch'egli di diritti costituzionali»⁸² per cui tale riconoscimento non dovrebbe che essere espresso⁸³.

Ed, in effetti, nel momento in cui l'aspirazione del figlio a conoscere le proprie origini genetiche viene trasformata da mero desiderio in diritto fondamentale, costituzionalizzato in forza dell'art. 2 Cost come espressione del diritto all'identità personale, è evidente che questo riconoscimento non è privo di ripercussioni. Anzi, è inevitabile che esso sia destinato ad incidere sulla posizione giuridica e sui diritti degli altri soggetti coinvolti nella vicenda, genitori naturali *in primis*⁸⁴.

⁸⁰ Corte EDU, sent. *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, par. 45.

⁸¹ Corte EDU, sent. *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, par. 46.

⁸² Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 27.

⁸³ Come aggiunge P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 139.

⁸⁴ Molto critico in proposito G. GALUPPI, *Brevi considerazioni su un decreto della Corte d'appello di Torino relativo all'applicazione dell'art. 24 della l. n. 149 del 2001*, in *Il*

Se da un lato, dunque, vi è il diritto del figlio alla ricostruzione della propria identità personale, dall'altro lato si incontrano i diritti dei genitori biologici che, per le più svariate ragioni, non hanno voluto o potuto mantenere il rapporto di filiazione, così come, nel caso dell'adozione, vanno considerati i diritti dei genitori che, adottando il minore, hanno con esso costituito un nuovo nucleo familiare⁸⁵. Come opportunamente sottolineato proprio con riferimento all'ipotesi dell'adozione, il diritto a conoscere le proprie origini non è caratterizzato da assolutezza ed opposibilità *erga omnes*, ma è destinato a «confrontarsi con gli interessi e le posizioni peculiari di tutti gli altri soggetti direttamente od indirettamente coinvolti nell'adozione quali i genitori biologici, quelli adottivi e gli eventuali congiunti naturali dell'adottato»⁸⁶.

Giunti a questo punto dell'analisi è, dunque, necessario valutare, in una non facile opera di bilanciamento, fin dove può spingersi il riconoscimento del diritto all'identità biologica del figlio e dove lo stesso sia, invece, destinato a recedere dinnanzi ad interessi ritenuti più meritevoli di tutela.

Una prima distinzione, che mi pare opportuna, è quella volta a definire le ragioni per le quali un soggetto ambisce a conoscere le proprie origini genetiche, tenendo ben distinta l'ipotesi in cui vi siano alla base motivi di natura sanitaria da quelli in cui, viceversa, tali esigenze non sussistano.

Ora, mi sembra indubbio che se la richiesta è dettata da gravi e comprovati problemi di salute dell'interessato, che potrebbero essere meglio affrontati risalendo ai genitori biologici, ogni altro controinteresse dovrebbe a rigore recedere (posto che le informazioni o il diretto contatto con i genitori, laddove necessario, potrebbero essere garantiti anche ai

diritto di famiglia e delle persone, 2004, 931, il quale sottolinea che «il diritto dei figli adottivi di risalire alle proprie origini va inquadrato nella generale e miope deriva della nostra società verso la moltiplicazione dei diritti dei singoli, senza porsi il problema di quanto siano compatibili con la tutela di esigenze sociali più trascendenti e quindi con i diritti altrui più fondamentali».

⁸⁵ Sul punto L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit., 97, parla di interessi pressoché inconciliabili. Sottolinea che la questione della conoscenza delle origini non è fatto individuale ma che riguarda più persone L. LUZZATTO, *Tebe e Corinto*, cit., 78. Anche P. PAZÉ, *Questioni e prospettive*, cit., 102-103, il quale osserva che tale conoscenza non riguarda solo l'adottato ma anche gli adottanti, i genitori biologici oltre che i familiari biologici, quali fratelli, ascendenti o zii naturali. Presta particolare attenzione anche ai diritti degli altri parenti biologici, altresì, C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608.

⁸⁶ Cfr. Corte d'appello di Torino, 22 luglio 2004.

solli responsabili della struttura ospedaliera). In questo caso, però, il bilanciamento non avviene tanto tra il diritto in sé e per sé all'identità biologica e gli altri eventuali controinteressi, ma tra questi ultimi e il ben distinto e preminente diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*⁸⁷.

Diversa, invece, si presenta l'opera di bilanciamento se la richiesta del figlio non è dettata da stretti motivi di salute ma dalla, pur comprensibile, aspirazione, in sé e per sé, a conoscere le proprie origini, seppure volta a conseguire un più adeguato sviluppo psico-fisico della persona.

In proposito, una parte della dottrina non ha mancato di invocare il principio del "*best interest of the child*" per sostenere, sempre e comunque, la prevalenza del diritto del figlio alla piena conoscenza sulle ragioni di genitori biologici e/o adottivi⁸⁸. In realtà, fatta eccezione per il ben più delimitato diritto di essere informati del proprio *status* di figlio adottato, illegittimo, frutto di fecondazione eterologa etc., che opportunamente dovrebbe essere garantito quando il soggetto è ancora minorenn⁸⁹, per il resto – ma soprattutto con riferimento ai veri e propri dati identificativi dei genitori naturali – va evidenziato che il diritto alla conoscenza delle proprie origini è diritto che di norma riguarda un soggetto già adulto⁹⁰ che, acquisita una sufficiente maturità, ambisce a ricostruire la propria storia pregressa, magari arrivando ad incontrare la famiglia di origine. Anzi, appare condivisibile la *ratio* della legge di riforma del sistema dell'adozione legittimante, laddove, fatta eccezione per i gravi e comprovati motivi⁹¹, riconosce tale diritto solo al soggetto che abbia raggiunto i ven-

⁸⁷ Evidenzia la preminenza della tutela del diritto alla salute su ogni altro interesse S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 430 ss. Altresì L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 233 ss.; J. LONG, *Diritto dell'adottato*, cit., 555.

⁸⁸ M. DI MASI, *Trattamento dei dati*, cit., 148, afferma che «se in passato il *best interest of the child* era garantito proprio dal *favor legitimitatis*, [...] oggi [...] il *best interest* del minore corrisponde tendenzialmente con la verità biologica». In un certo senso anche J. LAMÇE, E. ÇUNI, *The Right of the Children*, cit., che appunto discutono di diritto dei bambini di conoscere le loro origini. Imposta il proprio ragionamento sul *best interest* del minore anche S. STEFANELLI, *Parto anonimo*, cit., 833 ss.

⁸⁹ Sul punto, F. SANTANERA, F. TONIZZO, E. ALIBERTI, *Ti racconto*, cit., 800 ss.; P. PAZÉ, *Questioni e prospettive*, cit., 89 ss.

⁹⁰ O che comunque prescinde dall'età del soggetto interessato. Sul punto si vedano le opportune osservazioni di E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro "Famiglia e filiazione"*, *Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Catania, 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it e di L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 229.

⁹¹ Come si ricorderà, nel caso di soggetto minorenn, possono essere i genitori, per gravi e comprovati motivi, ad attivarsi presso l'autorità giudiziaria richiedendo l'accesso ai dati identificativi; mentre dal compimento del diciottesimo e fino al venticinquesimo

ticinque anni di età⁹², ritenendo al contrario che, prima del conseguimento di un certo sviluppo psico-fisico, l'adottato non sia in grado di affrontare al meglio una simile esperienza⁹³.

Si potrebbe allora dire che, salvo le ipotesi eccezionali, è proprio in nome del "massimo benessere possibile del minore" che si dovrebbe evitare che lo stesso viva, in una fase di non completa maturazione, quello che presumibilmente rischia di essere un evento comunque traumatico⁹⁴.

Spostando perciò l'ottica verso un bilanciamento di diritti contrapposti che siano tendenzialmente riconducibili a soggetti adulti, è, in primo luogo, possibile che il desiderio del figlio di accedere alla verità si scontri con gli interessi dei genitori adottivi⁹⁵ che rischiano di vedere minacciato il conseguito equilibrio familiare⁹⁶. Se, in passato, in un diverso sentire sociale, era sempre e comunque l'idea di famiglia legittima che aveva la predominanza sui possibili interessi del figlio adottato o illegit-

anno di età è l'interessato che può direttamente rivolgersi al Tribunale ma solo per gravi e comprovati motivi attinenti la sua salute psico-fisica.

⁹² Forse più opinabile è il riconoscimento del diritto dopo il compimento del venticinquesimo anno di età e non già al raggiungimento della maggiore età, magari previa valutazione della maturità del soggetto, ma in questo caso, come si dirà *infra sub* nota n. 99, pare che l'interesse sia più volto a tutelare la famiglia legittima per un arco temporale più ampio. In dottrina criticano sul punto la normativa R. PANE, *Favor veritatis*, cit., 261 ss.; S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 417 e, in maniera molto rigida, L. SACCHETTI, *Nuove norme*, cit, 99. Cerca, invece, di trovare una giustificazione in tale differenziazione L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 240, ritenendo che, pur maggiorenni, il soggetto infraventicinquenne sia pur sempre un adolescente «tentato di costruire una contrapposizione tra gli adottanti» che gli impongono regole con finalità educative e «i genitori d'origine [...] facilmente mitizzabili».

⁹³ Sull'esigenza di tutelare il minore da un'esperienza che potrebbe essere traumatica, B. BEOZZO, *Il minore adottato e le sue origini*, in *www.dirittominorile.it*. *Contra* R. PANE, *Favor veritatis*, 261 ss., la quale ritiene che anche il minore di età possa avere la maturità sufficiente ad affrontare la questione. Viceversa, L. LUZZATTO, *Tebe e Corinto*, cit., 77, evidenzia che anche l'accesso per il maggiore di venticinque anni può essere traumatico e necessita di corretto accompagnamento.

⁹⁴ Analizza con riferimento all'accertamento della filiazione il rapporto tra *favor veritatis* e *favor minoris* E. QUADRI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2003, 98 ss. Sull'interesse del minore si soffermano anche A. LAMORGESE, *Brevi note*, cit., 319 ss.; C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 696 ss.

⁹⁵ A cui possiamo affiancare il caso di genitori che abbiano fatto ricorso alle tecniche di procreazione eterologa, sul quale, tuttavia, ci si soffermerà *infra, sub* § 5.2.

⁹⁶ Non va sottovalutato il fatto che anche i genitori adottivi potrebbero avere interesse a conoscere la storia del figlio adottivo come evidenziano P. PAZÈ, *Questioni e prospettive*, cit., 102 e S. STEFANELLI, *Parto anonimo*, cit., 833 ss., nel qual caso potrebbe anche esserci non contrasto di interessi ma convergenza.

timo⁹⁷, tanto che si volevano assolutamente scongiurare il pericolo di una “doppia genitorialità”⁹⁸ o l’onta di uno *status* familiare non “classico”, la prospettiva appare oggi ribaltata. Sarà, infatti, il diritto del figlio a conoscere la verità sulle proprie origini a prevalere sulle, seppur comprensibili, preoccupazioni dei genitori giuridici⁹⁹, anche se a rischio di una «enfaticizzazione del diritto del sangue»¹⁰⁰ o di una caduta nel «riduzionismo biologico» che «in nome della certezza biologica, può travolgere rapporti costruiti negli anni, sostituendo ad essi la nuda trama dei geni»¹⁰¹.

Ancora più complesso si presenta, in secondo luogo, il bilanciamento realizzabile tra diritto del figlio alle proprie origini e diritto dei genitori biologici alla propria riservatezza. Sul punto vanno, tuttavia, distinti i casi in cui la madre biologica abbia chiesto di non essere nominata (c.d.

⁹⁷ Sulla protezione che la legge n. 184 del 1983 apprestava alla famiglia adottiva prima della riforma del 2001, G. ARATA, *Minore adottato e famiglia di origine in Italia ed in Inghilterra, con riferimento ad alcune sentenze della Corte europea*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, 849 ss.

⁹⁸ Cfr. S. MARZUCCHI, *Dei rapporti*, cit., 1801. Sul punto si veda il Tribunale Min. di Torino, 5 febbraio 1997, secondo il quale «dire che l’adottato avrebbe diritto a conoscere i propri genitori significa implicitamente dire che un legame tra i primi e i secondi sussiste ancora: significa, in altre parole, far riferimento ad una doppia genitorialità che invece l’adozione legittimante italiana ha dichiaratamente voluto escludere».

⁹⁹ Seppure, nel caso di adozione, dopo il compimento del venticinquesimo anno di età. Si noti che il comma 8 dell’art. 28 non prevede l’autorizzazione del Tribunale prevista per l’adottato maggiore di età laddove i genitori adottivi siano deceduti o divenuti irreperibili, il che induce, giustamente, M. DI MASI, *Trattamento dei dati*, cit., 150 e L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 248, a ravvisare in tale disposizione pur sempre un’implicita tutela della famiglia legittima e non una vera tutela dell’equilibrio psico-fisico dell’adottato maggiore di età ma infraventicinquenne.

¹⁰⁰ Cfr. A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere*, cit., il quale, peraltro, conclude osservando che «se un diritto del sangue ha da essere riconosciuto esso non può non valere in entrambe le direzioni e dovrebbe perciò consentire sia la ricerca da parte del figlio dei propri genitori sia la ricerca da parte di questi del proprio figlio, con le evidenti conseguenze che ciò può comportare in danno di chi ha riconosciuto come propri genitori solo coloro che gli hanno dato la vita non solo biologica ma nella pienezza di umanità». Criticano il cd. “mito del sangue”, altresì, F. SANTANERA, F. TONIZZO, E. ALIBERTI, *Ti racconto*, cit., 800. In proposito, P.G. GOSSO, *L’adottato alla ricerca*, cit., 208, si interroga sull’utilità di riallacciare, a distanza di anni, rapporti ma sorti e di richiamare in vita una famiglia mai nata.

¹⁰¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Tra diritto e società*, cit., 586-587, il quale, peraltro, si chiede se la verità biologica ad ogni costo sia una conquista o piuttosto una prigionia. In proposito anche M.R. MARELLA, *Il diritto dell’adottato*, cit., 1768 ss., osserva come il peso della verità biologica contro la saldezza delle relazioni affettive già instaurate rischia di portare ad una «vittoria della biologia sulla biografia». Sul punto L. FRANCO, *Autonomia della famiglia*, cit., 141, non ritiene che la novella della legge sull’adozione del 2001 sia caduta in tale riduzionismo biologico.

“parto anonimo”), da quelli in cui, viceversa, la madre non si sia avvalsa di tale facoltà, pur non portando avanti, per le più svariate ragioni, il rapporto familiare¹⁰².

In tale seconda ipotesi, alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, si deve concludere nel senso della prevalenza del diritto del figlio alla conoscenza¹⁰³ su quello del genitore al completo oblio¹⁰⁴, di modo che potrebbe accadere che quest'ultimo sia costretto, a distanza di anni, a fare i conti con un passato magari doloroso che riteneva sostanzialmente superato¹⁰⁵. E, tuttavia, è importante sottolineare che, in ogni caso, il diritto del figlio può al più spingersi sino al rintraccio del genitore biologico, non potendo però imporsi sulla volontà del medesimo di non incontrarlo né di ricreare un qualche tipo di legame¹⁰⁶. Il diritto alla riservatezza del genitore è, pertanto, destinato a cedere con riferimento all'accesso ai dati identificativi, ma torna a riespandersi nella sua interezza dinnanzi all'eventuale desiderio del figlio di ripristinare un qualche contatto o rapporto laddove il genitore non manifesti il medesimo intento¹⁰⁷.

¹⁰² Sarà oggetto di una finale riflessione l'ulteriore ipotesi del diritto o meno all'anonimato del genitore biologico in caso di ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa. Per un'analisi della posizione e dei diritti del padre biologico S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss.

¹⁰³ Che nel caso dell'adozione, come si è detto, sorge al compimento del venticinquesimo anno di età ovvero già con la maggiore età nel caso in cui i genitori adottivi siano morti o irreperibili.

¹⁰⁴ Secondo L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 233, la soccombenza del diritto alla riservatezza del genitore sul diritto del figlio alla conoscenza trova il suo fondamento nel principio di responsabilità per la procreazione.

¹⁰⁵ Sul punto, M. DOGLIOTTI, *Genitorialità biologica*, cit., 407, sottolinea l'esigenza di proteggere il genitore d'origine la cui vita potrebbe essere «sconvolta dall'improvvisa riapparizione del figlio perduto». Similmente A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere*, cit.

¹⁰⁶ Come nota L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 235, «nessuno può infatti imporre la propria presenza nella vita di un'altra persona salvo vi siano determinati rapporti giuridici familiari che le legano; rapporti che in questo caso è evidente come siano ormai inesistenti in modo definitivo». S. TACCINI, *Verità e segreto*, 437, evidenzia che la ricerca giudiziaria può arrivare a rintracciare e contattare la madre biologica ma che l'eventuale successivo incontro tra madre e figlio è estraneo dal campo di intervento del Tribunale. Anche A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit., ritiene che l'incontro con il genitore biologico sia eventualità di mero fatto e non diritto del figlio. *Contra* V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 23, secondo il quale la responsabilità della madre verso il figlio per il fatto della procreazione «la obbliga, quanto meno, ad incontrarlo e farsi conoscere».

¹⁰⁷ Il che potrebbe rappresentare, come osserva S. STEFANELLI, *Reversibilità*, cit.,

5.1. Segue: *diritto all'identità biologica e bilanciamento in caso di parto anonimo*

Diverso il bilanciamento nel caso di parto anonimo laddove, accanto alla contrapposizione tra diritto del figlio alla conoscenza e diritto della madre all'anonimato – che di per sé non giustificherebbe un trattamento differenziato rispetto all'ipotesi appena analizzata –, entrano, in realtà, in gioco altri valori di preminente interesse pubblico, valori che, nella sentenza n. 425 del 2005, avevano indotto la Corte costituzionale a rigettare la questione di legittimità allora posta, confermando di fatto l'assolutezza del segreto in caso di parto anonimo. Più in particolare, va sottolineato che il diritto riconosciuto alla madre di non essere nominata non è finalizzato solo a garantire a quest'ultima un più esteso (e, in tal caso, ingiustificato) diritto alla riservatezza, ma è in realtà funzionale al raggiungimento di altri e ben più elevati interessi sociali: tra cui, *in primis*, il diritto alla vita e alla salute tanto della madre quanto del nascituro, attraverso la prevenzione di abbandoni di neonati, infanticidi ed aborti¹⁰⁸. Come evidenziato dalla Corte costituzionale nel 2005, il parto in anonimato «mira evidentemente a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico e sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato»; la norma in oggetto, continua la Corte, «intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi» e ciò «spiega perché la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale»¹⁰⁹.

4051, un secondo abbandono che, tuttavia, può consentire al figlio di avviare un processo di rielaborazione più consapevole.

¹⁰⁸ Come già sottolineato da J. LONG, *Diritto dell'adottato*, cit., 553 ss., la prevalenza del diritto all'anonimato della madre sul diritto del figlio alla conoscenza non è riconosciuto in quanto diritto attribuito dalla legge per il perseguimento di un interesse privato quanto per conseguire finalità di pubblico interesse. Anche P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 208, sottolinea che la possibilità di partorire in segreto è tesa a dar protezione «a quel bene supremo che è il diritto alla vita del nascituro». Si soffermano sulla *ratio* della normativa in oggetto S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione*, cit., 192 ss.; L. CARLETTI, *Accesso dell'adottato*, cit., 890 ss. Ritene che la tutela della segretezza del parto e l'anonimato materno siano legati ad una concezione medievale della famiglia non più in linea con l'attuale contesto sociale V. CARBONE, *Un passo avanti*, cit., 17 ss.

¹⁰⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 425 del 2005, punto 4 del *Considerato in diritto*.

È alla luce di tali considerazioni che il recente cambiamento di giurisprudenza della nostra Corte – indotto evidentemente dalla pronuncia *Godelli* della Corte europea¹¹⁰ ed in base al quale deve essere stabilito per legge un procedimento che consenta al giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre per un'eventuale revoca della precedente dichiarazione di anonimato¹¹¹ – dovrebbe destare una certa preoccupazione e non tutto l'entusiasmo che sta, invece, suscitando in dottrina¹¹². Nella sentenza n. 278 del 2013, infatti, la Corte costituzionale, pur richiamando vari passaggi della pronuncia del 2005, analizza la questione da un diverso angolo prospettico e riconduce il fondamento della sostanziale ir-

¹¹⁰ Sebbene la nostra Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., ritenendo assorbita la violazione *ex art.* 117, primo comma, Cost., è indubbia l'influenza esercitata dalla sentenza *Godelli* sulla pronuncia del giudice costituzionale. Sul punto E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2013, §4; S. FAVALLI, *Parto anonimo*, cit., § 7; J. LONG, *Adozione e segreti*, cit., 289 ss.; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma 2014, 237 ss.; V. BALDINI, *Diritti fondamentali*, cit.; A. AMBROSI, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica versus interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium Iuris*, 2014, 671-672. *Contra* A. CIERVO, "Come se Strasburgo non ci fosse": la Corte costituzionale italiana e il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, in *www.federalismi.it*, il quale ritiene che la sentenza *Godelli* non abbia inciso nel merito delle argomentazioni della Corte costituzionale. Merita una segnalazione il fatto che, pur essendo intervenuta la sentenza *Godelli*, alcuni Tribunali hanno continuato a seguire l'orientamento espresso dalla Consulta nella pronuncia del 2005: in tal senso, Trib. Min. Reggio Calabria, 23 ottobre 2012 e 14 maggio 2013, 56, in cui il Tribunale ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale che verrà poi sollevata dal Tribunale Min. Catanzaro.

¹¹¹ A. AMBROSI, *Interesse*, cit., 670, osserva che la pronuncia della Corte riguarda solo i soggetti che siano stati adottati, laddove per il figlio di madre anonima che non sia stato adottato dovrebbe essere promosso un nuovo giudizio di costituzionalità con riferimento all'art. 93 del d.lgs. 196 del 2003.

¹¹² Si sono espressi a favore della sent. n. 278 del 2013, V. CARBONE, *Un passo avanti*, cit., 15 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il segreto sulle origini perde il carattere irreversibile ma la donna può decidere di restare nell'anonimato*, in *Guida al diritto*, 21 dicembre 2013, n. 49, 20 ss.; A. CIERVO, "Come se Strasburgo", cit.; S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 433 ss.; S. STEFANELLI, *Reversibilità*, cit., 4046 ss.; A. AMBROSI, *Interesse*, cit., 667 ss. Per posizioni critiche, seppur riferite alla sentenza *Godelli* e al rinvio che darà poi origine alla sent. 278 del 2013, si vedano: P.G. GOSSO, *Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto in anonimato?*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 822 ss.; M. CERASE, *Il parto in anonimato*, cit. Particolarmente allarmate dopo la sent. n. 278 del 2013 sono numerose organizzazioni aderenti al CSA (Coordinamento Sanità e Assistenza fra i movimenti di base) che hanno chiesto il ritiro dei ddl. Bossa e Marzano (sui quali brevemente *infra, sub nota* n. 119), la cui lettera è consultabile nel sito *www.anfaa.it*.

reversibilità del segreto in caso di parto anonimo a due distinte esigenze: quella, innanzitutto, «di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo "diritto all'oblio"» e quella, in secondo luogo, «di salvaguardare *erga omnes* la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato»¹¹³. Tale diversa impostazione induce la Corte a dichiarare eccessivamente rigida la disciplina legislativa in oggetto, posto che «né l'una né l'altra esigenza può ritenersi dirimente: non la prima, in quanto al pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini; non la seconda, dal momento che la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta [...] affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione»¹¹⁴. La Corte, inoltre, fa leva sul fatto che una rinuncia irreversibile non solo alla genitorialità giuridica ma anche a quella naturale finisce con l'introdurre «nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.»¹¹⁵.

E, tuttavia, a me pare che la prospettiva "diacronica"¹¹⁶, sulla quale ruota il ragionamento alla base della sentenza del 2013, finisca col perdere di vista quella che, invece, è la vera *ratio* della legge così come individuata nella pronuncia del 2005, laddove la Consulta opportunamente evidenziava che «la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà»¹¹⁷. Mi chiedo, in altre parole, se il varco oggi aperto nell'as-

¹¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁶ È la stessa Corte cost. ad affermare, al punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. n. 278 del 2013, che si deve riflettere sul profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre.

¹¹⁷ Cfr. Corte cost., n. 425 del 2005, punto 4 del *Considerato in diritto*. Secondo J.

solutezza dell'anonimato non possa di per sé indurre una donna, che chiaramente si trova in una situazione di grave disagio emotivo, a preferire quelle scelte irreparabili che si dovrebbero scongiurare, pur di non correre il rischio in un futuro, seppur remoto, di veder nuovamente riemergere una fase estremamente dolorosa della sua vita¹¹⁸. Anche se non si può a priori escludere che la madre possa in seguito pentirsi della propria scelta e voglia rintracciare il figlio abbandonato¹¹⁹ e sebbene rimanga pur sempre nella disponibilità della donna la scelta di revocare o meno il proprio anonimato¹²⁰, ritengo che l'attenzione non debba essere rivolta al futuro ma debba concentrarsi sul particolare e preciso momento in cui la donna, che non intende tenere con sé il bambino, è posta dinnanzi alla delicata scelta tra il proseguire o interrompere la gravidanza. Ebbene, a me pare che la garanzia dell'irreversibilità del segreto,

LONG, *Adozione e segreti*, cit., 291, nella sent. del 2013 viene considerato accettabile anche il rischio che la donna, temendo la futura violazione della propria riservatezza, scelga di abortire o abbandonare clandestinamente il figlio.

¹¹⁸ Altresì, A.C. MORO, *Il desiderio di conoscere*, cit. Al contrario S. TACCINI, *Verità e segreto*, cit., 433, ritiene che la scelta di abbandonare il figlio in anonimato può risultare meno penosa e più sopportabile se la donna percepisce il segreto «come revocabile e possibile oggetto di futura ed eventuale diversa riflessione».

¹¹⁹ Sul punto P. PAZÉ, *Questioni e prospettive*, cit., 95-96, sottolinea che non tutte le donne trovano una garanzia nella inviolabilità del segreto essendoci madri che lasciando il figlio vorrebbero in futuro rivocerlo. L'A. auspica, pertanto, una disciplina che, a seconda dei casi, consenta alle madri di fare scelte diversificate. Sebbene non sia possibile in questa sede analizzare nel dettaglio ciò che prevedono i disegni di legge presentati in Parlamento a modifica dell'art. 28, l. n. 184/1983, si segnala che il ddl. Campana e il ddl. Rossomando prevedono una procedura differenziata rispetto a quella indicata dalla Corte costituzionale che, pur rispettando la *ratio* dell'istituto del parto in anonimato, rende reversibile il segreto. Tali progetti dispongono, infatti, che in ogni momento la madre possa rinunciare, con apposita comunicazione in Tribunale o al Garante per la protezione dei dati, al proprio anonimato. In seguito, laddove il figlio si rivolga al Tribunale e vi sia stata precedentemente la revoca da parte della madre, i dati possono essere comunicati. La disciplina mi pare, tuttavia, piuttosto aleatoria e forse penosa dal punto di vista psicologico sia per la madre che, pur creandosi un'illusione, magari non verrà mai contattata, sia per il figlio che potrebbe vivere nella mancata revoca dell'anonimato un secondo rifiuto. Si tratta, in ogni caso, di progetti, a mio avviso, preferibili rispetto agli altri che prevedono che, su richiesta del figlio, il Tribunale contatti la madre (ddl. Bossa, Marzano e Cesaro) o che consentono direttamente l'accesso ai dati identificativi al compimento da parte dell'adottato del quarantesimo anno di età (ddl. Sarro).

¹²⁰ Il che induce G. FINOCCHIARO, *Il segreto sulle origini*, cit., 20 ss., a ritenere che a seguito della sentenza della Corte costituzionale le facoltà della madre risultano ulteriormente ampliate. Già in precedenza L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza*, cit., 161 ss., aveva criticato la sent. n. 425 del 2005, ritenendo che la possibilità per la madre di revocare il segreto avrebbe meglio tutelato la donna. In tal senso anche J. LONG, *Diritto dell'adottato*, cit., 556; S. MARZUCCHI, *Dei rapporti*, cit., 1804-1805.

come percepita dall'interessata in quel particolare frangente, sia meglio in grado di conferire alla gestante quella serenità e tranquillità di cui la stessa ha bisogno per compiere una scelta a favore della vita, che è presupposto indefettibile perché di un diritto alla conoscenza delle proprie origini si possa anche solo semplicemente iniziare a discorrere. Pienamente condivisibili risultano sul punto le osservazioni del giudice Andrés Sajó che, nella propria opinione dissenziente nel caso *Godelli*, afferma che «la protezione dell'anonimato è una misura che concorre al diritto alla vita del bambino: nel caso di specie, la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell'anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la sua salute e per quella di sua madre». «L'anonimato» prosegue il giudice «è legato all'obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, che è la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione».

In conclusione, in caso di parto anonimo, il bilanciamento non è semplicemente tra il diritto all'anonimato della madre e quello alla conoscenza delle proprie origini da parte del figlio, ma riguarda tali due diritti privati ed il preminente interesse pubblico a prevenire aborti, infanticidi e abbandoni e a tutelare il diritto alla vita¹²¹, in nome del quale, laddove necessario, ogni altra posizione giuridica dovrebbe recedere¹²² e, a maggior ragione, quella dell'accesso alle origini biologiche¹²³ che è proprio nel diritto alla vita che trova il suo indispensabile fondamento¹²⁴.

Anzi, a rigore, si deve riscontrare che di un eventuale conflitto tra diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza si può in concreto (e non solo a livello teorico) discorrere solo dopo la nascita

¹²¹ Secondo S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione*, cit., 200, il bilanciamento va operato tra tutela della salute della madre (e del figlio) e diritto all'identità personale del figlio e deve andare nel senso della prevalenza del primo sul secondo e, tuttavia, se *ex post* sorgono problemi di salute del figlio in questo caso a prevalere saranno i diritti di quest'ultimo.

¹²² C. INGENITO, *Il diritto del figlio*, cit., 1608. In generale sulla possibile contrapposizione tra diritti individuali e interessi pubblici R. BIN, *Nuovi diritti*, cit., 91 ss.; A. MORRONE, "Diritti contro diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 93 ss.

¹²³ Salvo l'ipotesi in cui l'accesso all'identità della madre biologica sia finalizzato a tutelare la salute del figlio, ma sul punto valgono le considerazioni già svolte *supra*, sub § 5. In merito L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 243-244.

¹²⁴ Si vedano anche le osservazioni di D. PARIS, *Parto anonimo*, cit., il quale ritiene che in luogo di un astratto bilanciamento dei diritti coinvolti debba preferirsi una realistica considerazione della situazione drammatica cui fa riferimento la legge.

di quest'ultimo e a condizione che la stessa avvenga, laddove, al momento del parto, non vi è conflitto ma concordanza tra la posizione della madre e quella del nascituro, la cui salute è appunto meglio preservata dall'irreversibilità dell'anonimato¹²⁵.

5.2. Segue: *diritto all'identità biologica e bilanciamento in caso di fecondazione eterologa*

A chiusura della ricerca sin qui condotta, merita un ulteriore approfondimento un'ultima ipotesi di bilanciamento di diritti finora rimasta un po' sullo sfondo: quella, in particolare, che può sorgere laddove i genitori giuridici abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa e, quindi, nella vicenda sia coinvolto, in qualità di genitore biologico, un donatore esterno alla coppia¹²⁶.

Anche in questo caso è, infatti, evidente che il diritto del figlio alla conoscenza sia delle vere modalità con le quali è avvenuto il concepimento, sia dei dati genetici pur non identificativi, sia, infine, della vera e propria identità del genitore biologico può entrare in contrasto con gli interessi dei genitori giuridici, da un lato, e con il diritto alla riservatezza e all'anonimato del donatore, dall'altro¹²⁷.

Sul punto è possibile constatare che, in maniera non dissimile da quanto accaduto per la fattispecie dell'adozione, l'evoluzione sociale sta via via sostituendo il dogma dell'assoluto segreto con un riconoscimento sempre più ampio del diritto del figlio alla conoscenza della verità.

¹²⁵ Secondo P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca*, cit., 208, essendo il parto in anonimato finalizzato a tutelare i diritti primari del minore è inimmaginabile che esso «possa in qualche modo entrare in conflitto con altri pretesi diritti, e tanto meno con i diritti di quegli stessi adulti che, neonati, ne avevano ricevuto diretto beneficio». Anche A.O. COZZI, *La Corte costituzionale*, cit., 4606, osserva che il conflitto tra madre e figlio sorge solo dopo la nascita, mentre la disciplina del parto anonimo coglie i protagonisti della vicenda in un momento in cui sono portatori di posizioni giuridiche diverse ma tra loro concordanti e non confliggenti.

¹²⁶ Per ogni ulteriore approfondimento si rimanda al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) del 25 novembre 2011, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, in www.governo.it/pareri/abstract_diritto_conoscere_proprie_origini.pdf.

¹²⁷ Si vedano il parere del CNB; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. famiglia*, 2012, 815 ss.; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 90 ss.

Se, infatti, negli anni '90, in quegli ordinamenti che già prevedono e disciplinano le tecniche di fecondazione eterologa, vi era una certa propensione al mantenimento dell'anonimato del donatore, in tempi più recenti si sta assistendo ad un'inversione di tendenza che favorisce il diritto del figlio a potere accedere alle informazioni relative alla propria storia personale, comprese quelle riguardanti i dati identificativi del genitore biologico¹²⁸.

In effetti, alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, non mi pare vi siano giustificazioni ragionevoli per differenziare la posizione dell'adottato o del nato fuori del matrimonio da quella del soggetto nato a seguito di fecondazione artificiale eterologa¹²⁹: nel momento in cui, come si è visto, il desiderio di conoscere le proprie origini giunge a qualificarsi quale diritto fondamentale alla propria identità personale, tale diritto deve essere garantito anche – se non a maggior ragione – a favore di quel figlio che, in fin dei conti, non è frutto della natura ma prodotto della scienza, cui soggetti adulti si rivolgono con coscienza e volontà¹³⁰. Anzi, come osservato in dottrina, mentre nel caso dell'adozione alcune limitazioni al diritto all'identità biologica possono essere dettate sia dall'esigenza «di preservare la coesione e l'armonia della famiglia adottiva anzitutto nell'interesse dell'adottato» sia dall'esigenza «di salvaguardare la vita del nascituro e la tutela della donna attraverso la garanzia della possibilità del parto anonimo, non sembra però che ricorrano esigenze analoghe anche nel caso della fecondazione eterologa»¹³¹, dove non c'è nessuna situazione di abbandono di un minore e l'anonimato finisce col tu-

¹²⁸ L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini*, cit., 815 ss. Per una ricerca recente su alcuni ordinamenti europei, P. PASSAGLIA (a cura di), *La fecondazione eterologa*, 2011, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁹ Non ritengono giustificabili differenziazioni, altresì, C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad.*, cit., 735 ss.; M.G. MARELLA, *Il diritto dell'adottato*, cit., 1768; L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., 236-237; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit. *Contra* A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.lettereriformiste.org, la quale ritiene che i donatori di gamete non possano qualificarsi come "genitori", neanche biologici. Anche nel parere del CNB vengono evidenziate le differenze tra PMA e adozione tali da ammettere discipline differenziate.

¹³⁰ Nel parere del CNB si sottolinea il fatto che la discriminazione iniziale che subiscono i nati da fecondazione eterologa dovrebbe, per un minimo di equità, suggerire almeno il riconoscimento del diritto di avere accesso ai dati relativi all'identità del genitore biologico.

¹³¹ Cfr. E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in www.dimt.it. In tal senso anche A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit.

telare prevalentemente i soli desideri degli adulti¹³² a discapito dei diritti che dovrebbero essere garantiti ai figli¹³³.

Alla possibile obiezione secondo cui l'esclusione dell'assoluto anonimato può comportare una "carestia di spermatozoi", poiché il numero dei donatori in tal caso si riduce notevolmente a danno delle coppie infertili che desiderano un figlio¹³⁴, si deve ancora una volta contrapporre il preminente interesse del nato posto che le tecniche di fecondazione assistita «non devono essere funzionali al bisogno degli adulti, quanto piuttosto obbedire alla logica di porsi al servizio della vita»¹³⁵.

Peraltro, al di là di ogni valutazione sul piano etico, ritengo che tanto i genitori giuridici quanto il genitore biologico debbano assumere piena responsabilità delle proprie scelte e, in questo caso, è evidente che riconoscere al figlio il diritto ad essere informato delle modalità con cui egli è nato, nonché la possibilità di accedere ai dati identificativi del donatore, contribuisce a responsabilizzare tutti i soggetti adulti coinvolti nella vicenda, rendendoli più consapevoli delle conseguenze delle proprie azioni¹³⁶.

Se è, inoltre, indubbio che il figlio debba essere accompagnato sul piano psicologico in una rivelazione che potrebbe risultare fortemente traumatica¹³⁷, è altrettanto importante riconoscere che un totale segreto

¹³² L. LENTI, *Adozioni e segreti*, cit., 237.

¹³³ Come sottolinea G. CHIAPPETTA, *Diritto a conoscere*, cit., l'anonimato non si giustifica nel preminente interesse del nato, mentre «la finzione sembra tutelare maggiormente il desiderio egoistico di avere un figlio come proprio [...] con la conseguente deresponsabilizzazione dei donatori». In parte contrario L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini*, cit., 815 ss., il quale, pur ritenendo che il figlio debba essere informato del fatto che i genitori sono ricorsi alla fecondazione eterologa, non ritiene che vi sia giustificazione al diritto del figlio di conoscere l'identità della persona che ha messo a disposizione i propri gameti.

¹³⁴ Sul punto si vedano il parere del CNB e le osservazioni di L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini*, cit., 815 ss., dove si sottolinea tutta una serie di rischi legati alla caduta totale dell'anonimato: dalla riduzione del numero dei donatori; alle interferenze sulla privacy della famiglia sociale; alle ripercussioni sull'equilibrio psicologico del donatore e della sua eventuale famiglia; alla possibile commercializzazione degli elementi del corpo umano; all'eventualità che chi accede alla PMA possa scegliere il donatore con percorsi selettivi da evitare.

¹³⁵ Cfr. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore*, cit., 797.

¹³⁶ Sottolineano l'importanza che i genitori che ricorrono alla fecondazione assistita assumano piena responsabilità della loro scelta verso il nascituro, visto quale soggetto debole da tutelare, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit.; M.G. PETRUCCI, *La fecondazione artificiale: un terreno di frontiera*, in *Idee*, 2000, 162.

¹³⁷ A tal proposito il CNB, nel proprio parere, ritiene che il figlio debba essere accompagnato in questo percorso anche dal sostegno di consulenti specializzati.

finirebbe con il ledere non solo l'identità personale ma la dignità stessa di una persona¹³⁸, forse già in parte lesa «dallo stesso carattere artificiale del concepimento, per cui il nato è fatto oggetto di un potere dell'adulto»¹³⁹.

Si tratta di problematiche estremamente complesse e delicate con le quali, tuttavia, anche all'interno del nostro ordinamento ci si troverà sempre più spesso a far i conti posto che, come già ricordato, a seguito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, anche in Italia è caduto il divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Nonostante la Corte costituzionale, nella propria pronuncia, abbia ritenuto che nel sistema vigente «siano identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo»¹⁴⁰, è, a mio avviso, comunque opportuno che il legislatore intervenga regolamentando in maniera scrupolosa e attenta la materia, tenendo in debita considerazione soprattutto i diritti e la dignità del figlio¹⁴¹, che è il soggetto a cui si rivolge la responsabilità genitoriale¹⁴².

¹³⁸ Come affermato da M. WARNOCK, *The Good of Child*, in *Bioethics*, 1987, 151, «I cannot argue that children who are told their origins, if they are AID children are necessarily happier, or better off in any way that can be estimated. But I do believe that if they are not told, they are being wrongly treated». In proposito, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini*, cit., 815 ss.

¹³⁹ Cfr. E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza*, cit., a cui si rimanda per le ulteriori profonde riflessioni. Sul punto anche A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit., il quale sottolinea che la fecondazione eterologa anziché offrire una famiglia ad un minore, come nel caso dell'adozione, procura un figlio ad una coppia, già privandolo del diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia.

¹⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto 11 del *Considerato in diritto*. Più nello specifico, con riferimento al diritto a conoscere la propria identità genetica, nel punto 12 del *Considerato in diritto*, la Corte ritiene che, con gli ordinari strumenti interpretativi, si possa far riferimento alla disciplina dell'anonimato che concerne la donazione di tessuti e cellule umani nonché a quella prevista dall'art. 28 della l. n. 184/1983 per l'istituto dell'adozione richiamando la propria precedente sent. n. 278 del 2013. Ragionava sulla possibilità di applicare la disciplina prevista per l'adozione anche alla PMA eterologa già A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa*, cit., il quale tuttavia concludeva ritenendo non possibile un'applicazione analogica per le sostanziali diversità esistenti tra le due fattispecie.

¹⁴¹ Ritiene necessario l'intervento del legislatore a presidio della tutela identitaria del nato E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza*, cit.

¹⁴² In tal senso si era già espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 347 del 1998, resa proprio con riferimento alla fecondazione eterologa all'epoca non vietata in Italia, laddove sottolineava la preminenza dei diritti del nuovo nato «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità».

PROPORZIONALITÀ, DIRITTI, DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. Proporzionalità: una discussione globale. – 2. Tre osservazioni preliminari. – 2.1. Principio di proporzionalità e test di proporzionalità. – 2.2. Proporzionalità e ragionevolezza. – 2.3. Questioni fattuali e questioni normative nei test di proporzionalità. – 3. Proporzionalità come fattore di erosione dei diritti fondamentali? – 3.1. L'inevitabilità del bilanciamento. – 3.1.1. Il diritto costituzionale "per principi". – 3.1.2. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi. – 3.1.3. Strategie di aggiramento. – 3.1.3.1. Prima strategia: scrittura costituzionale rigorosa e minimalismo dei diritti. – 3.2. Al cuore dei diritti. – 4. Il principio di proporzionalità come limitazione della politica democratica? – 4.1. Democrazia e *judicial review*. – 4.2. *Judicial review* e proporzionalità. – 5. Proporzionalità e costituzionalismo dei diritti: verso una cultura della giustificazione.

1. *Proporzionalità: una discussione globale*

Il principio di proporzionalità è diventato uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, di fatto una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici (specialmente giudici) sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione di modelli giuridici e di standard di argomentazione¹.

* Ringrazio Giulio Itzcovich, Gianluigi Palombella, Marco Ruotolo e un referee anonimo per gli utili commenti su una versione precedente di questo scritto. Un'ulteriore versione è stata discussa presso il Departament de Dret della Universitat Pompeu Fabra, Barcellona (giugno 2014), dove ho potuto beneficiare in particolare delle osservazioni di Alberto Carrio, José Juan Moreso, Lorena Ramirez, e Chiara Valentini.

¹ A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165 (il test di proporzionalità è un «global constitutional standard», 80); D. BEATTY, *The Ultimate Rule of*

Da un punto di vista ricostruttivo, numerose ragioni possono essere indicate per il successo pressoché irresistibile del principio di proporzionalità nella cultura giuridica contemporanea: lo stretto legame tra la proporzionalità e la cultura, ormai globale, dei diritti umani – il “costituzionalismo dei diritti”²; la possibilità (apparente o reale che sia), offerta dal test di proporzionalità, di una procedura per trattare in sede giudiziaria complesse questioni di compatibilità tra diritti fondamentali, o tra diritti e politiche pubbliche, scomponendo tali questioni in diversi aspetti più circoscritti e maneggiabili; l’influenza dello stile argomentativo della giurisprudenza tedesca (amministrativa prima, costituzionale poi) su altre corti, e in particolare sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, e su quella della Corte europea di giustizia (ora Corte di giustizia dell’Unione europea), che poi a loro volta esercitano considerevole influenza su altre corti nazionali e sovranazionali; l’influenza esercitata sulla cultura giuridica internazionale dall’opera di autori come Robert Alexy, David Beatty, e Aharon Barak³ (quest’ultimo a sua volta ex giudice e Presidente della corte costituzionale israeliana, nel cui ambito ha impiegato in maniera affatto intensiva lo strumento della proporzionalità).

Uno dei segni tangibili della notorietà attualmente assunta dal principio di proporzionalità è il fatto che il dibattito dottrinario e teorico-generale più recente sulla proporzionalità (e sul tema, affine, del bilanciamento) sta conquistando adesso la ribalta accademico-scientifica anglosassone. Di contro, fino a poco meno di un decennio fa se ne occupavano in maniera quasi esclusiva studiosi europei continentali: per lo più tedeschi, italiani, spagnoli, con qualche sporadica incursione anglosassone associata per lo più alla produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo, e della Corte europea di giustizia⁴. Ciò sta provo-

Law, Oxford 2004, 162 («proportionality is a universal criterion of constitutionality»); A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (2010), Cambridge 2012, cap. 7; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013, cap. 1.

² L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, 47-72; K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna 2013, capp. 3 e 4.

³ Tra i lavori più significativi, cfr. rispettivamente R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna 2012; D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit.; A. BARAK, *Proportionality*, cit.

⁴ Per la letteratura europea si vedano i ricchi riferimenti bibliografici in G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000. Come esempi di trattazioni nella letteratura anglosassone antecedenti al dilagare del dibattito nell’ul-

cando anche un graduale spostamento dei temi del dibattito: gran parte del dibattito “europeo”, per così dire, era tradizionalmente caratterizzato soprattutto da preoccupazioni analitiche e descrittive, cioè dalla minuziosa ricostruzione delle varie fasi del giudizio di proporzionalità, dalla discussione del rapporto tra il test di proporzionalità e le tecniche del bilanciamento e del test di ragionevolezza, dalla analisi dei protocolli argomentativi effettivamente praticati dalla giurisprudenza, e dalla rispondenza tra i modelli astratti e la pratica effettiva delle corti. Di contro, il dibattito “anglosassone” (che chiamo così solo in virtù della lingua in cui si svolge, mentre ad esso prendono attivamente parte anche numerosi studiosi europei) è ispirato a preoccupazioni maggiormente normative e filosofico-politiche, quali: il problema del grado di discrezionalità giudiziale associato all’uso di questa tecnica argomentativa, con conseguente spostamento di potere decisionale, in delicate materia di *public policy*, da parlamento e governo ad organi non dotati di rappresentatività democratica; la tensione tra il principio di proporzionalità e il requisito di inviolabilità dei diritti fondamentali; i vantaggi e gli svantaggi dell’utilizzo del test di proporzionalità rispetto al ricorso ad altre tecniche decisionali⁵.

timo decennio, E. ELLIS (cur.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp 2002.

⁵ Ecco un campione sufficientemente rappresentativo, ma ovviamente approssimato per difetto, del dibattito teorico-generale internazionale più recente: D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit.; V. JACKSON, *Being Proportional About Proportionality*, in *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, 803-859; J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 1, 2006, 174-207; D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, 2, 2007, 383-397; A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit.; IDD., *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, in *Emory Law Journal*, vol. 60, 2011, 101-169; I. PORAT, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (cur.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht 2009; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 3, 2009, 468-493; A. BARAK, *Proportionality*, cit.; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2, 2010, 141-175; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, 2010, 179-202; B. SCHLINK, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2012, 291-302; ID., *Proportionality*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (cur.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 3, 2012, 709-731; M. KLATT, M. MEISTER,

Non dirò molto altro, qui, sulle possibili spiegazioni sociologiche della diffusione planetaria del principio di proporzionalità, anche se alla fine di questo scritto (§ 5) proverò a ricondurre alcuni dei fattori appena menzionati alla pervasiva diffusione di una più generale “cultura della giustificazione”, che tende sempre di più a sostituirsi a, o quantomeno ad integrare, la ben più tradizionale mentalità imperativistica propria delle concezioni moderne del diritto e dello stato. Non intendo nemmeno soffermarmi (salvo le poche, brevissime osservazioni che svolgerò tra un istante: § 2), su una analisi strutturale o argomentativa del test di proporzionalità, aspetto questo su cui, come ho detto, sono già stati prodotti numerosi e approfonditi studi⁶.

Intendo invece discutere due questioni di fondo, entrambe attinenti al profilo sostanziale della legittimità, per così dire, dell'utilizzazione del test di proporzionalità in sede giudiziaria. La prima questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo sempre più diffuso del test di proporzionalità, da una parte, e l'intensità della tutela che ci aspettiamo debbano ricevere i diritti fondamentali, dall'altra (§ 3). La seconda questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo giudiziario del test di proporzionalità e la democrazia, ossia il problema se le corti che impiegano il test di proporzionalità non finiscano forse per assumere, o per usurpare, un ruolo che da ogni punto di vista dovrebbe appartenere alla competenza del legislatore democraticamente *accountable* (§ 4). Concluderò con alcune brevi riflessioni sul nesso tra il principio di proporzionalità e ciò che chiamerò la cultura giuridico-politica della giustificazione (§ 5).

2. Tre osservazioni preliminari

Come appena accennato, prima di affrontare le due questioni principali oggetto di questo contributo premetterò alcune brevissime e rapsodiche osservazioni su alcuni aspetti della proporzionalità – o, forse più precisamente, del dibattito dottrinario che fiorisce a margine di essa.

The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford 2012; V. PERJU, *Proportionality and Freedom. An Essay on Method in Constitutional Law*, in *Journal of Global Constitutionalism*, vol. 1, 2, 2012, 334-367; G. HUSCROFT, B.W. MILLER, G. WEBBER (cur.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge 2014.

⁶ Per esempio, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit.; A. BARAK, *Proportionality*, cit., 243-370; B. SCHLINK, *Proportionality*, cit.; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 711-716; M. KLATT, M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit.

Che uno sforzo di chiarificazione definitoria e concettuale sia opportuno, d'altronde, è suggerito da un vizio ricorrente rilevabile nel recente dibattito internazionale sulla proporzionalità; il vizio consiste nel criticare il principio di proporzionalità esclusivamente o principalmente a partire dall'uso che ne è stato fatto in alcune specifiche decisioni (talvolta una sola), o come appare dalla ricostruzione offertane da parte di alcuni specifici autori⁷. In altre parole, spesso si procede così: *a*) si analizza qualche decisione giudiziaria che l'autore considera particolarmente critica-bile, individuandone il difetto nell'uso che vi si fa della proporzionalità; *b*) si asserisce, per generalizzazione, che la proporzionalità non è nient'altro che quella cosa che è stata applicata in quella specifica decisione; *c*) se ne trae la conclusione, scontata, che l'uso giudiziario della proporzionalità è *in sé* indesiderabile. In questo modo, anziché cercare di elaborare un modello coerente di proporzionalità, specifiche istanze (di solito particolarmente infelici) di uso del test di proporzionalità vengono elevate ad elementi definitori o a conseguenze indefettibili *della proporzionalità in sé*. Ora, evidentemente non ho nulla in contrario rispetto ad analisi critiche tendenti a mettere in luce le debolezze di qualunque tecnica argomentativa. Tuttavia, ritengo in via generale che il primo passo anche di una simile analisi critica debba consistere nel costruire un modello coerente, credibile, di una simile tecnica, e poi verificare *a*) i pregi e i difetti del modello così costruito, e *b*) se il modello teorico così individuato esista anche nella pratica.

(Il lettore non particolarmente appassionato a questioni analitiche e definitorie può direttamente procedere, senza grave pregiudizio per la comprensione dell'argomento generale sviluppato nel saggio, al § 3.)

2.1. Principio di proporzionalità e test di proporzionalità

Una prima osservazione è terminologica: si parla indifferentemente, nel dibattito sulla proporzionalità, di "test di proporzionalità" e di "principio di proporzionalità". Si tratta di una variazione terminologica tutto sommato innocua, anche se ovviamente altra cosa è un principio, altra cosa è un test.

Il *test* di proporzionalità è una procedura argomentativa (ben nota nei suoi tre o quattro passaggi: legittimità, adeguatezza, necessità, pro-

⁷ Questo punto è colto con esattezza, ad es., da K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 710.

porzionalità in senso stretto o bilanciamento⁸), che scompone e disciplina le varie valutazioni che possono essere adottate nell'esame dell'ammissibilità di una interferenza nei confronti di un diritto fondamentale, da parte di una misura pubblica che intende perseguire un interesse pubblico o tutelare un altro diritto fondamentale.

Il *principio* di proporzionalità è invece, per l'appunto, un principio, cioè – come tutti i principi – una norma che è caratterizzata da un elevato grado di genericità, di indeterminatezza, ed è considerata particolarmente importante nella cultura giuridica di riferimento⁹. Ora, come per qualunque altro principio giuridico, anche per il principio di proporzionalità ci si può legittimamente domandare quale sia il suo contenuto, e quale sia il suo fondamento normativo.

Il *contenuto* del principio di proporzionalità può essere identificato nell'esigenza che ogni eventuale limitazione di un diritto fondamentale sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un altro diritto, e avvenga nella maniera meno invasiva possibile; in tal senso, il principio di proporzionalità costituirebbe una specificazione di un principio o canone o esigenza ancora più ampio: la ragionevolezza o non arbitrarietà delle decisioni giuridiche¹⁰. L'indeterminatezza e la genericità di questo principio (così come di tutti i principi) comportano che vi possano essere vari modi per dare pratica attuazione all'esigenza assiologica espressa dal principio di proporzionalità. Un modo potrebbe consistere, ad esempio, nel fare direttamente un bilanciamento tra i diritti o principi in gioco, una valutazione più o meno intuitiva della accettabilità della misura impiegata alla luce dell'importanza dei diritti considerati e della gravità del sacrificio loro imposto. Un altro modo potrebbe essere di condurre una

⁸ Tre o quattro passaggi perché alcuni autori tendono a mettere tra parentesi il primo dei quattro passaggi indicati nel testo, quello relativo alla legittimità del fine perseguito dal legislatore: cfr. ad es. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133; ID., *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 1, 2010, 24; J. RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, xxxi-xxxii; J.J. MORESO, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*, in *Ratio Juris*, vol. 25, 1 2012, 36.

⁹ Per una più dettagliata analisi delle caratteristiche strutturali e argomentative dei principi giuridici, rinvio a G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, cap. 4; ID., *Principi e argomentazione giuridica, in Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, cap. 1; R. ALEXI, *The Reasonableness of Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (cur.), *Reasonableness and Law*, cit.

analisi costi-benefici sulla base di grandezze numeriche, ad esempio dopo aver assegnato un valore economico a – o quantificato in altro modo – ciascuno dei diritti o interessi in gioco¹¹. E un altro modo ancora, infine, potrebbe consistere nell'impiegare il test di proporzionalità nella forma oggi conosciuta, o in qualche sua ulteriore variante¹². Il *principio* di proporzionalità, dunque, *giustifica* il ricorso al *test* di proporzionalità, ma non si identifica con esso. Ovvero: il test di proporzionalità è uno dei modi, anche se non l'unico, di attuare il principio di proporzionalità.

Quanto al *fondamento normativo* del principio di proporzionalità, assai raramente esso si presenta come un principio *esplicito*, cioè formalmente sancito in un testo costituzionale¹³. Di solito, il principio di proporzionalità è un principio *implicito*, ricavato in via argomentativa a partire dal modo in cui sono formulate le clausole costituzionali che contengono limitazioni ai diritti fondamentali: tali clausole infatti rendono ammissibili le limitazioni legislative dei diritti solo nella misura e nelle forme che siano «necessarie in una società democratica», o simili¹⁴. Nel

¹¹ Una recente, sofisticata proposta di questo tipo è in G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 1, 2, 2012, 337-374.

L'idea che il giudizio di proporzionalità si traduca *inevitabilmente* in una comparazione di tipo utilitaristico tra i beni in gioco (in tal modo distorcendo gravemente la logica dell'inviolabilità associata ai diritti fondamentali) è una critica ricorrente all'utilizzo giudiziario della proporzionalità. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Roma-Bari 2013; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, cit.; la radice originaria di questo tipo di obiezione risale probabilmente a R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977, capp. 5 e 7, 198-199; ID., *Rights as Trumps*, in J. WALDRON (cur.), *Theories of Rights*, Oxford 1984 (i diritti intesi come *trumps* sulle considerazioni utilitaristiche e attinenti all'interesse pubblico, la critica al *balancing approach*). Come dovrebbe emergere da quanto detto nel testo, tuttavia, il ricorso ad un calcolo costi-benefici rappresenta *solo una* delle possibili forme che, in astratto, potrebbe assumere il giudizio di proporzionalità.

¹² Una variante rispetto alla forma standard del test è ad esempio quella impiegata dalla giurisprudenza costituzionale canadese, a partire dalla decisione *R. v. Oakes* (1986) della *Supreme Court* (il c.d. *Oakes test*). Per un confronto tra il modello standard, di derivazione tedesca, e quello canadese, v. D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit.; D. RÉAUME, *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 26/2009*.

¹³ Uno dei pochi esempi al riguardo è l'art. 36 della costituzione sudafricana che, pur senza menzionare espressamente il termine "proporzionalità", codifica un test di ammissibilità delle limitazioni dei diritti che sostanzialmente ricalca la tradizionale struttura del test di proporzionalità.

¹⁴ Questo è il caso, ad esempio, della c.d. *limitation clause* del *Charter of Rights and Freedoms* canadese (1982), e delle numerose clausole che accompagnano la formulazione dei diritti nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

caso italiano, infine, si può dire che il principio di proporzionalità sia un principio affatto implicito, ricavato come specificazione di un altro principio a sua volta implicito, il principio di ragionevolezza (che è ricavato argomentando a partire dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.)¹⁵. In altre parole, il percorso logico-argomentativo, a sua volta di solito abbastanza implicito, che ha portato a sostenere l'esistenza del principio (implicito) di proporzionalità nell'ordinamento italiano è stato più o meno il seguente: il principio costituzionale di uguaglianza richiede di far ricorso al criterio della ragionevolezza, in particolar modo quando si introducono distinzioni che rappresentano, *prima facie*, una deroga al principio di uguaglianza¹⁶; la ragionevolezza, poi, diventa gradualmente un criterio autonomo di valutazione per ogni tipo di bilanciamento legislativo tra esigenze contrapposte (diritti contro diritti; diritti contro interessi collettivi)¹⁷; e lo strumento per valutare se una limitazione sia ragionevole è, appunto, il criterio di proporzionalità.

2.2. Proporzionalità e ragionevolezza

Quanto detto poco sopra sulla distinzione tra principio e test di proporzionalità porta ad una seconda osservazione: mentre molte corti nel mondo sembrano utilizzare qualche versione abbastanza "strutturata",

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale n. 220/1995, secondo cui il «principio di proporzione [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)». Da un punto di vista di teoria dell'argomentazione giuridica, questo è un esempio di creazione di un principio implicito "dall'alto verso il basso" (cioè come specificazione di un altro principio, esplicito o implicito a sua volta): cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 65 ss.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale n. 15/1960: il principio di eguaglianza «è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in eguali situazioni».

¹⁷ Cfr. ad es. Corte costituzionale n. 284/1987, e ulteriori riferimenti in C. RUPERTO, *La giustizia costituzionale nel 2000*, Conferenza stampa del 23 febbraio 2001, 15 (reperibile al sito www.cortecostituzionale.it). Ricostruzioni più articolate dell'evoluzione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e dottrina costituzionale italiana si possono leggere in F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in A. CERRI (cur.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma 2007, 239-286; M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2013, 191-203; L. VESPIGNANI, *Il mutaforma criterio della ragionevolezza*, in *Lo Stato*, 1, 2013, 257-268; per una prospettiva marcatamente critica sull'applicabilità generale del criterio di ragionevolezza all'interpretazione costituzionale, cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, in *Politica del diritto*, 1993, 1, 3-11.

“proceduralizzata” del test di proporzionalità (che consiste nello scomporre il giudizio di proporzionalità nei tre o quattro passaggi già menzionati), la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sembra invece caratterizzata da un approccio differente: nella giurisprudenza della Corte, infatti, l’applicazione giudiziaria del principio di proporzionalità tende a tradursi *direttamente* in una valutazione non strutturata di ragionevolezza¹⁸. Così, mentre da un punto di vista logico la proporzionalità è uno dei criteri o dei sintomi della ragionevolezza (il principio di proporzionalità essendo una specificazione del più generale principio di ragionevolezza), di fatto giudizio di proporzionalità e giudizio di ragionevolezza tendono a diventare, nella giurisprudenza della Corte, indistinguibili e intercambiabili. Una misura sproporzionata è irragionevole, e viceversa; un bilanciamento legislativo irragionevole è costituzionalmente illegittimo perché dà luogo ad una limitazione sproporzionata di un diritto fondamentale; e così via.

Tutto ciò evidenzia che il giudizio di proporzionalità, così come reso solitamente dalla Corte costituzionale italiana, è meno strutturato e trasparente rispetto a quello utilizzato da altre corti nel mondo¹⁹. Con due principali conseguenze: la prima, ovvia, è che *da questo specifico punto di vista* le motivazioni della Corte costituzionale italiana sono meno trasparenti di come potrebbero essere se impiegassero il test di proporzionalità in una forma maggiormente strutturata; la seconda, forse meno ovvia, ha a che fare con il ruolo centrale che il test (strutturato) di proporzionalità ha nel dialogo giudiziario globale²⁰: nel momento in cui la Corte costituzionale italiana rinuncia ad applicarlo in quella forma, essa rischia di diventare marginale, se non assente, in questo dialogo.

¹⁸ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione presentata alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013 (reperibile nel sito www.cortecostituzionale.it, seguendo il percorso Relazioni internazionali. Incontri di studio). Sull’opacità delle motivazioni della Corte costituzionale italiana nelle quali viene fatto uso della ragionevolezza, v. già C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale* (1973), in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 637-656 (spec. 655).

¹⁹ Ma per un recente controesempio v. Corte costituzionale n. 1/2014, che ha applicato esplicitamente il test strutturato di proporzionalità. Sull’opportunità che la Corte costituzionale sviluppi, a questo specifico riguardo, protocolli di argomentazione più rigorosi e trasparenti, S. BARTOLE, *L’elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova 2001, 35-58.

²⁰ Cfr. la letteratura citata *supra*, nt. 1.

2.3. *Questioni fattuali e questioni normative nel test di proporzionalità*

Una terza osservazione, infine, riguarda alcune correnti e autorevoli descrizioni delle varie fasi o sotto-test del giudizio di proporzionalità, che enfatizzano il carattere almeno parzialmente empirico, fattuale del test di proporzionalità: così, si dice talvolta che i passaggi relativi alla adeguatezza e alla necessità (o test del mezzo più mite²¹) riguardano questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dal legislatore e al bilanciamento riguardano questioni normative²². Talvolta il punto viene reso nel senso che il test di proporzionalità consisterebbe nel tradurre *interamente* complesse questioni normative e di *public policy* in più maneggevoli questioni empiriche²³. Tralasciando quest'ultima posizione, che ritengo essere del tutto implausibile, la separazione tra questioni di fatto e questioni normative nei sub-test della proporzionalità è per un verso ineccepibile, ma per altro verso è fuorviante e pertanto deve essere resa nel modo più chiaro possibile.

Ebbene, è certo ineccepibile che i passaggi relativi alla verifica della adeguatezza e della necessità della limitazione di un diritto hanno ad oggetto questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dalla misura limitativa e al bilanciamento hanno ad oggetto norme. Ma questo non può voler dire che nei due passaggi relativi a questioni di fatto siano assenti valutazioni sostanziali o perfino morali. I fatti presenti nei primi due passaggi non si pesano o misurano con unità di tipo quantitativo, ma sono soggetti a valutazioni sulla base di criteri normativi e assiologici, come appunto l'adeguatezza strumentale (mezzi-fini), la presenza di alternative meno invasive, ecc.: tutte

²¹ Nell'efficace espressione di J. RIVERS, questo passaggio serve a verificare che «sledgehammers are not used to crack nuts, or rather, that sledgehammers are only used when nutcrackers prove impotent» (J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 180).

²² Cfr. ad esempio M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. PAVLAKOS (cur.), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 137.

²³ Così D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit., 171; una tesi analoga, con riferimento alla ponderazione, in L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2809-2811; ID., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari 2013, 125-128 (v. ad es. 126: nel giudizio di ponderazione, i giudici «non pesano le norme, ma le circostanze dei fatti sottoposti al loro giudizio»). Per una critica, v. G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 965-997.

cose che sono oggetto non di una misurazione metrico-decimale, ma appunto di valutazioni sostanziali. E si potrebbe anche affermare che la fase del giudizio di necessità includa già un qualche tipo di bilanciamento, in virtù del fatto che non esistono mai misure alternative del tutto equivalenti, e che ogni misura alternativa comporta sempre qualche tipo di costo²⁴.

Dunque va bene distinguere, a fini descrittivi, le fasi del giudizio di proporzionalità che hanno oggetto fatti e le fasi che hanno oggetto norme o atti normativi, ma ciò non può essere inteso nel senso che vi sono fasi più oggettive (quelle empiriche) e fasi valutative (quelle normative): le valutazioni sostanziali sono presenti nell'arco dell'intero giudizio di proporzionalità.

3. *Proporzionalità come fattore di erosione dei diritti fondamentali?*

Premesse queste brevi e frammentarie osservazioni sulla grammatica della proporzionalità, passo adesso alla prima delle due questioni sostanziali che intendo trattare in questo scritto. Si tratta del problema seguente.

Il principio di proporzionalità è universalmente applicato, come è risaputo, nella giurisdizione di costituzionalità sui diritti fondamentali, e riguarda la valutazione dell'ammissibilità costituzionale di una certa limitazione di un diritto fondamentale, disposta da una misura legislativa al fine di perseguire un interesse collettivo o proteggere un altro diritto fondamentale. Dunque, la sistematica applicazione del principio di proporzionalità da parte delle corti costituzionali, sancendo la generale ammissibilità di limitazioni ai diritti, rischia di tradursi in un progressivo affievolimento dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e da documenti internazionali. E questo è paradossale, visto che il riconosci-

²⁴ Ho provato a mostrare questo punto in G. PINO, *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (cur.), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007, 109-141. Posizioni affini mi pare siano sostenute anche in J.H. ELY, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, 1485; M. COHEN-ELYIA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., 18-19; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit. Più in generale, cfr. U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), in R. GUASTINI (cur.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980, 265.

mento solenne dei diritti fondamentali da parte di costituzioni e altri documenti dovrebbe servire esattamente a questo: a trincerare certi interessi – i diritti fondamentali – rendendoli intangibili anche di fronte all’interesse collettivo, e insensibili a calcoli utilitaristici e valutazioni in termini di costi e benefici. Le faticose conquiste dell’età dei diritti, dunque, verrebbero adesso progressivamente erose dalla trionfale avanzata del principio di proporzionalità, che rende apparentemente limitabile qualunque diritto fondamentale sol che la limitazione sia “proporzionata”, “ragionevole”; e così alla fine quelle conquiste verranno fagocitate e annullate, con singolare dialettica, dalla melassa indistinta della *age of balancing*²⁵. Il bilanciamento e la proporzionalità sono dunque delle minacce per i diritti fondamentali. Questa è, in estrema sintesi, la prima critica che intendo discutere qui²⁶.

Dirò subito che questa critica è utile e salutare. Essa infatti ci ricorda, a fronte dell’entusiasmo che accompagna la pratica e la retorica della proporzionalità e della ragionevolezza, che i diritti sono cose importanti, che non possono essere bilanciati indefinitamente con l’interesse pubblico, e che non tutti gli obiettivi e le scelte politiche che un legislatore o un governo può voler perseguire meritano di essere utilizzati come fattori di limitazione dei diritti²⁷. Tuttavia, oltre a questa salutare funzione di te-

²⁵ Il felice sintagma “age of balancing” è stato coniato da T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, 943-1005; v. anche G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, cit.; “età dei diritti” è, invece, un altrettanto felice lascito di Norberto Bobbio: v. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino 1990.

²⁶ Per critiche di questo tipo, cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, cit.; ID., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 35-62; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 121 s.; G. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009; ID., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, cit.; A. SCHIAVELLO, *La fine dell’età dei diritti*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 120-145; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, cit.; B. ÇALI, *Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 29, 2007, 251-270.

²⁷ Riecheggia qui, nuovamente, l’idea dworkiniana dei *rights as trumps* (cfr. *supra*, nt. 11). Una tesi analoga, ma a partire da presupposti filosofico-giuridici diversi, è quella dei diritti come *excluded reasons*: il legislatore non può interferire con l’area coperta da un diritto, se non per proteggere il medesimo interesse che è oggetto del diritto stesso (tutti gli altri interessi, individuali e collettivi, incompatibili con l’interesse che giustifica il diritto sono esclusi): R. PILDES, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, 707; ID., *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, in *Review of Constitutional Studies – Revue d’études constitutionnelles*, vol. 6, 2002, 179-212 (Pildes applica ai diritti costituzionali l’idea

stimonianza, la critica non risulta molto solida. Cercherò di mostrare perché, e anche che l'uso del bilanciamento e del test di proporzionalità può, entro alcuni limiti, farsi carico del nocciolo di verità che queste critiche racchiudono.

La risposta alla critica secondo cui la *age of balancing* finisce con il fagocitare e vanificare la *age of rights* può procedere in due fasi. In primo luogo (§§ 3.1-3.1.3.2), è possibile mostrare che la *age of balancing* (cioè, l'inevitabilità del ricorso al bilanciamento e al test di proporzionalità nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali) è intimamente connessa alla struttura dei diritti fondamentali proclamati nelle costituzioni e nelle carte dei diritti contemporanei. La necessità del bilanciamento, o di tecniche argomentative analoghe come il test di proporzionalità (le chiamerò genericamente “tecniche argomentative ponderative”) discende dal modo stesso in cui sono codificati i diritti fondamentali a livello costituzionale. In secondo luogo (§ 3.2), è possibile difendere un modello di bilanciamento e di proporzionalità che non renda i diritti delle scatole vuote.

3.1. L'inevitabilità del bilanciamento

3.1.1. Il diritto costituzionale “per principi”

Cominciamo dal primo punto. Se guardiamo al modo in cui sono codificati i diritti fondamentali nelle costituzioni contemporanee, ci accorgiamo che si tratta solitamente di formulazioni estremamente ampie, indeterminate; talvolta la proclamazione di un diritto è accompagnata anche dall'indicazione di uno o più fattori in vista dei quali è possibile limitare quel diritto, ma anche questi fattori sono a loro volta formulati in modo ampio e indeterminato (“ordine pubblico”, “buon costume”, “sicurezza, libertà, dignità e umana”...). Talvolta, ancora, è prevista la possibilità di limitazione o “regolazione” di un diritto, ma senza precisare esattamente in base a quali considerazioni e con quali limiti, o “controllimiti”, tale limitazione possa avvenire (si pensi, nella costituzione italiana, al caso del diritto di sciopero nell'art. 40)²⁸. In altre parole, le norme co-

delle *exclusionary reasons* sviluppata in generale nel ragionamento pratico da J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford 1975); D. HALBERSTAM, *Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 1, 2007, 166-182.

²⁸ Per la distinzione tra violazione, limitazione e regolazione di un diritto, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 108-111.

stituzionali che fondano i diritti fondamentali hanno solitamente la struttura di principi (norme caratterizzate da un elevato livello di genericità e indeterminazione, sia nella loro fattispecie sia nelle loro conseguenze giuridiche), e non di regole (norme caratterizzate da un certo livello di precisione e determinatezza sia nella loro fattispecie che nelle loro conseguenze giuridiche)²⁹.

Questa è, da un punto di vista descrittivo, una caratteristica costante delle costituzioni e delle dichiarazioni dei diritti contemporanee: caratteristica legata strettamente al loro fondamento politico-culturale, fortemente pluralista, e alle loro ambizioni programmatiche: fondazione complessiva di un nuovo ordine sociale dopo un evento socialmente e politicamente traumatico – una guerra, una rivoluzione, il crollo di un regime dittatoriale...; aspirazione a durare a lungo; difficoltà dei procedimenti emendativi³⁰. A fronte di questo fondamento e di queste ambizioni tipicamente condivise dalle costituzioni contemporanee, è ben difficile che una costituzione sia formulata senza includere l'incorporazione di una serie di norme di principio.

Ebbene, dal fatto che le norme attributive di diritti fondamentali hanno carattere di principi derivano alcune conseguenze interessanti.

3.1.2. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi

Le norme di principio si applicano a fattispecie anche molto diverse ed eterogenee, e non predeterminabili esaustivamente, e possono dare luogo a vari ordini di conseguenze giuridiche, anch'esse non predeterminabili esaustivamente³¹. Dunque, in primo luogo, le norme di principio,

²⁹ Per ulteriori approfondimenti sulla distinzione tra regole e principi, rinvio a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 4; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, cit.; ID., *Norma giuridica*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (cur.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013.

³⁰ Su queste caratteristiche delle costituzioni proprie del costituzionalismo contemporaneo, o costituzionalismo dei diritti, si vedano R. BIN, *Che cos'è la costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, 11-52; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., cap. 2; G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 393-409; ID., *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 1; L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit.; M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena 2012; F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, capp. 3 e 4.

³¹ Credo che un'intuizione di questo tipo sia alla base della notissima definizione di Emilio Betti, secondo la quale i principi sono caratterizzati «da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»: cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 316 (corsivo nell'originale); si vedano anche V. CRISA-

e i diritti da esse ricavati, sono destinate ad avere un campo di applicazione assai esteso³². Nel costituzionalismo dei diritti, tutto l'ordinamento, potenzialmente, risulta impregnato di principi costituzionali, non esistono zone d'ombra dal punto di vista dei principi costituzionali (zone lasciate ad una piena e incontrollabile discrezionalità politica, *political questions*); è possibile sussumere qualunque pretesa che non sia del tutto folle o insulsa, o qualunque situazione che non sia radicalmente grottesca, nell'ambito di applicabilità di un principio costituzionale o diritto fondamentale³³.

In secondo luogo, l'individuazione delle specifiche conseguenze che possono derivare dai principi nei vari possibili casi in cui essi vengono in rilievo – l'individuazione delle specifiche *regole* attuative dei principi in considerazione – dipende dalle circostanze di fatto e di diritto rilevanti³⁴. Peraltro, non è affatto detto che l'attuazione di un principio determini esclusivamente la produzione di una regola: un principio può “incarnarsi” anche in un ulteriore principio, meno indeterminato, che si colloca in uno stadio di specificazione intermedio rispetto alle successive re-

FULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 249 (sulla «virtuale inesauribilità» dei principi); G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, 145; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (cur.), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano 2000, 98 (i principi sono norme «a virtualità indefinita» o «inesauribile»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 219 (un principio può generare «un numero [...] imprevedibile e non predeterminabile di norme particolari»).

³² Infatti, «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (cur.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale* Roma-Bari, 1986, 192). Sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

³³ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002; ID., *Che cos'è la costituzione?*, cit., 29; L. PRIETO SANCHÍS, *El costituzionalismo de los derechos*, cit., 51; R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino 2006, 245-246, 254-257 (sulla sovra-interpretazione della costituzione come una delle condizioni della “costituzionalizzazione” dell'ordinamento); M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, 4, 2006, 341-369; ID., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit., 151-152; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., 124-125; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., 113-117.

³⁴ Seguo qui, evidentemente, la costruzione di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 101-137; ID., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, 294-304.

gole di dettaglio (in effetti, il rapporto tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza, come da me sommariamente ricostruito *supra*, § 2.1, è esattamente un esempio di un principio meno indeterminato che rampolla da un altro principio, più indeterminato e più fondamentale)³⁵. Ad ogni modo, le circostanze di fatto rilevanti ai fini della specificazione di un principio attengono alle caratteristiche del caso concreto o astratto da regolare, alle risorse disponibili, ecc.; le circostanze di diritto attengono alle altre norme presenti nel sistema e rilevanti per quel caso concreto o astratto – ad esempio altri principi.

In terzo luogo, e conseguentemente a quanto appena detto, la presenza di molteplici principi nel testo costituzionale o comunque nell'orizzonte assiologico dello stato costituzionale rende inevitabile il ricorso a qualche forma di bilanciamento e di limitazione reciproca fra principi e fra diritti. In *questo* senso ha certamente ragione Robert Alexy, quando afferma che la proporzionalità è logicamente implicata dai principi, e viceversa³⁶.

Ma questo non dice ancora nulla su quale sia il soggetto competente, situato nella posizione migliore, per effettuare questi molteplici bilanciamenti tra principi fondamentali. Di solito, questi bilanciamenti sono distribuiti su tre livelli: alcuni bilanciamenti tra principi fondamentali sono già palesemente presenti nel testo costituzionale; altri sono demandati al legislatore ordinario; altri ancora saranno effettuati in sede giudiziale, o nella forma di un bilanciamento diretto tra principi in conflitto, senza la mediazione di una previa regola legislativa, o nella forma di un meta-bilanciamento, o bilanciamento di secondo grado, quando le corti “rivedono” il bilanciamento tra principi così come è stato riversato in una regola legislativa. E quest'ultimo è, evidentemente, il terreno di elezione specifico del test di proporzionalità³⁷.

3.1.3. Strategie di aggiramento

Evidentemente, per evitare il ricorso al bilanciamento giudiziale occorre operare sul modo in cui sono formulati i diritti costituzionali³⁸. In-

³⁵ Per altri esempi di derivazione di principi da altri principi, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 63-72; cfr. anche J. STONE, *From Principles to Principles*, in *Law Quarterly Review*, vol. 97, 1981, 224-252.

³⁶ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133; ID., *The Construction of Constitutional Rights*, cit., 24.

³⁷ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 8.

³⁸ *A fortiori*, un modo radicale per evitare la possibilità della amministrazione giudi-

fatti, un modello di giurisdizione costituzionale del tutto privo di tecniche argomentative ponderative potrebbe funzionare solo in presenza di diritti fondamentali formulati in maniera assai precisa, con un campo di applicazione ben delimitato e, verosimilmente, alquanto ristretto: cioè con diritti fondamentali formulati come *regole* e non come *principi*. E un modo di ottenere questo risultato potrebbe consistere nel redigere una costituzione *effettivamente* ed esclusivamente composta da regole.

Oppure, un altro modo potrebbe consistere nel fatto che il testo costituzionale – comunque esso sia formulato – sia dai giudici *trattato* come esprimente esclusivamente regole³⁹.

Che speranze di successo hanno queste strategie per aggirare o comunque evitare il ricorso giudiziale al bilanciamento? Vediamo.

3.1.3.1. Prima strategia: scrittura costituzionale rigorosa e minimalismo dei diritti

Il primo modello di giurisdizione costituzionale scevro da tecniche argomentative ponderative rimanda ad una questione di redazione del testo costituzionale, e consiste nell'auspicare che esso sia formulato in maniera chiara, precisa, con diritti dall'ambito di applicazione ben delimitato⁴⁰. In tal modo, i diritti fondamentali potrebbero essere agevol-

ziaria dei diritti fondamentali, o almeno per provarci, consisterebbe nell'*eliminare del tutto* la proclamazione dei diritti dai testi costituzionali: per questa proposta, cfr. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford 1999; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge 2007.

³⁹ L'alternativa espressa nel testo non vuole suggerire una implausibile distinzione tra il testo così *come "oggettivamente"* è (in ipotesi, formulato in regole), e le interpretazioni che trattano un testo *come se fosse* formulato in regole. In realtà, la distinzione stessa tra regole e principi è dipendente dall'interpretazione, e non antecedente ad essa. Tuttavia, assumo che vi sia una differenza percepibile tra *a*) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini tecnici, precisi, ben definiti magari da parte del testo normativo stesso, ricorso a grandezze numeriche e misurabili), sia maggiormente soggetto ad esprimere regole; *b*) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini vaghi, generici, valutativi), sia maggiormente soggetto ad esprimere principi; e infine *c*) un testo che, per la sua formulazione, sia parimenti soggetto ad entrambe le letture. Beninteso, gli interpreti possono pur sempre decidere di trarre principi da un testo di tipo *a*), così come di trarre regole da un testo di tipo *b*), ma in questi casi l'onere di argomentazione sarà solitamente maggiore rispetto all'operazione opposta e, in assenza di un consenso di fondo tra gli attori giuridici, l'operazione potrà risultare cervellotica, inaccettabile.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (l'argomento di Ferrajoli si muove su un doppio registro: riguarda sia la tecnica di redazione del testo costituzionale, sia l'interpretazione delle formulazioni esistenti).

mente trattati in sede giurisdizionale senza fomentare eccessi di discrezionalità interpretativa, ed evitando ogni possibile confusione (o la maggior parte delle possibili confusioni) tra ciò che rappresenta una illecita violazione di un diritto, e ciò che invece ne è una innocua limitazione. In effetti, in tal modo la necessità stessa di distinguere tra violazione e limitazione di un diritto tenderebbe a venir meno (distinzione che è il terreno di elezione del test di proporzionalità): tendenzialmente, ogni mancato adempimento di un diritto fondamentale formulato in maniera “rule-like” sarebbe di per sé una violazione – e giammai una possibile limitazione – del diritto stesso⁴¹. A questa opzione di tecnica redazionale poi si può *talvolta* aggiungere una questione contenutistica, relativa al *tipo* e alla *quantità* di diritti riconosciuti nel testo costituzionale. Per evitare conflitti tra diritti, e tra diritti e interessi collettivi, si potrebbe allora immaginare una codificazione costituzionale “minimalista”, con un elenco di diritti limitato ai soli diritti di libertà e con esclusione dei diritti a prestazioni positive. Questo nel presupposto che le libertà negative siano perfettamente concluse in sé stesse, non confliggano con altri diritti, e non impongano costi a terzi e alla collettività⁴².

È agevole scorgere i limiti di questo modello. Un primo limite, relativo alla questione della precisione della redazione del testo costituzionale, è che un testo preciso e dettagliato è destinato ad invecchiare in fretta, in relazione al mutare delle circostanze sociali, economiche, tecnologiche ecc., che lo hanno ispirato; di conseguenza, un testo siffatto dovrà essere frequentemente aggiornato, o in sede interpretativa (ma questo frusterebbe le ragioni medesime che spingono i sostenitori di questo modello a proporre maggior precisione nella redazione delle costituzioni), o in sede legislativa (il che è reso difficile dalle procedure aggravate previste per la revisione di una costituzione rigida; e inoltre significherebbe rimettere mano frequentemente al “patto costituzionale”, con tutti i rischi che questo comporta). In altre parole, un testo costituzionale troppo preciso e dettagliato, formulato in regole, è destinato ad una veloce obsolescenza, e conseguentemente ad una altrettanto veloce perdita di normatività⁴³.

⁴¹ “Tendenzialmente”: perché, a ben vedere, nemmeno le regole sono sempre totalmente al riparo dallo spettro della defettibilità, cioè della disapplicazione a causa di eccezioni non previste.

⁴² Il modello minimalista è efficacemente descritto da B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., 131-133. Tra i principali sostenitori di questo modello, v. R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia* (1974), Milano 2005; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), Milano 2003.

⁴³ Sull’incongruenza di un ordine costituzionale le cui prescrizioni risultino avere un

Un secondo limite attiene alla sensatezza di un catalogo minimalista di diritti fondamentali. A ben vedere, si tratterebbe di un catalogo non difendibile, di una pia illusione, perché è mal formata l'idea stessa della netta separazione tra diritti positivi e diritti negativi, tra diritti che costano e diritti che non costano: *tutti* i diritti hanno elementi dell'uno e dell'altro tipo, e inoltre anche le libertà negative hanno bisogno di un ricco corredo di prestazioni statali positive per essere effettivamente godute⁴⁴.

Tutto ciò rende inevitabile il ricorso ad un modello di scrittura costituzionale "inclusiva", con formulazioni ampie e indeterminate, e con un catalogo "lungo" di diritti e principi – da ciò, la necessità di operare successivi bilanciamenti, legislativi e giudiziari, tra i molteplici diritti e principi costituzionali.

3.1.3.2. Seconda strategia: diritto costituzionale per regole

Il secondo modello di giurisdizione costituzionale privo di tecniche argomentative ponderative richiede che gli interpreti *trattino* le norme espresse dal testo costituzionale come un insieme (non di principi ma) di regole⁴⁵. Questo richiede di impiegare, in sede interpretativa, tecniche come le seguenti: definire esattamente sia l'ambito di applicazione della norma costituzionale sia le sue conseguenze giuridiche; assoggettare l'enunciato costituzionale (apparentemente vago ed indeterminato) ad interpretazione restrittiva; escludere la possibilità di introdurre eccezioni implicite alla norma così formulata. Si otterrebbe in tal modo un insieme

carattere effimero, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1656. Per una analisi della dimensione temporale, specialmente rivolta al futuro, della costituzione, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 527-551.

⁴⁴ Per ulteriori argomenti al riguardo, cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna 2000; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 15-25; T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion pratica*, 1, 2006, 179-208; E. DICCIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna 2006, 87-92, 102-111; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 87-119; A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna 2013, 116-121.

⁴⁵ Cfr. in tal senso A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 83-113; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (ma per un recente aggiustamento di questa idea v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 112-122). Cfr. anche A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, 1175.

di diritti fondamentali ben determinati, “forti”, la cui applicazione ai casi concreti ha le fattezze di una sussunzione e non di un bilanciamento. Questo è un modello di amministrazione dei diritti fondamentali effettivamente praticato da alcune giurisprudenze costituzionali, in particolare da quella statunitense⁴⁶.

A mio modo di vedere, questo approccio ha lo svantaggio di permettere riduzioni anche consistenti dell’ambito di applicazione dei diritti, non troppo dissimili da quelle che possono essere disposte tramite il bilanciamento e il test di proporzionalità⁴⁷, e che però avvengono in via puramente definitoria. In altre parole, con questo approccio anziché soppesare la rispettiva *importanza*, in relazione ad un caso (concreto) o tipo di caso (astratto), di due diritti o principi in conflitto, si pretende di definire in via putativamente astratta il *significato* dei diritti o principi rilevanti. Ma è evidente che questa non può essere sensatamente considerata come una operazione solo definitoria, semantica: è invece una operazione intensamente valutativa. Di più: le limitazioni apportate in via definitoria non sono altro che l’esito di altrettanti giudizi di bilanciamento tra i diritti, principi e interessi rilevanti, condotti dalla corte in maniera affatto occulta. Il bilanciamento c’è (in che altro modo si potrebbe stabilire che nel caso della blasfemia il *free speech* è più importante della tutela del sentimento religioso, o viceversa? O che, a fronte del diritto di cronaca, il diritto alla *privacy* di un uomo politico è meno resistente del diritto alla *privacy* di un cittadino comune?), ma non è esplicitato: è occultato dietro una operazione definitoria, e dunque è sottratto alla discussione pubblica.

⁴⁶ Si vedano in proposito F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. NOLTE (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005; L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDHRY (cur.), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2007, 83-113; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., spec. capp. 3 e 5. Ma anche la giurisprudenza costituzionale italiana, anteriormente al dilagare della *age of balancing*, aveva adottato un approccio di questo tipo con la dottrina dei “limiti naturali” dei diritti costituzionali (cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 158). Questo è peraltro un interessante contro-esempio alla tesi di Schauer, secondo cui l’approccio ponderativo è tipico delle giurisprudenze “giovani”, quelle che, a differenza di quella USA, non hanno ancora avuto il tempo di sviluppare un sofisticato apparato di specifiche *doctrines*.

⁴⁷ Si veda, ad esempio, l’elenco di tutte le attività comunicative che la Corte Suprema USA ha via via sottratto dall’ambito di applicazione della protezione costituzionale del *free speech* (protezione che pure, a giudicare dalla formulazione del *First Amendment*, dovrebbe essere assoluta) in F. SCHAUER, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, 6, 2004, 1765-1809; sul punto cfr. anche D. HALBERSTAM, *Desperately Seeking Europe*, cit.

Dunque, per un verso sarebbe un po' incongruo immaginare una costituzione formata esclusivamente da regole (il bilanciamento fatto solo dal legislatore costituzionale), e per altro verso non sembra molto desiderabile un modello di argomentazione costituzionale in cui i giudici trattano le norme attributive di diritti fondamentali come regole. Però si potrebbe ancora immaginare una costituzione "per principi" la cui implementazione sia interamente ed esclusivamente demandata al legislatore. In tal modo, le corti sarebbero escluse dalla gestione dei diritti fondamentali, e avrebbero a che fare solo con l'applicazione di regole legislative, senza alcuna competenza a contestarne la validità in nome dei diritti fondamentali. Questo è certamente immaginabile, ma occorre vedere se sia anche un modello utile, normativamente desiderabile: di questo ci occuperemo al § 4.

3.2. *Al cuore dei diritti*

Come si ricorderà, l'argomento che sto sviluppando è un prolisso tentativo di risposta alla critica secondo cui la *age of balancing* finisce con il fagocitare e vanificare la *age of rights*. E ho già ammesso che questa critica non è del tutto fuori luogo, sembra anzi contenere un nocciolo di verità.

In effetti è vero: i diritti fondamentali così come concepiti dal costituzionalismo dei diritti sono delle entità un po' strane, diverse da quella immagine di "scudo", di perentorietà, di barriera protettiva contro intrusioni indebite, e di elevata importanza, che intuitivamente associamo all'idea dei diritti. Al contrario, i diritti riconosciuti dal costituzionalismo dei diritti sono delle entità abbastanza malleabili: in due direzioni.

Per un verso, nel paradigma del costituzionalismo dei diritti, i diritti fondamentali hanno una capacità di espansione tale da diventare reclamabili nelle situazioni più impensate, con il rischio di determinare una inflazione e banalizzazione dei diritti stessi⁴⁸.

Per altro verso, nel paradigma del costituzionalismo dei diritti, i diritti fondamentali sono comprimibili, sono diritti solo *prima facie*; e avere un diritto *prima facie* non vuol dire granché, almeno fino a quando non si sia riusciti a convincere qualcuno (una corte) che, tutto considerato,

⁴⁸ Per alcuni esempi, M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit., 151; v. anche G. TUZET, *Le conseguenze dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 375-391.

quel diritto deve effettivamente prevalere sulle considerazioni con esso confliggenti.

D'accordo: tutto questo è vero. Tuttavia, dal fatto che i diritti sono comprimibili non segue necessariamente che i diritti debbano essere concepiti come *indefinitamente* comprimibili. È ben possibile coniugare il metodo del bilanciamento (e il test di proporzionalità, che include il bilanciamento stesso) con l'idea che vi sia un'area di intangibilità interna al diritto, una sfera che è sottratta ad ulteriori bilanciamenti⁴⁹. Questo è esattamente ciò che fanno varie corti costituzionali, come quella italiana e quella tedesca, la Corte europea dei diritti dell'uomo, e la stessa Corte di giustizia UE, quando fanno ricorso all'idea del nucleo essenziale dei diritti fondamentali⁵⁰. Il nucleo essenziale è quella sfera del diritto eliminata la quale il diritto diventa irriconoscibile, vuoto. Dunque, un bilanciamento "ben fatto", "ragionevole", una ragionevole limitazione dei diritti in gioco verificata tramite il test di proporzionalità, sono quelli che restano al di fuori del perimetro di questa area intangibile.

In tal modo, nell'area complessivamente interessata da un diritto fondamentale, vi saranno zone "periferiche", agevolmente sacrificabili in caso di conflitto con altri diritti e interessi di rango costituzionale che siano più importanti nelle circostanze date (ad esempio, rispetto al diritto alla libertà di espressione, è normalmente sacrificabile la libertà di profferire insulti razzisti specialmente in contesti in cui ci si può aspettare una reazione violenta); e vi saranno zone "dure", più resistenti al bilanciamento o addirittura intangibili (ad esempio, è molto resistente e

⁴⁹ J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 180; M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, cit., 147-148.

⁵⁰ Cfr. da ultimo Corte costituzionale n. 85/2013 (c.d. caso Ilva): «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Per la Corte europea di giustizia, cfr. sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Lisette Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. sentenza 17 ottobre 1986, *Rees c. United Kingdom* («The limitations thereby [scil., nell'art. 12] introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that *the very essence of the right is impaired*», § 50); sentenza 18 dicembre 1987, *F. c. Switzerland* («the disputed measure, which affected *the very essence of the right* to marry, was disproportionate to the legitimate aim pursued. There was, therefore, a violation of Article 12», § 40) (corsivi aggiunti).

forse inviolabile la libertà di esprimere opinioni di tipo politico)⁵¹. Non c'è nulla da guadagnare, dal punto di vista della chiarezza descrittiva e della coerenza teorica, nel descrivere una limitazione della libertà di profferire insulti razzisti e una limitazione della libertà di esprimere opinioni politiche come due casi *esattamente identici* di sacrificio della libertà di espressione. E questo discorso vale, ovviamente, sia per il bilanciamento legislativo che per quello giudiziale⁵².

Ovviamente, anche l'idea del nucleo essenziale non è a sua volta del tutto immune dalla problematica del bilanciamento. In primo luogo, perché la stessa individuazione del nucleo essenziale può essere considerata, a sua volta, come il frutto di un bilanciamento⁵³ (infatti i contorni del nucleo essenziale possono anche cambiare in base alle circostanze). In secondo luogo, perché non è da escludersi la possibilità di un conflitto tra i nuclei essenziali stessi di due diritti fondamentali: e allora si dovrà riprendere a bilanciare i due diritti "ad armi pari", nella consapevolezza che uno di essi ne risulterà irrimediabilmente sacrificato (e questo tipo di conflitto tra diritti potrà ben essere qualificato come un caso "tragico"⁵⁴). Ma ciò non toglie che in molti casi il nucleo essenziale del diritto godrà di una prevalenza stabile su altri diritti e interessi.

4. *Il principio di proporzionalità come limitazione della politica democratica?*

Il secondo ordine di critiche all'uso giudiziario del principio di pro-

⁵¹ Per un punto di vista affine, cfr. J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Upper Saddle River (NJ) 1973, 79-83.

⁵² Cfr. H.L.A. HART, *Between Utility and Rights* (1973), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 206-207; A. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore* (2008), in EAD., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa 2010, 144-145. Per l'idea che il bilanciamento porti necessariamente al sacrificio di uno dei diritti o principi in conflitto, cfr. invece R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2006, 151-162.

⁵³ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 325-326; A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 692; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 162.

⁵⁴ Sulla nozione di "caso tragico", cfr. M. ATIENZA, *On The Reasonable in Law*, in *Ratio Juris*, vol. 3, 1990, 154-155; ID., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid 1991, 251-252; ID., *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, in *Isonomía*, 6, 1997, 7-30; J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 2, 3, 2006, 424-442.

porzionalità, e in generale alle tecniche argomentative ponderative, consiste nel sottolineare la loro capacità di sovvertire una precedente determinazione legislativa in quanto quest'ultima sia stata considerata da una corte come, appunto, sproporzionata, irragionevole, e così via. In questi casi, il giudice costituzionale si trova a ripercorrere, armato di penna rossa e blu, il bilanciamento degli interessi e dei diritti già compiuto dal legislatore e, se trova tale bilanciamento difettoso, lo pone nel nulla.

Si tratta, evidentemente, di un'istanza della più generale obiezione "contro-maggioritaria", ossia dell'idea che il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi rappresenti una lesione della democrazia e del diritto dei cittadini di autogovernarsi⁵⁵. E, in un certo senso, è una critica quasi speculare a quella esaminata nei paragrafi precedenti: lì, si discuteva della possibilità che il principio di proporzionalità indebolisca i diritti; qui, si discute della possibilità che il principio di proporzionalità, in nome della protezione dei diritti, finisca con il soffocare l'autonomia della politica democratica. Come che sia, il nucleo problematico è costituito evidentemente dalla mancanza di credenziali democratiche in capo alle corti: non essendo queste ultime democraticamente legittimate, pare arduo (ai sostenitori di questa critica) giustificare il potere di sovvertire le decisioni del legislatore democratico sulla gestione dei diritti fondamentali, che involge delicate scelte politiche e complesse valutazioni di *policy*⁵⁶.

⁵⁵ Articolate difese di questa posizione sono reperibili in J.C. BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, in *Ragion pratica*, 10, 1998, 41-64; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit.; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit.; C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2012, cap. 3.

⁵⁶ Per questo tipo di critica all'uso del bilanciamento e del test di proporzionalità, M. NIMMER, *The Right to Speak from Times to Time. First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California Law Review*, vol. 56, 1968, 947 («[Definitional balancing] may be criticized as a form of judicial lawmaking, and as such a usurpation of the legislative function»); C. DUCAT, *Modes of Constitutional Interpretation*, St. Paul 1978, 119, 133; B. NEUBORNE, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, in *Case Western Law Review*, vol. 38, 1988, 578 («judicial balancing [...] licenses a judge to engage in overtly subjective decision-making that replicates and occasionally displaces identical thought-processes already carried out by a politically responsible official»); P. DE LORA, *Tras el rastro de la ponderación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, 367 («Esa tarea de los tribunales no dista mucho de la legislación»); cfr. anche L. HENKIN, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, in *Columbia Law Review*, vol. 78, 1978, 1048; P. MCFADDEN, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, vol. 29, 1988, 641-642; R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali con-*

Non posso sviluppare qui un argomento sufficientemente completo per refutare questa critica in tutti i suoi aspetti. Mi limiterò dunque alle seguenti osservazioni, utilizzando come punto prospettico proprio il principio di proporzionalità.

4.1. *Democrazia e judicial review*

Innanzitutto, l'idea che il parlamento sia dotato di legittimazione democratica, mentre le corti sono degli organismi tecnico-burocratici, sembra edulcorare lievemente la realtà delle cose. La democraticità di un sistema politico, o delle sue componenti, è una questione di grado, non una questione tutto-o-niente. I critici della *judicial review* di solito affermano che le decisioni adottate dal parlamento eletto dai cittadini siano *moralmente* superiori a quelle delle corti, perché il parlamento è la sede in cui i cittadini hanno la possibilità di esprimere il loro punto di vista, o direttamente o (più frequentemente) indirettamente tramite i loro rappresentanti. E dunque permettere ad un altro organo di annullare le decisioni prese nella sede legittimata democraticamente equivale a limitare, se non a porre nel nulla, il più fondamentale diritto dei cittadini: l'autonomia personale (qui applicata alla sfera politica: la capacità di prendere decisioni relative alla vita associata).

Ma questo argomento restituisce, a mio giudizio, una visione abbastanza distorta del funzionamento dei meccanismi democratico-rappresentativi. Infatti, l'unico regime che realmente potrebbe assicurare il pieno rispetto dell'autonomia personale e politica dei cittadini sarebbe la democrazia diretta che funzioni con la regola dell'unanimità. È ovvio che un simile regime non ha alcuna speranza di funzionare in un contesto sociale appena complesso (e anche in un contesto sociale semplice e ristretto non sarebbe granché funzionale, stante il potere di veto sulle decisioni collettive che esso assegnerebbe a ciascun cittadino). Dunque, poiché è comunque necessario prendere decisioni relative alla vita associata, pena il ritorno allo stato di natura, si deve per forza fare ricorso a meccanismi che in qualche misura si allontanano dall'ideale della democrazia diretta e all'unanimità: da qui la democrazia rappresentativa, e la regola di maggio-

trapposti, in V. ANGIOLINI (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, 206-220; J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., cap. 6; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2809; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 129-130.

ranza. E questi ultimi sono in effetti i modelli di decisioni collettive che ritroviamo nelle società contemporanee (democratiche): ma rappresentano già delle soluzioni di compromesso rispetto all'ideale puro dell'autogoverno democratico – per tacere del fatto che ci sono molti modi diversi e non funzionalmente equivalenti di configurare i meccanismi sia della rappresentatività, sia della decisione a maggioranza.

A questo punto, l'obiezione dei critici della *judicial review* sarebbe probabilmente la seguente: d'accordo, una democrazia rappresentativa che funziona secondo la regola di maggioranza è meno democratica di una democrazia diretta che funzioni all'unanimità; ma perché rendere il sistema *ancora meno* democratico, con l'introduzione della *judicial review*?

La replica a questa obiezione è che l'introduzione della *judicial review* non equivale necessariamente ad una ulteriore diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, può funzionare come elemento per renderlo maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che, a parte il caso limite della democrazia diretta che funzioni all'unanimità, tutti gli altri sistemi democratici sono solo *più o meno* democratici, la *judicial review* può essere considerata, a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive.

L'idea è la seguente: tramite i meccanismi decisionali su base rappresentativa e maggioritaria, si assicura che le decisioni di interesse collettivo vengano assunte rispettando la volontà dei cittadini intesi come collettività. Queste decisioni vedranno necessariamente dei vincitori e dei perdenti: vincitori saranno la maggioranza, e più in generale tutti coloro i cui diritti e interessi sono perseguiti tramite la decisione maggioritaria; perdenti saranno le minoranze, e più in generale tutti coloro i cui diritti e interessi sono conculcati o comunque non rappresentati dalla decisione maggioritaria. Si pensi ad esempio al caso di una legislazione ispirata a politiche di tipo securitario che, ancorché di portata formalmente generale, finisca con il limitare sensibilmente i diritti di una certa fascia della popolazione (ad esempio gli appartenenti ad una certa religione). O ad una legislazione che, perfino inavvertitamente, finisca per privilegiare lo stile di vita di chi professa la religione di maggioranza. O ancora ad una legislazione che neghi l'esercizio di certi diritti (ad esempio, a contrarre matrimonio, o ad adottare figli) sulla base delle preferenze sessuali degli interessati.

Ebbene, tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente

azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di formazione o di consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale (imparziale perché non rispecchia il gioco delle maggioranze politiche) sulla base dei propri diritti individuali. Peraltro, spesso una legislazione può favorire una maggioranza, e sfavorire alcune minoranze, *semplicemente per inerzia*: perché un certo assetto di interessi si è cristallizzato nel tempo (magari in un momento in cui quel particolare squilibrio tra interessi maggioritari e altri interessi non veniva nemmeno percepito, per la scarsa visibilità delle minoranze) e in seguito non si riesce a trovare un consenso sufficientemente ampio per rimetterlo in discussione. In tali casi, la *judicial review* può rappresentare un'ulteriore occasione di partecipazione, perché può servire a mettere in moto un dibattito pubblico che semplicemente mancava⁵⁷.

Il fatto che questa seconda fase si svolga in un foro imparziale (le corti, relativamente immunizzate rispetto alle pressioni e alle passioni della politica maggioritaria) fa sì che il cittadino che assume una lesione dei propri diritti da parte della maggioranza possa addurre le proprie ragioni *a) in una sede in cui le ragioni della maggioranza non hanno necessariamente un valore preponderante*, come invece avviene nelle sedi della democrazia rappresentativa e maggioritaria; e *b) davanti ad un soggetto che poi assumerà le proprie decisioni, idealmente, non sulla base di compromessi politici al dettaglio, ma sulla base di ragioni pubblicamente spendibili, e in qualche misura "oggettivate" nelle forme del ragionamento giuridico* (presenza di una certa formulazione testuale all'interno del testo costituzionale, precedenti giurisprudenziali, lettura sistematica di più principi e istituti costituzionali, ecc.). In questo quadro, peraltro, il compito del soggetto "terzo" non sarà di sovrapporre una propria valutazione di merito a quella del legislatore, ma piuttosto di verificare che tutti gli interessi coinvolti nella decisione legislativa siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale.

In tal modo, anche chi alla fine esce perdente dal gioco della *judicial review* è, idealmente, nella condizione di riconoscere che il sacrificio della sua posizione si fonda su ragioni intersoggettivamente accettabili. ("Idealmente": cioè, se i requisiti richiesti dal test di proporzionalità sono stati

⁵⁷ Penso, nella giurisprudenza costituzionale italiana, alle tecniche decisionali instanziate nelle "sentenze-monito", o nelle sentenze additive "di principio".

rispettati.) Una cosa è soccombere alla mera conta dei voti, ammesso che il semplice cittadino possa sentirsi realmente coinvolto e rappresentato in un procedimento parlamentare⁵⁸; altra cosa è aver avuto l'occasione di portare i propri argomenti in una sede imparziale, e poter disporre di una motivazione razionale, o ragionevolmente accettabile, del perché la propria posizione è risultata perdente. Per la maggiore chiarezza, non sto affatto dicendo che la parte perdente in sede di *judicial review* dovrà abbracciare come intrinsecamente giusta la decisione che la vede soccombere. È evidente che anche le decisioni di una corte costituzionale sono esposte alla critica e al disaccordo ragionevole – e che talvolta possono essere semplicemente *sbagliate*. Ciò che sto dicendo è che la parte perdente è, idealmente, nella condizione di riconoscere che il sacrificio (reale o solo percepito) della propria posizione è basato su *ragioni*, pubblicamente spendibili e potenzialmente universalizzabili, e non solo su un rapporto di forza; e inoltre che l'atto stesso di fornire argomenti per la decisione adottata è una forma di rispetto nei confronti della parte soccombente.

In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica; piuttosto, sono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia, o due modi di esercitare la democrazia. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, che si svolge nelle istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo)⁵⁹; la seconda è una democrazia “contestatrice”⁶⁰, perché riguarda la possibilità dei cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive, la seconda come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini

⁵⁸ Per l'osservazione che i critici della *judicial review* assumono una troppo semplicistica immedesimazione tra i cittadini e i loro rappresentanti in parlamento, cfr. C. FABRE, *The Dignity of Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2, 2000, 275-276; e per alcune osservazioni più generali su rappresentanza e (assenza di) immedesimazione organica tra elettori ed eletti, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 31-33. Peraltro, una volta riconosciuto che non c'è alcuna immedesimazione organica tra i cittadini e i loro rappresentanti, emerge con tutta evidenza la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche *contro* i loro rappresentanti.

⁵⁹ Utilizzo qui la locuzione “istituzioni di governo” nel senso specifico stipulato da Luigi Ferrajoli, cioè a denotare tutte le istituzioni che esercitano “funzioni di governo”; queste ultime, a loro volta, «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile», e «includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, 872); «l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica» (*ivi*, 876).

stessi, ma anche dei soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale, e, in caso, correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. Un ulteriore elemento di riflessione che emerge da quanto appena detto, poi, è che le corti (e certamente le corti costituzionali) non possono essere raffigurate come fori puramente neutri, tecnici, apolitici; al contrario, il lavoro delle corti (specialmente quelle costituzionali) ha una dimensione chiaramente politica, perché legata alla protezione dei valori fondamentali della *polis*. È altrettanto ovvio, però, che non si tratta *della stessa politica*, maggioritaria, alla continua ricerca di compromessi al dettaglio e di consenso elettorale, che caratterizza l'azione dei governi e dei parlamenti.

4.2. Judicial review e proporzionalità

Il principio di proporzionalità si inserisce abbastanza agevolmente nel quadro appena tracciato sulla natura e i fini della *judicial review*. Infatti, se concepiamo la *judicial review*, come ho proposto poco sopra, come un foro imparziale in cui le decisioni adottate con meccanismi maggioritari possono essere messe sotto scrutinio alla luce della possibile lesione di diritti individuali, il principio di proporzionalità, e ancor più il test di proporzionalità, appare come uno strumento particolarmente adeguato⁶¹.

A fronte di una lesione *prima facie* di un diritto individuale, il test di proporzionalità consente infatti di porre le domande appropriate alla funzione “contestatrice” che poco sopra ho associato alla *judicial review*: l'individuazione del fine perseguito dalla decisione maggioritaria, la valuta-

⁶⁰ Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da P. Pettit, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (cur.), *Democracy's Value*, Cambridge 1999, 163-190; ID., *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. MACEDO (cur.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York 2000. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari 1999², 169-186.

Un diverso modo di collegare gli istituti della *judicial review* alla democrazia è proposto da M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996, 132 (sui diritti e principi codificati dalle costituzioni contemporanee si concentra normalmente un consenso più ampio e più longevo di quello “momentaneo” che si esprime nel momento elettorale; dunque essi esprimono una democraticità più profonda e stabile rispetto alle transeunti maggioranze politiche). In proposito anche M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140-188 (spec. 178).

⁶¹ Si ricordi però che non tutte le corti costituzionali utilizzano il test “strutturato” di proporzionalità: alcune, come quella italiana, si accontentano di generiche valutazioni di proporzionalità e di ragionevolezza: cfr. *supra*, § 2.2.

zione della congruità dei mezzi rispetto al fine conseguito (adeguatezza e necessità), la comparazione tra il beneficio conseguito e il sacrificio imposto a chi è uscito perdente dalla decisione maggioritaria (bilanciamento in senso stretto). Queste sono esattamente le domande che vale la pena porre per capire se una certa decisione collettiva sia stata adottata in maniera ragionata, equilibrata, *fair*, tenendo in debito conto tutti i diritti e gli interessi coinvolti, e non viziata da preferenze indebite o da pregiudizi⁶².

Si consideri poi, ulteriormente, che le tecniche di giudizio sviluppate dalle corti che operano nel paradigma del costituzionalismo dei diritti solitamente inglobano anche la preoccupazione di tutelare gli spazi della democrazia (rappresentativa): si pensi alla dottrina del margine di apprezzamento sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶³, alla deferenza verso la discrezionalità legislativa in certe materie e per certe scelte, e, nel dibattito filosofico-giuridico, alla tesi di Alexy sulla discrezionalità strutturale che spetta al legislatore nei casi di equilibrio tra le posizioni in conflitto nel bilanciamento⁶⁴.

In tal modo, dunque, le corti modellano il proprio ruolo in parte in termini antagonistici e in parte in termini cooperativi nei confronti del legislatore democratico⁶⁵.

5. *Proporzionalità e costituzionalismo dei diritti: verso una cultura della giustificazione*

In conclusione, il principio di proporzionalità e le altre tecniche ponderative non rappresentano la sconfessione dell'età dei diritti: piuttosto, sono richiesti dal modo stesso in cui figurano i diritti fondamentali all'interno del paradigma del costituzionalismo dei diritti. Sono degli strumenti, e come tutti gli strumenti possono essere usati bene o male; non

⁶² Cfr. K. MOLLER, MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 729-731; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit.

⁶³ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, cit.; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles 2001.

⁶⁴ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 617 ss.

⁶⁵ Sulla necessaria divisione del lavoro tra corti e legislatore nella gestione dei diritti fondamentali, v. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, 255-263; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari 2002, 141-151; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 54-66.

predeterminano i risultati, ma fanno sì che nei casi di conflitti tra diritti, o tra diritti e altri interessi, tutte le considerazioni rilevanti emergano chiaramente e siano valutate razionalmente. Soprattutto, non si riducono ad un calcolo asettico, quantitativo: piuttosto, richiedono scelte e valutazioni sostanziali, ma assicurano – per quanto possibile – che tali scelte e valutazioni siano fatte in maniera esplicita.

Nemmeno si può affermare che la proporzionalità, come strumento della *judicial review*, sia in tensione con la democrazia: una volta capito che la democrazia, nel mondo reale, è questione di grado e che viaggia su dimensioni diverse (democrazia rappresentativa, democrazia contestatrice), si può vedere che la *judicial review*, in particolare se fa uso del test di proporzionalità, è un complemento indispensabile della democrazia rappresentativa.

In fondo, la diffusione del principio di proporzionalità può essere considerato come una delle epifanie di un importante e più generale cambiamento di paradigma nel rapporto tra l'individuo e il pubblico potere – incluso il potere legislativo. Questo cambiamento di paradigma può essere sintetizzato nel passaggio da una “cultura dell'autorità” ad una “cultura della giustificazione”⁶⁶.

In una cultura dell'autorità il legislatore è concepito come libero nei fini, se non addirittura onnipotente, e dunque non deve giustificare le proprie decisioni di fronte ad alcuna altra istanza⁶⁷; gli altri operatori giuridici sono tenuti ad applicare nel modo più fedele possibile le determinazioni legislative (la loro fedeltà è assicurata tramite il richiamo al rispetto della lettera della legge e dell'intenzione del legislatore); non è concepibile che le decisioni legislative vengano rimesse in discussione in una sede diversa da quella legislativa medesima⁶⁸.

In una cultura della giustificazione, di contro, il legislatore è tenuto a sua volta a rispettare un insieme di norme di rango superiore – la costitu-

⁶⁶ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit.; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., cap. 6.

⁶⁷ Tale potere del legislatore potrebbe derivare dalle fonti più diverse; la legittimazione democratica è solo una delle possibilità (in tal caso, il legislatore rende conto delle sue decisioni in un solo momento: quando si presenta al giudizio degli elettori).

⁶⁸ Nel complesso, la cultura dell'autorità è ben rappresentata dal paradigma dello stato legislativo ottocentesco: cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino 1996, parte II; per una sintetica descrizione di questo modello nella cultura giuridica italiana, e del suo progressivo superamento, M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in M. FIORAVANTI (cur.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari 2009.

zione – e può essere chiamato in varie sedi (tipicamente una Corte costituzionale) a rispondere del modo in cui le sue determinazioni si pongono rispetto a quell'insieme di norme gerarchicamente superiori. In questo contesto, il cittadino ha diritto di chiedere ad una istanza terza che le decisioni legislative siano assoggettate a scrutinio alla luce dei diritti conferiti dalla costituzione, così come i vari operatori giuridici hanno il diritto (o a seconda dei casi il dovere) di interpretare, di rimodellare le decisioni legislative in modo da renderle coerenti con i principi costituzionali, indipendentemente da, o anche contro le, intenzioni del legislatore. E, quando il legislatore è chiamato a rispondere davanti ad una istanza terza, non può più appellarsi alla propria autorità o alla forza dei numeri: deve avanzare argomenti coerenti con il quadro costituzionale, deve mostrare che ha tenuto adeguatamente in considerazione tutti i diritti e gli interessi coinvolti⁶⁹.

Questi sono ideal-tipi. Nella realtà, in una stessa organizzazione giuridico-politica sono variamente compresenti e intrecciati elementi sia della cultura dell'autorità sia elementi della cultura della giustificazione; ogni ordinamento giuridico, e ogni cultura giuridica, combina variamente gli elementi di rigidità derivanti dalla cultura dell'autorità (ad esempio il ricorso a regole di stretta interpretazione), ed elementi di flessibilità e "mitezza" derivanti dalla cultura della giustificazione (ad esempio il ricorso a principi e a clausole generali)⁷⁰. Inoltre, anche se il modello della cultura della giustificazione può attrarre una maggiore simpatia (di sicuro la mia), non se ne possono certo escludere eccessi e degenerazioni. Ma non credo che sia difficile ammettere che, nel complesso, il modello della cultura della giustificazione ha buone speranze, e migliori rispetto alle alternative realistiche immaginabili, di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori della democrazia.

⁶⁹ Profetiche, o quantomeno fortemente anticipatrici, appaiono qui le parole di Carlo Lavagna: «analizzare e penetrare il giudizio di ragionevolezza serve [...] ad illuminare la funzione dei giudici, che deve restare condizionata non solo dalle prescrizioni, spesso affrettate e disordinate, ma anche e soprattutto dalla logica, dalla sensibilità, dalla responsabilità. [...] Il che, mi pare, conduce a risultati molto più consoni alle esigenze di una moderna società democratica *in cui la vera sovranità deve attribuirsi alla persuasione, rinunciando a facili dommatismi e a comodi principi di autorità*» (C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 655, corsivi aggiunti).

⁷⁰ Cfr. C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 134-135. Sulla "mitezza" del diritto per principi è ovvio il riferimento a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992; sull'utilizzo delle clausole generali al fine di scardinare gli elementi più formalistici e retrivi del diritto civile, e in vista della penetrazione dei principi costituzionali nel sotto-sistema civilistico, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, 83-125.

POLITICHE DI GENERE E FENOMENO MIGRATORIO: NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il diritto amministrativo e le politiche migratorie di genere: *the sound of silence*. – 2. Il possibile ruolo propulsivo della *soft law* sovranazionale: la Carta europea per l'uguaglianza e la parità delle donne e degli uomini nella vita locale. – 3. L'obiettivo primario: conoscere per governare. – 4. Cenni ad alcuni strumenti di intervento indicati nella legislazione regionale. – 5. *De iure condendo*: il possibile ruolo del diritto amministrativo per le politiche migratorie di genere.

1. *Il diritto amministrativo e le politiche migratorie di genere: the sound of silence*

Nell'ordinamento italiano non esiste un quadro legislativo organico in materia di politiche migratorie di genere¹. In mancanza di indicazioni

¹ Fra gli studiosi di scienze sociali, da tempo è stato evidenziato come le politiche migratorie incidano diversamente sulla condizione di uomini e donne. Per esempio, v.: C.R. SUTTON, *Some Thoughts on Gendering and Internationalising Our Thinking about Transnational Migrations*, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1992, 645, 241 ss.; P. HONDAGNEU-SOTELO, *Gendered Transitions: Mexican Experiences of Immigration*, Berkeley 1994 e EAD., *Introduction: Gender and Contemporary U. S. Immigration*, in *American Behavioural Scientist*, 1999, 42, 4, 565 ss.; M. KEARNEY, *The Local and the Global: The Anthropology of Globalization and Transnationalism*, in *Annual Review of Anthropology*, 1995, 24, 547 ss.; S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile*, Bologna 1996; E. KOFMAN, A. PHIZACKLEA, P. RAGHURAM, R. SALES, *Gender and international migration in Europe: employment, welfare and politics*, London 2000; P.R. PESSAR, S.J., MAHLER, *Gendered Geographies of Power: Analyzing Gender across Transnational Spaces*, in *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 2001, 7, 4, 441 ss., nonché IDD., *Transnational Migration: Bringing Gender In*, in *International Migration Review*, 2003, 37, 3, 812 ss.; L. LEAN LIM, K. LANDUYT, M. EBISUI, M. KAWAR, S. AMERATUNGA, *An Information Guide - Preventing Discrimination, Exploitation and Abuse of Women Migrant Workers*, Geneva 2003; M. BOYD, E. GRIECO, *Women and*

normative di prospettiva generale, la realizzazione degli interventi sul territorio è demandata alla buona volontà e allo spirito di iniziativa delle singole amministrazioni, che ad oggi si sono mosse in modo spesso discontinuo, alla luce dell'incidenza del fenomeno migratorio nel tessuto sociale di riferimento, della sensibilità delle popolazioni locali e della disponibilità di risorse economico-finanziarie (spesso reperite grazie anche alla cooperazione con i privati)². La disomogeneità delle varie esperienze

Migration: Incorporating Gender into International Migration Theory, Migration Policy Institute, 2003, in <http://www.migrationinformation.org/Feature/print.cfm?ID=106> (consultato il 12 luglio 2014); L. ENGLE, *The World In Motion. Short Essays on Migration and Gender*, Geneva 2004; M.L. CATTANEO, S. DAL VERME, *Donne e madri nella migrazione. Prospettive transculturali e di genere*, Milano 2005; F. DECIMO, *Quando emigrano le donne. Percorsi e reti femminili della mobilità transnazionale*, Bologna 2005; C. BARBARULLI, L. BORGHI (a cura di), *Forme della diversità. Genere, precarietà e intercultura*, Cagliari 2006; IMR (a cura di), *Special issue on "Gender and Migration Revisited"*, in *International Migration Review*, 2006, 40; M.I. MACIOTI, G. VITANTONIO, P. PERSANO (a cura di), *Migrazioni al femminile. Identità culturale e prospettiva di genere*, Macerata 2006; R. SILVEY, *Geographies of Gender and Migration: Spatializing Social Difference*, in *International Migration Review*, 2006, 40, 1, 64 ss.; C. BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna 2007; J.-C. DUMONT, J.P. MARTIN, G. SPIELVOGEL, *Women on the Move: The Neglected Gender Dimension of the Brain Drain*, in SSRN - <http://ssrn.com/abstract=1001216>, luglio 2007 (consultato il 12 luglio 2014); A. R. MORRISON, M. SCHIFF, M. SIÖBLOM (a cura di), *The International Migration of Women*, Washington D.C. 2008; M.G. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine Migranti Schiave*, Roma 2009; G. CAMPANI (a cura di), *Genere e Globalizzazione*, Pisa 2010; A. KRALER, E. KOFMAN, M. KOHLI, C. SCHMOLL (a cura di), *Gender, Generation and the Family in International Migration*, Amsterdam 2011; G. HERRERA, *Gender and International Migration: Contributions and Cross-Fertilizations*, in *Annual Review of Sociology*, 39, 471 ss.; L. OSO, N. RIBAS-MATEOS (a cura di), *The International Handbook on Gender, Migration and Transnationalism. Global and Development Perspectives*, Cheltenham-Northampton 2013.

² Non è questa la sede per esaminare in modo esauriente le variegiate esperienze maturate presso gli enti territoriali. In via meramente esemplificativa, può essere interessante, però, segnalare le sperimentazioni effettuate fra il 2011 e il 2013 dalla provincia di Torino; la relazione (reperibile online all'indirizzo web http://www.comune.torino.it/statistica/osservatorio/stranieri/2012/pdf/04-fenomeno_migratorio_e_politiche_integrate.pdf, consultato il 12 luglio 2014) evidenzia, fra l'altro, l'istituzione di proficui rapporti sinergici fra i diversi servizi dell'ente. Per un'analisi dottrinale delle prassi radicate su alcuni territori regionali, v., per esempio, D. CARRILLO, N. PASINI (a cura di), *Migrazioni, Generi, Famiglie. Pratiche di scissione in alcuni contesti regionali*, Milano 2009. Inoltre, v. R. LIBANORA (a cura di), *Migrazioni, sviluppo umano ed enti locali. Vincoli ed opportunità*, Dossier UmanamEnte 2010, reperibile online all'indirizzo web <http://www.ucodep.org>, consultato il 12 luglio 2014; per questo contributo, è particolarmente rilevante lo scritto di F. BALSAMO, *La questione di genere nelle migrazioni*, *ivi*, 114 ss. Infine, v. I. BIEMMI, T. CHIAPPELLI (a cura di), *Verso una cittadinanza di genere e interculturale. Riflessioni e buone prassi dalla Facoltà di Scienze della Formazione di Firenze*, Consiglio re-

è tacitamente avallata e talora approfondita dalla lacunosità delle (poche) regole esistenti.

Questo dato emerge, in primo luogo, nel settore della parità di genere *tout court*³.

Un esempio assai significativo, che dimostra proprio l'assenza di reale progettualità nell'orientamento seguito dal legislatore, consiste nella disciplina del bilancio di genere⁴, il quale ben potrebbe rappresentare uno strumento di grande rilievo in vista della virtuosa redistribuzione della spesa pubblica in considerazione del diverso impatto su uomini e donne delle politiche perseguite e realizzate dagli enti pubblici. Come è noto, di questo istituto si occupa, a livello nazionale⁵, il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150⁶. Il decreto prevede la redazione da parte delle amministrazioni pubbliche di un piano della *performance* triennale, documento di programmazione in cui sono individuati gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi che l'ente si propone di realizzare nell'immediato futuro, nonché gli indicatori di riferimento per la valutazione dell'attività svolta. A tale riguardo, non si riscontra, però, alcun cenno alla redazione del bilancio di genere, che è richiamato, invece, quale elemento contenutistico della relazione annuale di carattere consuntivo che gli enti devono stilare valorizzando i risultati raggiunti. È evidente come il legislatore abbia tenuto conto solo in parte delle potenzialità virtuose insite nel meccanismo del *gender auditing*, il quale appare come un'arma poco efficace se il suo utilizzo non è imposto anche nel momento preventivo della progettazione degli interventi.

In altri settori, la disciplina vigente è stata potenziata e risulta attualmente piuttosto soddisfacente. Permangono, tuttavia, rilevanti problemi di effettività, a fronte delle resistenze manifestate da parte della giurisprudenza. Il riferimento va, per esempio, alla normativa sulle quote di genere nella composizione delle commissioni concorsuali per l'accesso al

gionale - Commissione regionale per le pari opportunità della Toscana, Quaderno n. 54, Firenze giugno 2013, con particolare riferimento agli scritti contenuti nella Parte terza del volume, dedicata all'analisi del fenomeno migratorio al femminile.

³ In dottrina, a proposito della ruolo della questione di genere nell'ambito delle politiche pubbliche v., per esempio, A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano 2007; v. anche S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile cit.*, e M.G. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine Migranti Schiave cit.*

⁴ V. *infra*, sub par. 3.

⁵ Per una sintetica panoramica della legislazione regionale in materia, v. *infra*, nt. 56.

⁶ V. art. 10, c. 1, lett. a) e lett. b), d. lgs. n. 150/2009.

pubblico impiego, alla cui implementazione i tribunali si sono spesso opposti seguendo orientamenti talora assai deludenti⁷. È vero, del resto, che in altri settori la sensibilità riscontrabile nell'impianto normativo ha trovato terreno fertile nell'applicazione giurisprudenziale: si pensi, per esempio, alle regole (contenute soprattutto nel TUEL)⁸ sulla composizione degli organi di governo degli enti locali⁹, a cui si è affiancata l'introduzione (ancora troppo recente per prestarsi a valutazioni in termini di concreta effettività) delle "quote di genere" nella composizione degli organi direttivi delle società pubbliche¹⁰.

Questi ultimi riferimenti dimostrano che ad oggi importanti passi avanti sono stati compiuti nel riconoscimento del diritto delle donne a partecipare attivamente alla vita pubblica e istituzionale in regime di parità rispetto agli uomini. Va rilevato, però, che, nella maggior parte dei casi, gli strumenti giuridici indicati a ben vedere si rivolgono a una fascia di potenziali beneficiarie che si trova in una posizione di (relativa) forza, poiché cittadine in senso classico, o comunque "visibili" in quanto inse-

⁷ Per quanto concerne l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 57, c. 1, lett. a), d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che – recependo una serie di disposizioni previgenti – impone la partecipazione femminile, nella quota di almeno un terzo dei posti disponibili, nelle commissioni di concorso per le assunzioni nel pubblico impiego, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 997 ss. V. anche i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ivi richiamati.

⁸ Precisamente, nell'ambito del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, v. soprattutto il combinato disposto degli artt.: 6, c. 3; 17, c. 5; 46, c. 2, 71, c. 3 *bis* e c. 5; 73, c. 1 e c. 3. Per una ricostruzione più esauriente della disciplina in questione, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Trento 2014, 296 ss.; cfr. i riferimenti ulteriori ivi indicati.

⁹ V. nuovamente A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi cit.* e cfr. i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ivi indicati.

¹⁰ A proposito della l. 12 luglio 2011, n. 120, che sarà in pieno vigore a partire dal 2015, e del regolamento attuativo (D.P.R. 30 novembre 2012, n. 251) applicabile alle società non quotate in borsa partecipate e controllate da enti pubblici, v. per esempio, in dottrina: C. GARILLI, *Le azioni positive nel diritto societario. Le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 885 ss.; v. anche A. BUSANI, G.O. MANNELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, in *Società*, 2012, in particolare 56 ss., nonché M. BENEDETTI, *Le quote nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 719 ss., D. STANZIONE, *In tema di "equilibrio tra generi" negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2013, 190 ss., e. P. MONACO, *Le quote di genere nei corporate boards: profili di diritto comparato*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino 2013, 85 ss.

rite in ambiti (almeno latamente) istituzionali (per esempio, i partiti politici) ovvero in quanto dotate di titoli di studio e livello culturale di prestigio e socialmente riconosciuti. Pertanto, si tratta di meccanismi sostanzialmente inidonei – almeno, nella maggior parte dei casi – a garantire la posizione delle immigrate e ad attivare a loro tutela logiche inclusive.

Esse, infatti, raramente sono pienamente coinvolte nella vita pubblica e, al contrario, sono particolarmente esposte alle cosiddette “discriminazioni plurime”¹¹. Tale fenomeno è noto agli studiosi di scienze sociali, che parlano al riguardo di “doppia esclusione” – come donne e come straniere – delle migranti¹²; c’è anche chi evoca un “triplo svantaggio”, richiamando, accanto ai fattori già menzionati, lo stato di indigenza e di precarietà socio-economica in cui spesso sono costrette a vivere¹³. La situazione di vulnerabilità è poi spesso ulteriormente aggravata da fattori di carattere culturale derivanti dal modello antropologico, incentrato su rigidi ruoli di genere, dominante nell’ambiente di origine¹⁴.

Tuttavia, della condizione di precarietà in cui frequentemente si trovano le donne straniere il legislatore non sembra tenere adeguatamente conto.

¹¹ Del rischio di discriminazioni multiple parla anche la carta europea per l’uguaglianza e la parità delle donne e degli uomini nella vita locale, su cui v. *infra*, *sub* par. 2.

¹² V., per esempio: M.I. MACIOTI, G. VITANTONIO, P. PERSANO (a cura di), *Migrazioni al femminile. Identità culturale e prospettiva di genere*, cit., 172; D. PIAZZALUNGA, *Un doppio svantaggio? Differenziali salariali sulla base del genere e dell’etnia*, Working Paper Dip. Economia Cognetti de Martiis, QR. 2011 n. 6, ed EAD., *La doppia discriminazione delle donne immigrate*, in *ingenera*, <http://www.ingenera.it/articoli/la-doppia-discriminazione-delle-donne-immigrate>, 15 novembre 2012 (consultato il 12 luglio 2014).

¹³ V. nuovamente, per esempio, M.I. MACIOTI, G. VITANTONIO, P. PERSANO (a cura di), *Migrazioni al femminile. Identità culturale e prospettiva di genere* cit., 30. V. anche G. CAMPANI, *Genere, etnia e classe*, Pisa 2010, 71.

¹⁴ Come è ampiamente noto, problemi spinosi e quantitativamente rilevanti si pongono con riferimento alle migranti provenienti dal mondo islamico, in cui, se pur con numerose varianti, il ruolo della donna nella società è fondamentalmente e indissolubilmente correlato con la sua attività domestica e di cura nell’ambito della famiglia. A questo proposito, in dottrina v., per esempio: F. MERNISSI, *Donne del Profeta. La condizione femminile nell’Islam*, Genova 1992; L. AHMED, *Oltre il velo. La donna nell’Islam da Maometto agli ayatollah*, Firenze 1995; A. MAYER, *Islam and Human Rights*, Boulder 1999; S. BARTOLINI (a cura di), *A volto scoperto. Donne e diritti umani*, Roma 2002; H. RAMADAN, *La donna nell’Islam*, Milano 2003; A. HIRSI ALI, *Nomade. Perché l’Islam non è una religione per donne*, Milano 2010; R. PEPICELLI, *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Roma 2010; A. VANZAN, *Le donne di Allah. Viaggio nei femminismi islamici*, Milano 2010; E. CAMASSA, *Uguali e diverse: donne islamiche e diritto di famiglia*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova 2013, 197 ss.

Alcuni indizi in tal senso emergono dall'analisi dell'articolato del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (il cosiddetto "t.u. immigrazione"). Nonostante esso rappresenti il punto di riferimento normativo generale in materia, la specificità del fenomeno migratorio al femminile non sembra esservi stata colta nella sua complessità. Solo sporadicamente si ravvisa un'attenzione particolare per le donne: per esempio, in quanto vittime di delitti finalizzati allo sfruttamento sessuale delle persone¹⁵, oppure quali destinatarie del rilascio di permesso di soggiorno in via eccezionale¹⁶ in quanto vittime di reati violenti perpetrati nell'ambito della famiglia¹⁷, di trattamenti discriminatori per ragioni legate all'appartenenza di genere nel Paese d'origine¹⁸ oppure in quanto madri da meno di sei mesi o in stato di gravidanza¹⁹. Si tratta, evidentemente, di una visione molto parziale.

Sul fronte più strettamente amministrativistico, la scarsa sensibilità per i possibili effetti dell'attività delle autorità sulla qualità della vita delle migranti si riscontra anche da altri punti di vista. Un aspetto interessante ha a che fare con l'emanazione da parte dei sindaci delle ordinanze che vietano l'uso entro il territorio comunale di *burqa* e *niquab* (che, in quanto atti a occultare il volto di chi li indossa, sono ritenuti in contrasto con il diritto alla sicurezza delle popolazioni locali) e di *burqini*²⁰ (il cui utilizzo è censurato prevalentemente per ragioni di igiene e salubrità pubblica). In questi casi, a lungo si è riscontrata la mancata percezione delle implicazioni di genere dell'esercizio del potere di ordinanza, che di fatto è suscettibile di produrre fenomeni segregativi o autosegregativi²¹.

¹⁵ Tale obiettivo corrisponde infatti a un'aggravante per il reato di immigrazione clandestina, ex a. 12, c. 3-ter, d. lgs. n. 286/1998.

¹⁶ Sul punto, per completezza v. anche la Circ. Min. Interno, 21 ottobre 2013, n. 33453.

¹⁷ V. art. a. 18-bis, d. lgs. n. 286/1998.

¹⁸ V. art. 19, c. 1, d. lgs. n. 286/1998.

¹⁹ V. art. 19, c. 2, lett. d), d. lgs. n. 286/1998.

²⁰ Come è noto, il termine costituisce un neologismo, prodotto dalla crasi fra i vocaboli *burqa* e *bikini*.

²¹ V. però, in dottrina: A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le regioni*, 2010, 349 ss., ove sono reperibili ampi riferimenti, relativi sia alla prassi amministrativa, sia alla giurisprudenza amministrativa in materia. V. anche: C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, nota a Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2426 ss.; M. MINNITI, F. MINNITI, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sin-*

Solo in epoca relativamente recente i giudici amministrativi più attenti hanno colto tale profilo, che ovviamente si affianca a quelli, di più immediata evidenza, correlati alle possibili discriminazioni determinate dall'appartenenza etnica, culturale e religiosa. Di conseguenza, in alcune sentenze²² si è evidenziata la necessità che l'assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con i parametri della ragionevolezza e della proporzionalità relativamente all'indispensabilità dell'apposizione del divieto.

In questo contesto – complessivamente contraddistinto, pare di poter dire, dalla discontinuità (sia sul piano legislativo sia sul piano applicativo) della percezione della dimensione di genere nella gestione delle politiche pubbliche in generale e di quelle migratorie in particolare – è giunto il momento che il diritto amministrativo si assuma le proprie responsabilità. Precisamente, è necessario riconoscere, *a posteriori*, che il diritto pubblico²³ non ha ad oggi saputo offrire una lettura efficiente del fenomeno migratorio al femminile e delle sue specificità. È assai più importante, però, instaurare, in prospettiva *de iure condendo*, un nuovo corso, fondato sull'impegno per l'aggiornamento, l'adattamento e la rivitalizzazione di principi sedimentati e istituti già noti in vista della loro sperimentazione nel campo delle politiche migratorie di genere.

2. *Il possibile ruolo propulsivo della soft law sovranazionale: la Carta europea per l'uguaglianza e la parità delle donne e degli uomini nella vita locale*

Le lacune riscontrabili sul piano normativo nell'ordinamento italiano possono forse essere compensate, almeno in parte, dal contributo della

daco ko alla guerra del velo islamico, nota a Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108 ss.

²² Per esempio, v.: Cons. St., VI, 19 giugno 2008, n. 3076, in *Comuni Italia*, n. 10-11, 2008, I, 4; Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108; Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2423.

²³ Una interessante assunzione di responsabilità in questo senso può ravvisarsi nell'iniziativa recentemente adottata dal CNEL, il quale si è fatto promotore di un disegno di legge attualmente giacente al Senato (n. 1165, depositato il 12 novembre 2013), reperibile in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/297304.pdf>, consultato il 12 luglio 2014. Nel progetto (Disposizioni in materia di statistiche e politiche di genere), emerge espressamente la rilevanza della rilevazione e della valutazione dei dati relativi alla presenza nel nostro Paese e all'attività di immigrate ed immigrati.

disciplina sovranazionale, dalla quale provengono spunti interessanti soprattutto per l'attività degli enti territoriali. È appena il caso di sottolineare come il ruolo di questi soggetti – e *in primis* quello dei comuni, che sono investiti di competenza amministrativa tendenzialmente generale – assuma primario rilievo²⁴, poiché proprio regioni, province e comuni sono chiamati a realizzare le politiche di genere “sul campo”, possibilmente con un approccio plurale, multietnico e multiculturale²⁵.

In questa sede pare assai opportuno soffermarsi su uno strumento specifico di *soft law*, che spicca nettamente nel panorama delle fonti di livello transnazionale poiché offre numerose sollecitazioni utili in chiave immediatamente operativa. Si tratta della Carta europea per l'uguaglianza e le parità delle donne e degli uomini, redatta in seno al progetto realizzato tra il 2005 e il 2006 dal Consiglio dei comuni e delle regioni d'Europa in collaborazione con numerosi *partners*; il progetto ha ricevuto anche il sostegno della Commissione europea, nell'ambito del quinto Programma d'azione per la parità tra donne e uomini²⁶.

Gli enti locali e regionali, il cui ruolo si dipana alla luce dei parametri dell'autonomia e della sussidiarietà, sono invitati ad aderire formalmente alla Carta, sottoscrivendola e prendendo pubblicamente posizione a favore del principio della parità fra donne e uomini²⁷. Così facendo, essi si

²⁴ Può essere interessante segnalare, in proposito, che il primario rilievo del ruolo degli enti locali e regionali per la promozione della parità dei sessi era già stato affermato con forza già nella Dichiarazione mondiale 1998 della IULA (Unione Internazionale delle città e dei poteri locali) intitolata *Le donne nel governo locale*.

²⁵ A mero scopo esemplificativo, su questo argomento, si segnalano, in dottrina, T. CAPONIO, A. COLOMBO (a cura di), *Migrazioni globali, integrazioni locali*, Bologna 2005, e T. CAPONIO, *Città italiane e immigrazione. Discorso pubblico e politiche a Milano, Bologna e Napoli*. Bologna 2006.

²⁶ La Carta europea riprende e approfondisce, con specifico riferimento all'attività degli enti regionali e locali, i contenuti già tratteggiati nella Dichiarazione della Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010 (*Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini - Carta per le donne*), comunicazione COM(2010)78, reperibile online in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0078&from=IT> (consultato il 12 luglio 2014).

²⁷ V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 4. Può essere interessante segnalare che alla Carta ha formalmente aderito, per esempio, la Giunta regionale delle Marche (con delibera 19 aprile 2007, n. 370). Un esempio di Piano d'azione per la parità adottato in attuazione della carta europea, reperibile online è quello del Comune di Conselve, in provincia di Padova (delibera 4 dicembre 2009, n. 94): v. http://www.comune.conselve.it/doc/pari/piano_azione_pari.pdf (consultato il 12 luglio 2014). Per quanto riguarda l'esperienza della città di Merano, v. <http://www.frauen-arbeit.bz.it/291d8495.html> (consultato lo stesso giorno). Inoltre, può essere utile effettuare almeno un cenno al Documento programmatico per l'attuazione della “Carta europea per l'ugua-

impegnano ad attuarne i contenuti sul proprio territorio, mediante l'adozione – al massimo entro due anni – di un Piano d'azione per la parità, in cui devono essere fissate le priorità, gli interventi e i finanziamenti indispensabili per la sua realizzazione²⁸. Il Piano deve essere elaborato secondo modalità fortemente partecipative, basate sulla consultazione delle popolazioni interessate; la fase attuativa deve essere caratterizzata dall'ampia diffusione dei suoi contenuti, dalla trasparenza dei risultati e dalla reversibilità delle iniziative assunte, che devono poter essere corrette, se necessario, in corso d'opera²⁹. Il Piano, del resto, si pone nell'alveo di un'ampia attività di programmazione locale e regionale, per l'implementazione della quale devono essere predisposte adeguate risorse umane ed economiche. In tale contesto, il *gender budgeting* è espressamente richiamato quale meccanismo di parametrizzazione e valutazione delle politiche pubbliche, con importanti funzioni di indirizzo³⁰.

Fra i doveri incombenti sugli enti territoriali figura l'intrattenimento di relazioni di collaborazione con tutte le istituzioni e le organizzazioni (anche di natura associativa) radicate sul territorio, con l'obiettivo della concreta instaurazione di una vera uguaglianza³¹. Per questo, la Carta promuove la conclusione, anche in ambito transfrontaliero, di gemellaggi e accordi di reciproca collaborazione fra enti territoriali, al fine di agevolare e intensificare lo scambio di conoscenze e l'edificazione di ponti culturali in vista del pieno coinvolgimento di tutti e di tutte nella determinazione delle politiche pubbliche³².

Al di là dei contenuti di ampio respiro, vari aspetti della Carta rilevano rispetto alla gestione a livello locale del fenomeno migratorio.

In primo luogo, va segnalata la notevole attenzione per l'effettività della tutela. Si sottolinea che l'uguaglianza fra le donne e gli uomini corrisponde certamente a un principio giuridico fondamentale, nonché a un valore basilare per la democrazia, cruciale per il successo dell'attività dell'ente territoriale e della qualità della vita della popolazione di riferimento. Nel contempo, però, la parità fra i generi produce una gamma di

glianza di donne e uomini nella vita locale e regionale”, prodotto dall'Assemblea dei partecipanti all'incontro europeo per la verifica dei Piani di Azione (Arezzo, 30-31 ottobre 2009).

²⁸ V. *Introduzione*, nonché Parte prima (*Principi*), punto 6.

²⁹ All'elaborazione del Piano d'azione per la parità è dedicata la seconda parte della Carta (*La messa in pratica della Carta e dei suoi impegni*).

³⁰ V. Parte prima (*Principi*), punto 5.

³¹ V. *Introduzione*.

³² V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 30.

diritti che non solo deve essere riconosciuta a livello normativo, ma deve essere presidiata da idonee garanzie di concreto esercizio. Pertanto, è compito degli esecutivi degli enti locali e regionali assumere appropriate iniziative politico-istituzionali in tutti i settori della vita pubblica per eliminare le discriminazioni multiple³³, dirette e indirette, che oggi permangono a danno delle donne, spesso a causa della sopravvivenza di odiosi stereotipi. Proprio nella prospettiva dell'abolizione delle disparità di trattamento fondate, oltre che sul genere, (fra l'altro) sull'appartenenza genetica e razziale, linguistica, etnica e sociale, religiosa o comunque ideologica, si precisa dunque che gli enti pubblici devono tenere presenti, nella loro azione, i particolari interessi delle immigrate e degli immigrati³⁴.

In prospettiva più mirata, nella Carta è prevista la predisposizione di varie misure.

Un aspetto che merita di essere segnalato in questa sede concerne la gestione dei servizi pubblici locali³⁵. Tale attività non solo presenta evidenti correlazioni con il dovere di garantire a tutte e a tutti il soddisfacimento dei bisogni primari, ma rileva in particolare in prospettiva di genere, poiché i servizi pubblici locali sono utili soprattutto alle donne³⁶. Le utenti mediamente hanno esigenze specifiche e in parte diverse da quelle degli uomini, soprattutto in relazione alla sicurezza della vita extradomestica; evidentemente, tale esigenza si intensifica rispetto alle immigrate, la cui condizione di "diversità", spesso palese, oggettivamente le espone a rischi maggiori rispetto a quelli che corrono le altre donne³⁷. Ne consegue che il potenziamento dell'efficacia dei servizi erogati – anche in termini di capillarità nel raggiungimento degli utenti, indipendente-

³³ V. Parte prima (*Principi*), punto 2.

³⁴ Precisamente, v. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 10.

³⁵ Richiede in generale il miglioramento della qualità dei servizi erogati l'art. 9, c. 3, della Parte terza (*Responsabilità democratica*), dedicato all'analisi di genere che deve essere periodicamente svolta dall'ente territoriale firmatario della Carta. In base al successivo art. 12, l'ente deve garantire che la promozione della parità di genere sia assicurata dai soggetti terzi ai quali sia eventualmente affidato contrattualmente lo svolgimento di servizi pubblici di particolare rilievo. V. anche l'art. 27 sullo sviluppo economico e l'art. 28 sulla tutela dell'ambiente

³⁶ Del resto, la Carta europea segnala – all'art. 18, c. 1, della Parte terza (*Responsabilità democratica*) – che le donne accedono "alle risorse, ai beni, ai servizi e alle opportunità" più difficilmente rispetto agli uomini.

³⁷ È importante, in proposito, l'art. 21 della parte terza (*Responsabilità democratica*), ove – precisamente, al c. 3, lett. (b) – si sottolinea la necessità dello svolgimento di efficienti servizi di sicurezza da parte delle forze di polizia.

mente dalla condizione di cittadinanza o di regolare residenza nel territorio di riferimento – è suscettibile, per quanto in via indiretta, di produrre conseguenze non irrilevanti anche nella prospettiva delle politiche migratorie di genere. È forse banale e prevedibile (ma non del tutto inutile) segnalare l'importanza del servizio di trasporto pubblico locale, che evidentemente, incidendo sulla mobilità delle persone, ben può agevolare l'indipendenza (e, di fatto, l'acquisizione di sempre maggiori spazi di libertà) da parte delle immigrate³⁸. Anche i servizi sociali³⁹ e il servizio sanitario⁴⁰ svolgono un ruolo importantissimo. In particolare, la Carta punta sull'informazione sui soccorsi a disposizione delle vittime di reati (soprattutto a sfondo sessuale) in ogni lingua utilizzata dalla popolazione radicata sul territorio⁴¹. Più in generale, emerge la complessa questione della c.d. "medicina di genere", che con riferimento alle donne immigrate presenta vari profili di peculiarità. In primo luogo, infatti, non va trascurato il rilievo del loro frequente impiego in lavori di cura⁴², che po-

³⁸ In proposito, v. l'art. 26, Parte terza (*Responsabilità democratica*), specificamente dedicato a *Mobilità e trasporti*. Vi si riconosce espressamente (al c. 2) che le donne "utilizzano maggiormente i trasporti pubblici rispetto agli uomini". A questo proposito, in dottrina, v., per esempio, S. MAFFII, P. MALGIERI, *Attaccate al tram. Ecco come si muovono le donne*, in *ingenere*, <http://ingenere.it/articoli/attaccate-al-tram-ecco-come-si-muovono-le-donne> (consultato il 13 luglio 2014) e cfr. i riferimenti ivi indicati.

³⁹ Precisamente, v. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 15.

⁴⁰ Espressamente alla tutela della salute, che deve essere assicurata a tutte e a tutti tenendo conto delle diverse necessità, è dedicato l'art. 14 della Parte terza (*Responsabilità democratica*).

⁴¹ V. art. 23, Parte terza (*Responsabilità democratica*), ove si precisa anche che gli enti firmatari della Carta devono impegnarsi a prevenire e contrastare la tratta degli esseri umani attraverso informazione e campagne di sensibilizzazione, programmi di formazione per le *équipes* professionali incaricate d'identificare e di soccorrere le vittime, misure per eliminarne la richiesta e per assistere le vittime, compreso l'accesso al trattamento medico, ad un alloggio adeguato e sicuro e a degli interpreti.

⁴² Gli studiosi di scienze sociali parlano, in proposito, di "femminilizzazione" della presenza straniera nell'ambito delle professioni domestico-assistenziali, sia in Italia, sia in altri contesti nazionali. Sul punto v., per esempio, S. CASTLES, M. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, London 1998, e H.J. MOMSEN (a cura di), *Gender, Migration and Domestic Service*, Oxford 1999. Inoltre, v.: J. ANDALL, *Gender, Migration and Domestic Service: The Politics of Black Women in Italy*, Ashgate 2000; J. ANDALL, R. SARTI, *Le trasformazioni del servizio domestico in Italia: un'introduzione*, in *Polis*, 2004, 18, 1, 5 ss.; R. SARTI, "Noi abbiamo visto tante città, abbiamo un'altra cultura". *Servizio domestico, migrazioni e identità di genere in Italia: uno sguardo di lungo periodo*, in *Polis*, 2004, 18, 1, 17 ss., ed EADEM, *Da serva a operaia? Trasformazioni di lungo periodo del servizio domestico in Europa*, *ivi*, 2005, 19, 1, 91 ss.; B. ANDERSON, *Un lavoro come un altro? La mercificazione del lavoro domestico*, in B. EHRENREICH, A.R. HOCHSCHILD (a cura di), *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Milano 2004,

trebbero sia esporle alle patologie conseguenti agli incidenti domestici, sia risultare usuranti anche sul piano psicologico⁴³. Non va sottaciuto, poi, che le immigrate extracomunitarie sono frequentemente sottoposte a un impegno riproduttivo accentuato, il che ovviamente le espone a maggiori rischi sanitari⁴⁴. Del resto, la segregazione e l'autosegregazione di genere spesso ostacolano il monitoraggio e l'efficace prevenzione delle patologie. Un problema estremamente complicato e urgente, infine, concerne la prevenzione e la repressione delle mutilazioni genitali sulle bambine⁴⁵, che richiede attenzione costante e un intervento integrato su più fronti⁴⁶.

108 ss. In prospettiva più generale, v., poi, R.S. PARRENAS (a cura di), *Servants of Globalization. Women, Migration and Domestic Work*, Stanford 2001, e H.J. MOMSEN (a cura di), *Gender, Migration and Domestic Service cit.*

⁴³ A proposito dell'importanza del lavoro di cura e della conciliazione, sia per le donne che per gli uomini, fra tempi di vita e tempi di lavoro, v. la Parte terza della Carta (*Responsabilità democratica*), artt. 16-17.

⁴⁴ V. in dottrina, per esempio, A. GENOVA, *La salute diseguale delle immigrate in Italia*, in *ingenera*, <http://www.ingenera.it/articoli/la-salute-diseguale-delle-immigrate-italia>, 26 luglio 2013 (consultato il 12 luglio 2014), L. LOMBARDI, *Disuguaglianze di salute e disuguaglianze sociali*, in A. PULLINI (a cura di), *Studio per una analisi del rapporto tra disuguaglianze di salute e disuguaglianze sociali nelle donne in età riproduttiva italiane e straniere attraverso la attivazione di procedure di record linkage tra fonti diverse di dati correnti*, Fondazione ISMU, 2011, Quaderno n. 3, nonché C. FACCHINI, E. RUPPINI (a cura di), *Salute e disuguaglianze di genere. Una nuova dimensione della cittadinanza delle donne*, Milano 2001, e P.P. RIEKER, C.E. BIRD, *Sociological Explanation of gender Differences in Mental and Physical Health*, in C.E. BIRD, P. CONRAD, A.M. FREAMONT (a cura di), *Handbook of Medical Sociology*, New Jersey 2000. V. anche L. LOMBARDI, *Disuguaglianze di genere e salute riproduttiva: uno sguardo su alcuni paesi del Mediterraneo*, in M. TOGNETTI BORDOGNA (a cura di), *Disuguaglianze di salute e immigrazione*, Milano 2008, 99 ss., ed EADEM, *Società, culture e differenze di genere. Percorsi migratori e stati di salute*, Milano 2005.

⁴⁵ In dottrina su questo tema v., per esempio: D. ATIGHETCHI, *La legge islamica e il corpo delle donne*, Bologna 1996, 885 ss.; E. CESQUI, *Le mutilazioni religiose a valenza simbolica nell'ordinamento italiano*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006, 256 ss.

⁴⁶ In proposito, è particolarmente significativa la Risoluzione dell'Assemblea generale O.N.U. del 20 dicembre 2012 (*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*), pubblicata il 5 marzo 2013, in cui si impegnano gli Stati a condannare queste pratiche ma anche ad attivare interventi in campo scolastico, sociale, psicologico, medico, economico. È appena il caso di notare che tali iniziative spesso rientrano, almeno in parte, in altrettante "politiche" locali coinvolgenti scuole, *leaders* religiosi e famiglie. Particolarmente utile appare, in questo contesto, l'adozione, nell'ambito di un quadro generale di integrazione e previa consultazione con le comunità interessate, di effettive e specifiche misure mirate per le donne rifugiate e migranti. In proposito, in dottrina, v., per esempio, R. FATTIBENE, *Verso una risoluzione dell'ONU per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa pratica tra*

Un altro profilo prioritario ha a che fare con la necessità di assicurare, sulla base della parità, l'inserimento e la rappresentanza delle donne di estrazione culturale e di generazioni differenti in ogni ambito delle decisioni politiche e pubbliche⁴⁷. La realizzazione di tale obiettivo poggia preliminarmente sull'educazione della cittadinanza in senso lato, con l'attivazione di corsi e altre iniziative informative e divulgative sull'importanza della condivisione delle scelte incisive sulla vita della comunità⁴⁸. In prospettiva inclusiva, si richiede particolare cautela e sensibilità nel garantire la partecipazione attiva anche di coloro che, facendo parte di gruppi minoritari, sono maggiormente esposti al rischio di estromissione e isolamento. Pertanto, è auspicata la sperimentazione di meccanismi innovativi, come l'attivazione di comitati consultivi e consigli di quartiere, strumenti a garanzia della *e-participation* e modelli di pianificazione partecipata⁴⁹.

Non mancano, poi, cenni alla partecipazione procedimentale in senso classico. Precisamente, accanto al generale rinvio all'obbligo di applicare le regole "ordinarie"⁵⁰, vari riferimenti specifici assumono una valenza peculiare nella prospettiva della gestione delle politiche migratorie. Per esempio, il necessario accertamento dell'efficacia delle modalità di comunicazione amministrativa in relazione alle diverse esigenze di uomini e donne⁵¹ ha certamente a che fare (anche) con la spinosa questione dell'accesso delle immigrate alle informazioni, spesso complicata da vari fattori (*in primis*, ma naturalmente non soltanto, di carattere linguistico). Può essere indispensabile, quindi, l'attivazione da parte dell'ente locale interessato di iniziative volte alla demolizione delle barriere culturali che

atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali, in *Rivista AIC*, 2012, n. 4, http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Fattibene_1.pdf (consultato il 12 luglio 2014), e I. RUGGIU, *La risoluzione Onu del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili: una lettura problematica*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0472_ruggiu.pdf (consultato il 12 luglio 2014). Nella dottrina italiana v. anche, per esempio: M. FUSASCHI, *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, Torino 2003; C. PASQUINELLI, *Infibulazione. Il corpo violato*, Roma 2007; F. BOTTI, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bologna 2009; L. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 103 ss.

⁴⁷ V. art. 1, Parte terza (*Responsabilità democratica*).

⁴⁸ V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 33.

⁴⁹ V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 3.

⁵⁰ V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 7, c. 1.

⁵¹ V. Parte terza (*Responsabilità democratica*), art. 7, c. 3.

troppo spesso ostacolano la piena partecipazione delle donne all'assunzione delle scelte pubbliche. Su questo fronte, spicca il riferimento alla necessità che vengano assunti e presi in considerazione, in fase endoprocedimentale, i punti di vista normalmente meno ascoltati⁵². È assai interessante notare, in proposito, come i redattori della Carta europea, palesando un livello di consapevolezza non comune, abbiano ritenuto doveroso, ove occorra, lo svolgimento di consultazioni separate destinate alle donne⁵³. Evidentemente, questa precisazione punta ad assecondare primariamente le possibili (e auspiccate) aspirazioni inclusive delle migranti, che, in ragione della provenienza e dell'appartenenza etnica e religiosa, potrebbero essere poco abituate e forse anche poco disponibili (per scelta spontanea o indotta) a confrontarsi con persone dell'altro genere. Disposizioni apparentemente discriminatorie (come quella che autorizza il coinvolgimento in base a parametri di segregazione di genere) possono in concreto risultare la soluzione inclusiva più efficace, quanto meno nell'immediato, per avvicinare e coinvolgere le immigrate, anche in vista dell'emersione di situazioni di disagio e precarietà altrimenti destinate a rimanere "invisibili" e, di conseguenza, sostanzialmente irreparabili.

3. *L'obiettivo primario: conoscere per governare*

Per fornire risposte efficienti alla serie eterogenea di esigenze insita nel fenomeno migratorio al femminile, è necessario in primo luogo coglierne tutta la complessità. È appena il caso di sottolineare come vi sia un'ambiguità di fondo: non è chiaro, infatti, se ci troviamo di fronte ad autentici percorsi di emancipazione suscettibili di condurre all'emersione graduale e progressiva di nuove forme di cittadinanza inclusiva o se, al contrario, l'abbandono da parte delle donne della loro terra d'origine sia in molti casi la conseguenza di reiterati episodi violenti o comunque di prevaricazione e conduca in realtà a condizioni di schiavitù sommersa e di emarginazione nell'"invisibilità". Naturalmente, non è possibile fornire a questi interrogativi una risposta unitaria e massificante. Al contrario, è necessario mantenere piena consapevolezza dell'eterogeneità delle sfaccettature che compongono il fenomeno, il quale può presentare

⁵² In particolare, a questo proposito, v. la disposizione puntuale contenuta nel secondo punto dell'art. 7, c. 3, Parte terza (*Responsabilità democratica*).

⁵³ In particolare, a questo proposito, v. il terzo punto dell'art. 7, c. 3, Parte terza (*Responsabilità democratica*).

caratteri assai differenziati in relazione a numerose variabili (*in primis*, quelle connesse all'ambiente socio-giuridico-economico di provenienza delle persone)⁵⁴.

Pertanto, la prima priorità è di ordine conoscitivo.

Il diritto amministrativo può fornire un utile contributo mediante l'istituto del bilancio di genere, che (come si è accennato)⁵⁵ è ad oggi normato in modo insufficiente ed eccessivamente frammentario⁵⁶, ma è spe-

⁵⁴ È doveroso segnalare che, ancora una volta, interessanti spunti di riflessione provengono dai contributi degli studiosi di scienze sociali, i quali evidenziano come frequentemente la scelta migratoria (soprattutto, delle donne) sia spesso il frutto non di una decisione individuale dell'interessata, ma di una riflessione svolta coralmente in seno alla famiglia o comunque all'ambito di provenienza. V., per esempio, D. MASSEY, *Space, Place and Gender*, Minneapolis 1994, nonché D.S. MASSEY, *Social structure, household strategies, and the cumulative causation of migration*, in *Population Index*, 1990, 56, 1: 3 ss. e IDEM, *La ricerca sulle migrazioni nel XXI secolo*, in G. SCIORTINO, A. COLOMBO (a cura di), *Assimilati ed esclusi*, Bologna 2002, 25 ss.

⁵⁵ V. *supra*, sub par. 1.

⁵⁶ La frammentarietà emerge anche nella disciplina del bilancio di genere contenuta nelle leggi regionali. In alcuni casi, infatti, le norme contengono riferimenti molto generali, mentre in altri le disposizioni hanno un contenuto specifico e dettagliato. Rientrano nel primo gruppo, per esempio, la l.r. Abruzzo, 16 dicembre 2005, n. 40, ove, all'art. 5, c. 2, lett. d), il bilancio di genere è richiamato come strumento per l'elaborazione di politiche idonee a garantire la fruizione dei servizi pubblici in modo paritario da parte di donne e uomini. Sono abbastanza "blande", poi, le previsioni contenute nell'art. 19, l.r. Puglia, 21 marzo 2007, n. 7, e nell'art. 3, l.r. Umbria, 15 aprile 2009, n. 6. Inoltre, evidenzia esclusivamente il ruolo del bilancio di genere in vista della valutazione a consuntivo delle politiche pubbliche l'art. 6, l.p. Trento, 18 giugno 2012, n. 13. Anche la l.r. Basilicata, 6 settembre 2001, n. 34 prevede oggi – dopo la modifica dell'art. 75 operata con l.r. 30 aprile 2014, n. 8 – che il bilancio di genere rientri nel contenuto della relazione sulla *performance* approvata annualmente dalla giunta regionale. In senso sostanzialmente analogo (nonostante qualche discrepanza di ordine terminologico) si pone l'art. 10, c. 1, lett. b), l.r. Lazio, 16 marzo 2011, n. 1; questa norma, però, va letta in combinato disposto con il più incisivo art. 43, l.r. Lazio, 28 dicembre 2006, n. 27, ove il bilancio di genere è definito come strumento di programmazione delle politiche pubbliche e per un utilizzo più efficiente delle risorse in vista del maggiore coinvolgimento delle donne nella vita pubblica. L'art. 12 della l.r. Calabria, 13 giugno 2008, n. 15 prevede la redazione del bilancio sociale, del bilancio di genere e del bilancio generazionale come strumenti di rendicontazione e trasparenza dell'operato dell'ente pubblico rispetto alle collettività di riferimento. Riconnette invece espressamente la redazione del bilancio di genere (anche) alla programmazione economica delle politiche pubbliche l'art. 36, l.r. Emilia Romagna, 27 giugno 2014, n. 6, ove si precisa ulteriormente che la regione promuove la diffusione dell'istituto nella prassi degli enti locali. È addirittura più esplicito nel configurare il bilancio di genere come istituto non solo di rendicontazione, ma anche rivolto alla razionale redistribuzione delle risorse l'art. 8, l.r. Liguria, 1 agosto 2008, n. 26. Nella medesima prospettiva, v., poi, l'art. 7, l.r. Marche 23 luglio 2012, n. 23 e l'art. 13, l.r. Toscana, 2 aprile 2009, n. 16 (richiamate anche *infra*, sub par. 4.), nonché gli artt. 3-5, l.r. Piemonte, 18 marzo 2009, n. 8.

rimentato con un certo successo, se pur a macchia di leopardo, dagli enti pubblici territoriali (in particolare di livello comunale)⁵⁷ e consente di analizzare le entrate e le spese dell'ente pubblico valutando *ex ante* e monitorando *ex post* gli effetti prodotti su uomini e donne. Esso, in quanto meccanismo di valutazione dell'impatto delle misure assunte, può svolgere un'importantissima funzione di indirizzo, con notevoli conseguenze sull'elaborazione delle politiche migratorie e di accoglienza a livello locale.

Molti aspetti sono controversi, soprattutto sul fronte del metodo. Ovviamente, la soluzione dei problemi ancora aperti può assumere caratteri diversi a seconda degli elementi ritenuti prioritari. Ne consegue, inevitabilmente, che l'intento di rilevare dati pertinenti (anche) alle condizioni di vita delle migranti è suscettibile di incidere, almeno in parte, sulle scelte operate in sede di predisposizione del *gender auditing*. Infatti, in occasione dell'indicazione dei contenuti e dei meccanismi partecipativi per la compilazione del bilancio, è opportuno tenere in attenta considerazione la circostanza che spesso questa categoria di persone si trova in uno stato esistenziale di precarietà e isolamento.

Tale fattore non pare incidere significativamente sul momento della suddivisione preliminare delle spese sottoposte ad analisi, che – secondo la tesi forse più convincente⁵⁸ – dovrebbero essere ripartite almeno in tre categorie: le spese specificamente dirette a uomini o donne, quelle preordinate a finanziare iniziative a sostegno indiretto delle pari opportunità, quelle non orientate rispetto al genere.

Già nella fase immediatamente successiva – quella della scelta dello strumento utilizzato per raccogliere i dati utili alla redazione del piano – l'importanza della delimitazione del *target* di riferimento emerge, però, con evidenza. Precisamente, non tutte le modalità di assunzione delle informazioni presso la popolazione interessata sono parimenti idonee a raggiungere tutti i potenziali *stakeholders*, in particolare se si trovano in

⁵⁷ In dottrina, analizzano la questione dell'adozione dei bilanci di genere nella prospettiva della prassi applicata presso gli enti locali, per esempio, F. BETTIO, S. BOTARELLI, A. ROSSELLI (a cura di), *Come si costruisce un bilancio di genere: linee guida per amministratrici/amministratori comunali*, Siena 2006 e F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, Bergamo 2003, nonché ISTITUTO PER LA RICERCA SOCIALE - I.R.S. (a cura di), *Il bilancio di genere dei comuni. Un manuale*, Milano 2006, 73 ss.

⁵⁸ V., per esempio: F. BETTIO, A. ROSSELLI, G. VINGELLI, *Gender auditing dei bilanci pubblici*, cit., 18 ss.; D. BUDLENDER, R. SHARP, *How do a gender-sensitive budget analysis. Contemporary research and practice*, London 1998.

situazioni di segregazione e “invisibilità” (come spesso avviene con riferimento alle immigrate, soprattutto irregolari). Allora, se alcune soluzioni sono difficilmente praticabili per ragioni di efficienza, in quanto eccessivamente costose (si pensi, per esempio, ai censimenti presso gli abitanti del luogo), altre appaiono poco adeguate per altri motivi: per esempio, la convocazione di riunioni con la cittadinanza (in base alla formula dell’inchiesta o del dibattito pubblico) presenta elementi di criticità, poiché normalmente partecipa solo chi è informato e interessato a monte rispetto alla problematica discussa ed è assai arduo raggiungere le persone più vulnerabili e meno “visibili”. Pertanto, la via che mi sembra forse più utile consiste nella valorizzazione del meccanismo del sondaggio presso l’utenza sulla qualità delle prestazioni erogate dall’ente locale o dai soggetti privati da questo incaricati. Si tratta di uno strumento già previsto nelle Carte dei servizi⁵⁹, che ben potrebbe essere potenziato, per esempio chiedendo di autoqualificare (se pur in forma anonima) la propria condizione in sede di compilazione del questionario di gradimento. Tale iniziativa potrebbe forse consentire di monitorare, almeno in parte, la presenza sul territorio e il livello di coinvolgimento delle immigrate, in particolare se svolta con riferimento all’erogazione dei servizi pubblici essenziali di cui queste persone più frequentemente si avvalgono (come i trasporti, i servizi sociali, quelli sanitari e quelli scolastici a vantaggio della prole minore).

Ulteriori profili controversi vertono su questioni di portata più generale.

Un problema interessante concerne l’individuazione delle tecniche applicabili per la valutazione in termini quantitativi dell’impatto di genere delle politiche adottate o programmate⁶⁰.

Risulta forse ancora più spinosa, poi, la scelta della composizione dei gruppi di lavoro incaricati della predisposizione del bilancio. Rispetto all’ipotesi di una composizione che sia espressione esclusivamente dell’ente pubblico sottoposto a valutazione e a quella della eterodeterminazione dei membri tramite l’apporto dell’associazionismo locale, sembra preferibile l’utilizzo di un modello misto, magari integrato dalla presenza

⁵⁹ V D.P.C.M. 21 dicembre 1995, 2.3.2.

⁶⁰ Non è questa la sede per soffermarsi su tale profilo. Per alcuni esempi correlati con l’applicazione pratica del bilancio di genere da parte degli enti territoriali italiani, v., per esempio, oltre ai riferimenti già richiamati, DIREZIONE CENTRALE RISORSE FINANZIARIE E PATRIMONIO REGIONE EMILIA-ROMAGNA (a cura di), *Un sistema informativo per le politiche di genere nella Regione Emilia-Romagna*, in *Istit. Fed.*, 2008, Suppl. n. 2, 32.

di soggetti terzi in posizione di garanzia (per esempio, di provenienza accademica)⁶¹. In questo modo, il coinvolgimento delle immigrate sarebbe garantito attraverso il filtro delle associazioni, l'adesione alle quali può suscitare minore diffidenza presso le dirette interessate (e presso il loro gruppo etnico di appartenenza) rispetto a una eventuale partecipazione totalmente autogestita alla vita pubblica.

Se ben sfruttato, il *gender auditing* potrebbe risultare quindi provvidenziale in vista non solo e non tanto della soluzione – che poggia anche su altri strumenti – ma in primo luogo dell'emersione della condizione di isolamento e precarietà in cui spesso si trovano le donne immigrate⁶². Questo risultato sarebbe assai rilevante, dal momento che proprio l'acquisizione di un panorama conoscitivo possibilmente esatto ed esauriente costituisce il principale prerequisito per l'attivazione di efficaci politiche inclusive da parte dell'amministrazione.

4. *Cenni ad alcuni strumenti di intervento indicati nella legislazione regionale*

Alcuni strumenti, che sono suscettibili di indirizzare e riqualificare in prospettiva di genere lo sfruttamento delle risorse pubbliche, sono indicati nella legislazione regionale.

⁶¹ Precisamente, come si è avuto modo di sottolineare in altra sede, il coinvolgimento diretto delle istituzioni di riferimento nell'autovalutazione delle politiche assunte presenterebbe evidenti vantaggi correlati alla possibilità per l'ente pubblico di effettuare ingenti investimenti economici per realizzare le priorità individuate. Nel contempo, uno svantaggio di non poco conto consiste nella sovraesposizione al rischio di mutamento di indirizzo politico, che proprio sulla stabilità dell'individuazione delle priorità è suscettibile di incidere. Il rischio specifico del modello che prevede la predisposizione del *gender auditing* su impulso esclusivamente di terzi – soprattutto associazioni o organizzazioni non governative – consiste, invece, nella probabile scarsa incisività di proposte provenienti da soggetti spesso privi di conoscenze specifiche circa il concreto indice di fattibilità delle iniziative. Un vantaggio potrebbe invece consistere nella possibilità di raccogliere esigenze rappresentative di bisogni vigorosamente percepiti dalla categoria di cui le associazioni si fanno portavoce, ma non va sottaciuto il fatto che queste, nella maggior parte dei casi, sono a loro volta politicamente e/o ideologicamente orientate. Sia consentito richiamare, in proposito, A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto*, cit., 324.

⁶² Per considerazioni in parte correlate a quelle ora espresse nel testo, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *Il gender auditing come strumento di valutazione delle politiche di genere*, in AA.VV., *Genere e precarietà*, Atti del convegno (Trento, 13-14 novembre 2009), <http://events.unitn.it/sites/events.unitn.it/files/download/genereprecarieta/simonati.pdf> (consultato il 12 luglio 2014); cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.

In linea di principio, la normativa⁶³ (piuttosto pionieristica) in materia di cittadinanza di genere⁶⁴ poggia principalmente sulla concertazione e sul coordinamento fra livelli istituzionali.

Spicca, prevedibilmente, il ruolo della regione⁶⁵, alla quale competono l'elaborazione di un piano regionale per la cittadinanza di genere⁶⁶, l'approvazione e il finanziamento⁶⁷ dei progetti prospettati dagli altri enti territoriali e dalle associazioni, l'indizione – di regola con cadenza annuale – di un *Forum* della cittadinanza di genere coinvolgente i soggetti impegnati sul fronte della parità fra i generi⁶⁸, l'istituzione di un Tavolo permanente di coordinamento per le politiche di genere⁶⁹ che funge da luogo di discussione e confronto fra tutti coloro che promuovono politiche di pari opportunità.

Uno strumento innovativo è la costituzione della banca dati dei saperi delle donne⁷⁰, in cui sono inseriti i *curricula* delle donne residenti o occupate in regione, che sono dotate di particolari competenze professionali. A prima vista, si tratta di un'arma assai poco efficace per fare fronte alle specifiche esigenze delle migranti; in realtà, tuttavia, a mio giudizio esso presenta notevoli potenzialità inclusive ove applicato a fini di monitoraggio e valorizzazione non solo delle competenze femminili (per così dire) "accademiche", ma anche di quelle in senso lato "esperienziali".

Naturalmente, l'efficacia del complesso strumentario indicato dipende da vari fattori.

⁶³ Il prototipo è rappresentato dalla l.r. Toscana 2 aprile 2009, n. 16 (Cittadinanza di genere). Questa disciplina è sostanzialmente coincidente con quella trasfusa, qualche anno più tardi, nella l.r. Marche 23 luglio 2012, n. 23. Della cittadinanza di genere tratta anche la l.r. Emilia Romagna 27 giugno 2014, n. 6 (Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere), ma – al di là di un riferimento generale al concetto nell'art. 6 – l'ambito applicativo è circoscritto al sostegno dei progetti e delle iniziative contro la discriminazione svolti nelle scuole di ogni ordine e grado (v. art. 43).

⁶⁴ Anche la regione Umbria, nel Documento annuale di programmazione regionale 2011-2013 (prov. reg. 16 marzo 2011), ha espresso l'intento di elaborare una legge specifica sulla cittadinanza di genere.

⁶⁵ Può essere interessante ricordare che in entrambe le discipline regionali esaminate si fa espressamente riferimento alla predisposizione da parte dell'amministrazione regionale del bilancio di genere (su cui cfr. *supra*, *sub* par. 3.): precisamente, v. art. 13, l.r. Toscana, n. 16/2009 e art. 7, l.r. Marche, n. 23/2012.

⁶⁶ V. art. 22, l.r. Toscana, n. 16/2009 e art. 18, l.r. Marche, n. 23/2012.

⁶⁷ V. art. 3, l.r. Toscana, n. 16/2009. Il legislatore marchigiano introduce varie forme di programmazione regionale a sostegno dei progetti a tutela della parità di genere: in particolare, v. art. 11, comma 2, e art. 14.

⁶⁸ V. art. 7, l.r. Toscana, n. 16/2009.

⁶⁹ V. art. 8, l.r. Toscana, n. 16/2009 e art. 6, l.r. Marche, n. 23/2012.

⁷⁰ V. art. 4, l.r. Toscana, n. 16/2009 e art. 3, l.r. Marche, n. 23/2012.

In primo luogo, è chiaro che un ruolo importante è svolto dall'associazionismo radicato sul territorio, che deve fungere da tramite fra le istanze diffuse presso le popolazioni locali e i circuiti istituzionali.

In secondo luogo, è altrettanto evidente che il problema più spinoso concerne il momento dell'implementazione, poiché i legislatori regionali non prevedono vere e proprie sanzioni per le condotte incompatibili con i principi e le regole a tutela della parità fra uomo e donna. Certamente, su questo fronte è interessante la previsione⁷¹ della conclusione con i comuni e con altri soggetti pubblici o privati di accordi territoriali e patti locali di genere per la realizzazione dei progetti ritenuti rilevanti⁷². Tuttavia, questi meccanismi negoziali hanno contorni giuridici incerti e di per sé non appaiono realmente suscettibili di fornire idonee garanzie di effettività. Pertanto, l'unico strumento realmente incisivo pare poter essere indicato nella rimozione dei finanziamenti già deliberati, ove le condizioni stabilite dalla normativa vigente o dalle intese che ne sono conseguite non siano state rispettate⁷³.

5. *De iure condendo: il possibile ruolo del diritto amministrativo per le politiche migratorie di genere*

Data la loro competenza generale nella predisposizione delle politiche pubbliche, gli enti locali rivestono un ruolo basilare, sia nella gestione del fenomeno migratorio, sia nella predisposizione di adeguate misure a sostegno della parità fra uomo e donna. È innegabile, però, che il loro compito sia sensibilmente complicato dalla presenza, nelle aree di interferenza fra i due campi, di un importante vuoto normativo, che si manifesta secondo due distinte direttrici. Da un lato, si riscontra un significativo fattore di incertezza delle regole, che a tratti impedisce di mettere pienamente a frutto le potenzialità virtuose di istituti regolati (dal legislatore nazionale e da quelli regionali) in modo disomogeneo e discontinuo: evidentemente, il riferimento va soprattutto⁷⁴ alla deludente

⁷¹ V. l.r. Toscana, n. 16/2009, art. 22.

⁷² Istituti simili da tempo sono stati introdotti anche in altre leggi regionali (per esempio, a. 15 l.r. Puglia, 21 marzo 2007, n. 7 e a. 22, l.r. Liguria, 1 agosto 2008, n. 26), se pure in ambiti teleologicamente più circoscritti, come il sostegno alla genitorialità consapevole e la conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro.

⁷³ V. art. 23, l.r. Toscana n. 16/2009 e art. 3, l.r. Marche n. 23/2012.

⁷⁴ Ma depongono nello stesso senso anche le considerazioni espresse a proposito dell'assenza di meccanismi realmente efficaci posti a presidio dell'implementazione degli

disciplina del bilancio di genere⁷⁵. Dall'altro lato, l'orientamento normativo si è di fatto tradotto in atteggiamenti puramente omissivi⁷⁶.

Questo dato è indubbiamente allarmante, poiché dimostra il disinteresse del legislatore o addirittura la sua incapacità di cogliere le specificità del fenomeno migratorio al femminile. Nel contempo, tuttavia, proprio l'inerzia sul piano normativo, che costituisce la cifra caratteristica di questo settore delle politiche pubbliche, può essere convertita in un elemento di forza, propulsivo all'intervento delle amministrazioni più sensibili e coraggiose, mediante la maturazione progressiva e graduale di *best practices* che possono tenere opportunamente conto delle peculiarità locali. La frammentazione delle sperimentazioni (che indiscutibilmente rappresenta un rischio, in vista dell'obiettivo dell'elaborazione di incisive linee di condotta comuni alle diverse realtà territoriali e ai vari livelli istituzionali)⁷⁷ può trovare una compensazione nell'inserimento in rete delle soluzioni via via praticate⁷⁸.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, mi pare di poter dire che, sul fronte squisitamente amministrativistico, emergono essenzialmente due elementi di spicco.

Il primo punto, su cui già si è insistito nell'ambito di questo contributo, ha a che fare con la valorizzazione dell'associazionismo e della sus-

strumenti negoziali indicati nella legislazione regionale sulla cittadinanza di genere: in proposito, v. *supra*, *sub* par. 4.

⁷⁵ V. *supra*, *sub* par. 1. e *sub* par. 3.

⁷⁶ L'esempio più lampante è costituito dall'assenza di una visione d'insieme nel cosiddetto "t.u. immigrazione", segnalata *supra*, *sub* par. 1.

⁷⁷ Un punto di contatto interessante fra le varie esperienze regionali consiste, fra l'altro, nella costituzione di consulte regionali dell'immigrazione (variamente denominate), in seno alle quali ben potrebbe trovare spazio anche la prospettiva di genere. Attualmente, questa sperimentazione è stata frequentemente trasfusa a livello normativo. V, per esempio: l'art. 20, l.r. Abruzzo 13 dicembre 2004, n. 46; gli artt. 17-22, l.r. Calabria 9 aprile 1990, n. 17 (abrogata peraltro dall'art. 31, l.r. Calabria 6 novembre 2012, n. 54); gli artt. 9-10, l.r. Campania, 8 febbraio 2010, n. 6; gli artt. 6-7, l.r. Emilia Romagna, 24 marzo 2004, n. 5; l'art. 23, l.r. Lazio, 14 luglio 2008, n. 10; gli artt. 7-8, l.r. Liguria, 20 febbraio 2007, n. 7; gli artt. 3-5, l.r. Marche, 26 maggio 2009, n. 13; gli artt. 1, 4 e 7, l.r. Piemonte, 9 gennaio 1987, n. 1; l'art. 7, l.r. Puglia, 4 dicembre 2009, n. 32; artt. 10-11, l.r. Sardegna 24 dicembre 1990, n. 46; gli artt. 2-4, l.r. Sicilia, 4 giugno 1980, n. 55; gli artt. 3-4, l.r. Toscana, 22 marzo 1990, n. 22 (abrogati però già dall'art. 67, l.r. 3 ottobre 1997, n. 72); gli artt. 4-7, l.r. Umbria, 10 aprile 1990, n. 18; l'art. 10, l.r. Veneto, 30 gennaio 1990, n. 9.

⁷⁸ La reciproca comunicazione fra enti territoriali può avvenire – e in effetti in epoca recente sempre più frequentemente avviene – mediante l'intermediazione delle associazioni istituzionali (si pensi, per esempio, all'ANCI) o di altra natura (si pensi, per esempio, alla Rete delle città strategiche: v. <http://recs.it/it/home>).

sidiarietà orizzontale⁷⁹. Proprio le associazioni di migranti (a maggior ragione quelle femminili) possono giocare un ruolo basilare per l'instaurazione di una sorta di "camera di compensazione", con funzione dialogica rispetto alle istituzioni pubbliche. Per questa via, l'amministrazione, soprattutto di livello locale, può ottenere una serie di informazioni a cui altrimenti le sarebbe pressoché impossibile accedere, in particolare quando riguardano fasce della popolazione che si trovano in posizione di irregolarità giuridica o comunque di precarietà socio-economica e quindi, fatalmente, a rischio di "invisibilità". Inoltre, le associazioni rappresentano spesso il *partner* ideale per l'organizzazione di iniziative di ascolto, formazione, assistenza e inserimento socio-professionale delle donne immigrate. In questo contesto, non è irrilevante richiamare l'interessante sollecitazione espressa nella Carta europea del 2006⁸⁰, che suggerisce di valorizzare – quanto meno nella prima fase del coinvolgimento delle migranti nella vita pubblica dell'ente in cui si sono stabilite – anche moduli di consultazione e partecipazione separati per uomini e donne, in modo da superare la timidezza e la diffidenza di queste ultime rispetto a tipologie assembleari percepite nella comunità d'origine come eccessivamente "spregiudicate".

Un'altra considerazione, che in un certo qual modo consegue a quella ora espressa, è più strettamente connessa, per così dire, alla sistematica del diritto amministrativo. Precisamente, mi sembra di poter ravvisare la graduale ma progressiva incentivazione di nuove forme di procedimentalizzazione, non alternativa ma aggiuntiva a quella "tradizionale" codificata nella l. n. 241 del 1990 e non necessariamente correlata all'emanazione di provvedimenti. I "nuovi" meccanismi inclusivi si esprimono non solo e non tanto sotto forma di partecipazione degli interessati all'*iter* per l'emanazione di singole misure, ma come formula di portata più ampia, applicabile a monte anche (anzi, soprattutto) delle determinazioni a contenuto generale e degli atti di indirizzo e programmazione per la gestione delle politiche pubbliche. Tale tendenza emerge quanto meno

⁷⁹ In proposito v., per esempio, C. SILVA, *L'impegno delle donne immigrate per il diritto di cittadinanza*, in F. CAMBI, G. CAMPANI, S. ULIVIERI (a cura di), *Donne migranti e nuovi percorsi*, Pisa 2003. Per una interessante analisi del ruolo dell'associazionismo dei migranti nella realtà provinciale trentina, v. N. LONARDI (a cura di), *Associazionismo degli immigrati. Presenza, partecipazione e rappresentanza. Rapporto di ricerca*, Trento 2011. Per una ricerca relativa a un bacino territoriale più ampio, v., per esempio, S. CESCHI, G. GIANGASPERO (a cura di), *Capacity building per associazioni di immigrati. Il percorso di ricerca e formazione del Progetto "Migranti per lo Sviluppo"*, Roma 2010.

⁸⁰ V. *supra*, sub par. 2.

alla luce delle regole sovranazionali di *soft law* e delle *best practices* applicate dagli enti territoriali più virtuosi. In questo campo, l'assenza di regole giuridicamente vincolanti in senso stretto è rischiosa e controproducente; essa non solo determina incertezza negli operatori, ma risulta in concreto disincentivante, in particolare per la mancanza di strumenti realmente efficaci nella fase dell'implementazione delle misure adottate. Pertanto, sarebbe utile che il legislatore – o meglio i legislatori, dato il ruolo primario di quelli regionali – si facesse(ro) carico della questione, per esempio potenziando istituti già noti ma poco o per nulla normati (come la pianificazione strategica per la programmazione condivisa dello sviluppo del territorio antropizzato, che può suscitare notevoli effetti benefici sulla qualità della vita delle popolazioni coinvolte⁸¹) e moduli partecipativi ad ampio raggio, in cui potrebbero forse trovare espressione istanze che attualmente rischiano di restare sommerse⁸². Naturalmente, non sarebbe realistico ipotizzare l'adozione di formule normative cogenti e (di conseguenza) di un impianto sanzionatorio in caso di inadempimento. Scelte così drastiche non potrebbero che risultare – oltre che poco rispettose dell'autonomia degli enti territoriali – anacronistiche e controproducenti, se non altro per la penuria di risorse pubbliche, drammaticamente aggravata dalla crisi economica degli ultimi anni. Pare più opportuno, dunque, seguire la via dell'incentivazione finanziaria, mediante l'attivazione di meccanismi di natura premiale a fronte dell'instaurazione di prassi virtuose.

La vera sfida delle politiche migratorie di genere, a mio giudizio, concerne la finalità stessa dell'intervento pubblico in materia. Indubbiamente, l'obiettivo "di primo livello" consiste nel soddisfacimento immediato dei bisogni basilari delle persone. È però compresente – e ben più ambizioso – l'intento di coinvolgere tutti e tutte nella vita sociale degli

⁸¹ Su questo tema, per brevità sia consentito richiamare A. SIMONATI, *Il piano strategico in Italia: meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla depianificazione?*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, n. 2, 99 ss. (e cfr. i riferimenti ivi indicati).

⁸² Per esempio, qualche spunto suggestivo potrebbe essere tratto dall'utilizzo (frequente soprattutto in alcuni ordinamenti stranieri, ma sperimentato in Italia anche da alcuni legislatori regionali) del meccanismo dell'inchiesta, che ad oggi presenta profili applicativi interessanti soprattutto nel settore del governo del territorio. Anche in questo caso per ragioni di sintesi sia consentito rinviare ad A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, n. 1-2, 321 ss. (e cfr. i riferimenti ivi indicati).

enti territoriali tramite l'instaurazione di nuovi paradigmi di "cittadinanza" inclusiva. Solo in questo modo sarà possibile superare la barriera delle discriminazioni multiple, tanto più pericolosa perché affonda le sue fondamenta in meccanismi di perpetuazione della vulnerabilità delle donne immigrate che, se frequentemente si instaura nell'ambito culturale di provenienza, troppo spesso non trova nell'ordinamento italiano strumenti di contrasto sufficientemente efficaci.

ATTUALITÀ

Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero

Emiliano Frediani

SOMMARIO: 1. Inquadramento: incertezza «contestuale» e «metodologica». – 2. I percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per l'attività delle imprese sul territorio, tra «tecnica dell'inseguimento normativo», delegificazione anticipata in via di fatto e regolamenti a formazione contenutistica progressiva. – 3. Le cd. zone a burocrazia zero: innovazione sostanziale o sostanziale inganno? – 3.1. L'incertezza sul piano «concettuale». – 3.2. L'incertezza sul piano del «raccordo normativo». – 4. Incertezza e «volatilità» delle disposizioni: l'andamento «carsico» del modello sperimentale.

1. *Inquadramento: incertezza «contestuale» e «metodologica».* – I più recenti interventi di liberalizzazione e semplificazione amministrativa che hanno avuto delle ripercussioni sul “mondo” delle imprese (dal livello generale, fino a quello della media e piccola impresa) presentano alcuni profili di criticità che possono essere delineati in base a due distinte chiavi di lettura corrispondenti alle categorie generali attraverso le quali il fenomeno dell'incertezza delle regole si è manifestato in questo contesto¹.

In una prima direzione viene in evidenza un profilo di criticità che attiene non tanto alle politiche di liberalizzazione in sé considerate, quanto piuttosto al tipo di “contesto” nell'ambito del quale tali politiche vanno ad inserirsi. Si potrebbe parlare, al proposito, di una criticità di natura estrinseca rispetto agli

¹ In generale, sul tema delle “ricadute” degli interventi di liberalizzazione e semplificazione con riguardo alle attività delle imprese, la bibliografia è molto ampia. In questa sede si possono richiamare tra i vari contributi, le riflessioni condotte da F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino 2008, 101 e ss.; M. CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano 2013, 121 e ss.; L. PELLEGRINI, *La liberalizzazione delle attività commerciali*, in B.G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze 2013, 199 e ss.; D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 119 e ss., ove il tema delle liberalizzazioni viene studiato in relazione alla progressiva “demolizione” del sistema di pianificazione in materia urbanistica; C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna 2005, spec. 65 e ss., per uno studio del settore del commercio interno come comparto in cui è stata più evidente la “resistenza” da parte delle autonomie alle politiche di liberalizzazione.

obiettivi ed interventi di liberalizzazione posti a livello statale, la quale tuttavia si ripercuote inevitabilmente su questi ultimi, determinando una situazione di incertezza osservabile su un piano spaziale e territoriale². Una testimonianza di tale prima categoria di incertezza attinente al dato contestuale può essere rinvenuta, a titolo meramente esemplificativo, in quelle ricostruzioni che hanno evidenziato le particolari criticità derivanti da una assenza di omogeneità di regolazione in alcuni ambiti che vanno dal più generale comparto del commercio³ ai casi più specifici del turismo⁴ e dell'artigianato⁵. A tal proposito è stato evidenziato come si tratti di materie che, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione (operata con l. cost. n. 3/2001) sono state ricondotte nell'ambito della competenza legislativa cd. residuale regionale⁶; il che, se da un lato ha legittimato un sistema di produzione delle regole "a geometria variabile" improntato al principio della moltiplicazione dei centri della produzione normativa⁷, dall'altro ha condotto ad un eccesso di regolazione idoneo a determinare un vero e proprio disorientamento nell'interprete in merito alla identificazione dei regimi giuridici volta per volta vigenti⁸. Se a ciò aggiungiamo la ulteriore considerazione per cui in molti casi si tratta di settori materiali che presentano al loro interno una vera e propria "galassia", finiamo per aggiungere incertezza all'incer-

² Sul punto F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 e ss.

³ In tema F. CINTIOLI, *Commercio*, cit., 113, 114, ove il proliferare della legislazione regionale in materia di commercio dopo la riforma del Titolo V Cost. è stato letto come fenomeno idoneo a generare "non poche incertezze ricostruttive", agendo in definitiva come "freno alla liberalizzazione".

⁴ Sul punto si rinvia a L. SALTARI, *L'inflazione regolativa nel turismo: freno all'iniziativa privata?*, in B.G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., 219 e ss., sul tema della "iper-regolazione" nella materia *de qua*. Per un quadro più generale sul comparto in questione M. RENNA, *Turismo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 6053 e ss.

⁵ Con riguardo a tale comparto si possono vedere i contributi di F. BATTINI, *La incostituzionalità di norme statali in materia di artigianato e agricoltura*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1225 e ss.; nonché C. CARDONI, *L'artigianato nella recente legislazione regionale*, *ivi*, 2005, 1163 e ss.

⁶ In tal senso si vedano, ad esempio, Corte cost. sentenza n. 162/2005 (in materia di artigianato); sentenze n. 88/2007, n. 76/2009, con nota di G. DI COSIMO, *Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2009, 729 e ss., n. 80/2012 (in tema di turismo); sentenza n. 150/2011 (relativamente alla disciplina del commercio), tutte consultabili in *www.giurcost.it*. In dottrina, per un quadro d'insieme, si veda G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. IV, Napoli 2008, 113 e ss.

⁷ In chiave più ampia, per l'affermazione di una incertezza che si origina in concomitanza della progressiva decostruzione del criterio della competenza, si veda ancora F. MERUSI, *La certezza*, cit., 547-549, il quale richiama il fenomeno dello "Stato aperto" in cui, "non ci sono più soltanto provvedimenti delle Amministrazioni nazionali, ma anche provvedimenti di Amministrazioni esterne allo Stato".

⁸ In tale contesto, infatti, le Regioni sono intervenute in tempi e con modalità diverse nella fissazione di regole, tanto da potersi affermare che ad oggi "non solo esistono tante discipline [di settore] quante sono le Regioni", ma tali interventi si caratterizzano anche per la loro estrema varietà ed eterogeneità (cfr. in tal senso, con particolare riguardo al comparto dell'artigianato, A. MIRAGLIA, *Le imprese artigiane*, in B.G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., 185 e ss.).

tezza: per cui il proliferare delle legislazioni regionali, unito alle peculiari discipline che riguardano i singoli sotto-settori di ciascun macro-settore, ci restituiscono il quadro di una regolamentazione diversamente articolata sul territorio nazionale che pone non pochi problemi interpretativi, di coordinamento ed applicati per gli operatori economici⁹.

In una seconda direzione, al contrario, emerge un profilo generale di incertezza attinente al *tipo di "approccio"* che contraddistingue gli interventi di liberalizzazione e semplificazione amministrativa posti in essere dal legislatore dell'urgenza a livello statale. A differenza di quanto precedentemente osservato, in tal caso sembra potersi parlare di una criticità intrinseca rispetto agli interventi in questione, dal momento che essi sono "affetti" da un vizio comune in quanto "hanno un approccio generalizzato alla materia che rischia, per il metodo utilizzato, di semplificare troppo o di farlo male, vanificando di fatto l'obiettivo"¹⁰. Al proposito si potrebbe parlare, sulla scorta di una recente riflessione¹¹, di un problema che attiene *in primis* al "metodo" seguito per porre in essere gli interventi di liberalizzazione e semplificazione, senz'altro inadeguato e come tale idoneo a determinare situazioni di incertezza "a monte" che si ripercuotono "a valle" sugli operatori economici. Del resto, una liberalizzazione che possa dirsi "intelligente" è piuttosto quella che sa collocarsi in una posizione tale da non ledere il fondamentale valore della certezza del diritto; e così facendo evita accuratamente il ricorso a "disposizioni di principio general-generiche in materia di libertà economica" le quali non solo "lasciano il tempo che trovano", ma possono generare altresì una "incertezza delle regole (che nuoce all'iniziativa economica e agli investimenti non meno di regole inutilmente costringitive) o addirittura interpretazioni controproducenti"¹². Un approccio razionale ed intelligente ai

⁹ Nel caso dell'artigianato l'idea della "galassia" appare particolarmente evidente, giacché si tratta di un settore idoneo a comprendere al proprio interno svariati sotto-settori a loro volta oggetto di discipline specialistiche (come ad es. avviene per acconciatori, estetisti, autoriparatori). In tal senso A. MIRAGLIA, *op. cit.*, 194, la quale, nel tracciare un bilancio degli ultimi interventi di liberalizzazione nella materia *de qua*, si sofferma sull'opportunità (ai fini di una completa liberalizzazione del settore) di "pensare anche ad una nuova nozione di artigianato" che "tenendo conto della capacità di rinnovarsi e di adeguarsi ai tempi tipica del comparto, sia legata più alla qualità e alla tipologia del lavoro, che alla dimensione dell'impresa e alla sua natura societaria".

¹⁰ Così ancora A. MIRAGLIA, *op. cit.*, 192.

¹¹ Il riferimento è a M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236 e ss., la quale osserva al proposito come i recenti interventi in tema di liberalizzazione finiscano per riprodurre "continuamente i medesimi contenuti dispositivi, in forma quasi litanica, rischiando di determinare più di un dubbio sulla propria portata prescrittiva" (spec. 241).

¹² Secondo quanto osserva da ultimo F. BASSANINI, *Prefazione*, in B.G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., 12, 13. E, alla luce di queste riflessioni, sembra potersi affermare che una "buona" liberalizzazione sia quella che si colloca in una posizione mediana di "equilibrio" tra una certezza positiva (determinata da un insieme di regole che vincolano in maniera eccessivamente gravosa l'iniziativa economica) ed una certezza negativa (derivante dal ricorso a poche regole generiche che, lungi dal consentire l'apertura di un settore al mercato, determinano l'effetto opposto di nuocere al libero esercizio delle attività economiche).

processi di apertura di settori chiusi (per effetto di logiche regolative pervasive)¹³ al macro-principio concorrenziale¹⁴, appare particolarmente utile in un ambito, quale è quello relativo in generale ai servizi “intesi come attività di impresa”¹⁵, già oggetto di speciale attenzione a livello europeo da parte della direttiva n. 123/2006 CE (cd. *Bolkestein*). Al proposito è stato osservato come, da un lato, il contesto europeo costituisca “l’humus delle innovazioni in tema di semplificazione, principalmente volte a liberalizzare le attività piccolo imprenditoriali e di lavoro autonomo, generalmente sottoposte a regimi autorizzatori”; mentre, dall’altro, la disciplina posta dalla richiamata direttiva abbia di fatto rappresentato un passo importante in tale direzione, esprimendo una chiara preferenza verso sistemi fondati sul principio di autoresponsabilità¹⁶. Tuttavia, pur a fronte di siffatta premessa, i successivi percorsi che hanno condotto il legislatore nazionale a dare attuazione alle previsioni poste a livello europeo sono risultati tutt’altro che lineari, producendo una disciplina interna di recepimento caratterizzata da debolezze ed incongruenze, tanto da potersi parlare di una vera e propria “storia infinita” ed “insostenibile leggerezza” dei processi di liberalizzazione nell’ambito del nostro ordinamento¹⁷. L’idea che se ne trae, in definitiva, è quella per cui la direttiva del 2006, chiara nei suoi postulati di fondo, abbia finito per innescare a livello nazionale un processo di liberalizzazione a dir poco tortuoso, come tale idoneo a produrre una sorta di “effetto moltiplicatore” dell’incertezza la cui diffusione si è manifestata “a cascata” dal d.lgs. n. 59/2010 (di recepimento della stessa) fino ai successivi e più recenti interventi di liberalizzazione posti in essere dal nostro legislatore¹⁸.

¹³ Per un’indagine in merito a siffatta “pervasività” dell’ordinamento amministrativo nei confronti delle attività economiche si veda, ad esempio, S. AMOROSINO, *L’«amministrativizzazione» del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, 607 e ss., il quale rileva come l’attività economica privata sia da tempo assoggettata *ex ante* “a regole e decisioni pubblicistiche” in varia forma, così come ad accertamenti e controlli (*ex post*). Sul tema si vedano altresì M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, 45 e ss. e N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5057 e ss.

¹⁴ Su cui da ultimo F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 e ss., ove ci si riferisce espressamente alla parola concorrenza intesa come espressione idonea ad evocare “scenari di razionalità nel metodo e di progresso economico nel risultato”.

¹⁵ L’espressione è ripresa da B.G. MATTARELLA, A. NATALINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., 21.

¹⁶ In tal senso P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 e ss., cui sono riconducibili le espressioni richiamate nel testo.

¹⁷ In questi termini A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 337 e ss., la quale parla al proposito, sviluppando la sua riflessione a partire dal d.lgs. n. 59/2010 di recepimento della direttiva 123/2006 CE, di “scelte inefficaci in termini di tecnica legislativa” risultate “poco fedeli allo spirito comunitario”, le quali hanno determinato *in primis* una “grave incertezza sull’effettivo ambito delle attività liberalizzate” e, successivamente, il risultato della “non affidabilità” dell’intero sistema così delineatosi.

¹⁸ In questa prospettiva di ragionamento sembrano potersi richiamare, sia pure con riferimento ad un diverso contesto, le riflessioni di F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, 26 e ss., il

In questo contributo, lungi dal poter anche soltanto inquadrare tutti i profili di criticità che derivano dai richiamati interventi di liberalizzazione e semplificazione amministrativa, ci soffermeremo su tale seconda categoria di incertezza (qualificata come metodologica), riconducendo all'interno di siffatto *genus* (patologico) una *species* che di essa costituisce figura sintomatica. Nell'ambito del richiamato percorso tortuoso, caratterizzato da una vera e propria "ansia di liberalizzare"¹⁹, la nostra attenzione si soffermerà così sulla vicenda delle cd. zone a burocrazia zero (tema strettamente collegato alla esperienza dei "percorsi sperimentali di semplificazione per le imprese", che sarà trattato preliminarmente), per poi riprendere da ultimo una riflessione in merito alla tendenza da parte del legislatore d'urgenza ad adottare disposizioni in materia di liberalizzazione sempre più caratterizzate nel senso della loro estrema "volatilità" (o precarietà)²⁰.

2. *I percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per l'attività delle imprese sul territorio, tra «tecnica dell'inseguimento normativo», delegificazione anticipata in via di fatto e regolamenti a formazione contenutistica progressiva.* – Il modello che presuppone la sperimentazione di percorsi di semplificazione amministrativa "per gli impianti produttivi e le iniziative ed attività delle imprese sul territorio" è stato introdotto dal nostro legislatore mediante l'art. 12 del d.l. n. 5/2012 (cd. decreto *semplifica Italia*, convertito con l. n. 35/2012)²¹. La disposizione prevede la possibilità di addivenire alla stipula di una o più "convenzioni", in base ad una proposta che parte dall'alto secondo un modello *top-down* (iniziativa ministeriale) e coinvolge soggetti di diversa natura (pubblica e privata), al fine di attivare in via sperimentale i suddetti percorsi in ambiti territoriali delimitati "a partecipazione volontaria, anche mediante deroghe alle procedure ed ai termini per l'esercizio delle competenze facenti esclusivamente

quale, studiando la disciplina europea dei sistemi di pagamento, si sofferma sul rischio del cd. "effetto domino", con ciò intendendosi riferire a quell'effetto "che si determinerebbe se, al momento della compensazione, uno dei partecipanti al sistema di pagamento risultasse insolvente"; ciò in quanto "l'insolvenza si trascinerebbe dietro le compensazioni precedenti fino a far cadere l'intero sistema". Un' analoga riflessione sembra potersi sviluppare nel nostro caso, laddove l'incertezza iniziale derivante dalle deboli scelte di fondo operate dal legislatore in merito al recepimento della direttiva del 2006, ha finito per "contagiare" anche i successivi interventi di liberalizzazione determinando, come detto, l'inaffidabilità dell'intero sistema così venutosi a delineare.

¹⁹ Così A. ARGENTATI, *La storia infinita*, cit., 358.

²⁰ L'idea della precarietà è ripresa da F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 e ss., il quale si riferisce ad una legislazione "di difficilissima lettura, intrinsecamente precaria" idonea ad ingenerare una "incertezza diffusa sulla disciplina vigente in un dato momento".

²¹ Su cui si rinvia, in dottrina, a E. FOLLIERI, *Zone franche urbane, zone a burocrazia zero e zone libero convenzionali*, in *Giustamm.it*, 2014; B. CAROTTI, *La semplificazione per le imprese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 702 e ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Semplificazione amministrativa e attività produttive: il rinnovato regime dei controlli sulle imprese*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, 509 e ss.; A. BARTOLINI, *Il decreto-legge semplificazioni. Semplificazioni in materia di autorizzazioni per l'esercizio delle attività commerciali*, in *Urb. e app.*, 2012, 623 e ss.

capo ai soggetti partecipanti, dandone preventiva ed adeguata informazione pubblica”²². L'intervento legislativo, che si pone nell'ottica di un drastico ridimensionamento dei controlli *ex ante* rispetto all'avvio dell'attività di impresa²³, pur nella sua forte carica innovativa, presenta tuttavia alcuni profili di incertezza legati prevalentemente al tipo di apertura che viene operato verso i soggetti sperimentatori. A ben vedere, infatti, detta disposizione, pur offrendo un fondamento legislativo all'avvio dei percorsi di sperimentazione “sul campo” di particolari forme di semplificazione amministrativa, di fatto non definisce puntualmente i contorni di questi ultimi. In tal modo l'obiettivo dell'alleggerimento dei controlli *ex ante* rispetto all'avvio dell'attività di impresa sembra essere solo “abbozzato” da parte del legislatore²⁴, il quale, in realtà mette in campo una previsione che costituisce l'espressione dell'apertura ad una sorta di “via non legislativa” verso il libero esercizio delle attività economiche in un certo ambito territoriale. E ciò, come è agevole comprendere, costituisce la principale causa che finisce per avvolgere tale nuovo modello di carattere sperimentale nella nebbia dell'incertezza e dell'ambiguità. Da questo punto di vista l'incertezza sembra essere la naturale conseguenza di una condizione di estrema difficoltà in cui versa il legislatore che può essere ricondotta a due diverse chiavi di lettura.

In una prima direzione l'incertezza della regola appare strettamente legata ad una effettiva incapacità del legislatore di “dominare” e regolare adeguatamente la realtà fattuale, la quale, in continua e costante evoluzione, mal si presta ad essere inquadrata e cristallizzata entro schemi fissi e statici. La dimostrazione di siffatta incapacità è rappresentata per un verso dal ricorso a clausole legislative “aperte” ed eccessivamente vaghe (se non proprio vuote o talora, come ritenuto da una parte della dottrina, inutili)²⁵; per l'altro dall'utilizzo di una tec-

²² Si veda in tal senso l'art. 12, c. 1, del d.l. n. 5/2012, laddove i soggetti coinvolti dall'attività di sperimentazione avviata sulla base delle “convenzioni” richiamate nel testo sono molteplici, rientrando tra di essi le Regioni, le Camere di commercio, i Comuni e le loro associazioni, le Agenzie per le imprese, le organizzazioni e le associazioni di categoria interessate, ivi comprese le organizzazioni dei produttori di cui al d.lgs. n. 228/2001.

²³ Al proposito si può osservare come si tratti di una disposizione che, fin dalla sua formulazione letterale, rende testimonianza della necessità (tipica degli interventi di liberalizzazione e semplificazione amministrativa) di una messa in discussione del rapporto tra autorità e libertà (su cui, in generale, si vedano F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 442 e ss.) nel senso specifico di un arretramento della prima con contestuale espansione dell'ambito di svolgimento della seconda. Sul punto, con particolare riguardo al tema delle liberalizzazioni si rinvia a M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in F. MANGANO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare*, cit., 3 e ss., la quale osserva come “ciò che viene messo anzitutto in discussione dalle politiche di liberalizzazione è il rapporto tra autorità e libertà: il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è conseguentemente rappresentata come un arretramento dell'autorità”.

²⁴ Si potrebbe parlare, al proposito, di formulazione di principi e norme tanto generali da divenire l'espressione di una sorta di “auspicio” del legislatore (così F.G. SCOCA, *Alcune recenti tendenze del diritto amministrativo*, consultabile in *Apertacontrada.it*, 2012).

²⁵ In generale, come esempio di siffatto tipo di clausola, molto ricorrente negli ultimi interventi

nica legislativa (che ritroviamo puntualmente riprodotta nell'art. 12 del decreto *Semplifica Italia*) che potrebbe essere definita come "di inseguimento normativo". Con ciò vogliamo riferirci alla circostanza per la quale in tal caso sembra potersi affermare che sono le *norme che inseguono le cose* e non, come invece ci si dovrebbe aspettare, queste ultime ad essere oggetto di puntuale previsione legislativa di carattere preventivo²⁶. Ed il comma 3 dell'art. 12 del d.l. n. 5/2012 sembra proprio potersi leggere in questa prospettiva, laddove afferma che i regolamenti di delegificazione ex art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988 devono essere adottati "tenendo conto dei risultati della sperimentazione" operata in base a quanto previsto dal comma 1 della disposizione di cui si discute. Con ciò facendo intendere che vi è di fatto un rovesciamento di impostazione, in forza del quale il legislatore individua *ex ante* un fondamento di massima per l'attività di sperimentazione, lasciando ai soggetti sperimentatori il compito di individuare (in via di fatto) nuove e semplificate forme di accesso all'attività di impresa che dovranno costituire *ex post* oggetto di recepimento da parte del governo mediante appositi regolamenti cronologicamente conseguenti alla sperimentazione medesima. Come si vede, l'incapacità del legislatore, in questo caso, emerge con tutta chiarezza dalla considerazione per cui l'intervento di regolazione di que-

del legislatore dell'urgenza in materia di liberalizzazioni si possono richiamare i disposti, pressoché speculari, dell'art. 29, co. 3, del d.l. n. 98/2011 (convertito in l. n. 111/2011) laddove si afferma che "tutto ciò che non sarà espressamente regolamentato sarà libero", nonché dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 138/2011 (convertito in l. n. 148/2011), che afferma il principio per cui "è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge". Sul punto si rinvia alle considerazioni critiche di G. FONDERICO, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 18 e ss., ove si sottolinea la sostanziale inutilità della disposizione, dal momento che "quanto al permettere tutto ciò che non sia espressamente vietato non sembrava esservi una regola generale di segno opposto". *Contra*, per una valorizzazione della richiamata affermazione legislativa del principio di libertà, nel senso di una "valenza estremamente significativa della disposizione" si rinvia a C.E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2012, ove si osserva che, pur in presenza dell'art. 41 Cost., il limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata poteva essere individuato "anche in regole implicitamente ricavabili dall'ordinamento interpretato nel suo complesso o desunte dalle disposizioni di legge interpretate secondo i normali canoni ermeneutici e perciò, e soprattutto, secondo il canone finalistico della *ratio legis*".

²⁶ Nello specifico intendiamo fare riferimento in questa sede alla teoria di matrice sociologica del diritto "adattivo" (su cui si rinvia a M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, 60 e ss., la quale, studiando il fenomeno in chiave globale, giunge alla conclusione per cui oggi "i mercati registrano, accanto alle misure giuridiche statali, la produzione di nuove forme giuridiche che non hanno più un carattere prestabilito, ma assumono piuttosto modalità adattive, seguendo i mercati nei loro disparati bisogni. Esse non si propongono più tanto il fine di normare e governare le relazioni economiche, quanto di costruirle, ampliarle, legalizzarle, rispondendo volta a volta a finalità organizzative, di contrattazione, di flessibilità, ecc."). Sul tema interessanti riflessioni si rinvengono anche da una parte della dottrina civilistica: in particolare si possono vedere le riflessioni di V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1085 e ss. (spec. sul punto, 1091), il quale si sofferma sul problema del nuovo *linguaggio* degli atti normativi che lui stesso non esita a definire, nella richiamata ottica delle norme che "inseguono le cose", come "vicino alla realtà materiale e sociale", o anche "co-sale".

st'ultimo viene confinato in due “coni d'ombra”²⁷ che corrispondono da un lato alla previsione in forma vaga e troppo generica (si veda *infra* nel testo) dei confini della sperimentazione e dall'altro alla attività di registrazione (recepimento) di quanto emerso in via di fatto dall'attività sperimentale posta in essere sulla base delle convenzioni.

In una seconda direzione l'incertezza è riconducibile, non tanto ad una difficoltà (incapacità) del legislatore, quanto piuttosto ad un atteggiamento ambivalente assunto da parte di quest'ultimo, che potremmo definire come “ostinato”, “pigro” ma al contempo anche “ansioso”²⁸. Sul punto torneremo fra breve quando passeremo ad occuparci dei profili di incertezza legati alle previsioni in materia di zone a burocrazia zero. Nell'immediato ci basti rilevare come i tre attributi che si sono richiamati stanno a simboleggiare una ambiguità di fondo nell'atteggiamento del legislatore²⁹ il quale, per un verso appare dominato da una ansia regolatoria (che lo porta ad intervenire a più riprese ed in tempi ravvicinati ponendo norme di liberalizzazione spesso non coordinate tra loro), mentre per l'altro sembra non volersi “esporre” più di tanto, lasciandosi precedere da forme di intervento rimesse alla spontanea e volontaria iniziativa degli operatori di settore sulla base di uno strumento convenzionale che coinvolge le amministrazioni territorialmente competenti (come avvenuto nel caso dei percorsi sperimentali di cui ci stiamo occupando). Per quanto riguarda nello specifico lo strumento della convenzione previsto dall'art. 12, co. 1, del d.l. n. 5/2012, è innegabile come la disposizione, per come formulata, finisca di fatto per “scaricare sui privati una grande quantità di incertezza”³⁰. Ciò perché essa appare segnata, come rilevato criticamente dai primi commentatori, da un “relativismo concettuale di fondo”³¹ che è apprezzabile in più direzioni. Se, infatti, è chiara

²⁷ L'immagine è ripresa da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2011, 245, 246, il quale si riferisce nello specifico ai concetti giuridici indeterminati contenuti nelle norme primarie con cui l'amministrazione è legittimata ad esercitare un potere di ordinanza anche in deroga alle disposizioni vigenti.

²⁸ Su quest'ultimo atteggiamento del legislatore si veda F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, 357 e ss., spec. 361-362, laddove si parla di “fibrillazione legislativa” e di “impulso riformatore che sembra diventare un fine in se stesso” e che “non pare trovare sosta” concorrendo “a rendere frammentata e, soprattutto, instabile, la trama normativa”.

²⁹ Tale ambiguità è stata puntualmente rilevata in dottrina da M. OCCHIENA, *L'inganno delle liberalizzazioni*, Relazione al Convegno “La difficoltà di liberalizzare”, svoltosi a Milano il 9 maggio 2014, il quale osserva come di fatto il legislatore sia stato per un verso poco coraggioso (in quanto non ha operato scelte determinanti nella prospettiva di una effettiva liberalizzazione delle attività economiche, ma si è limitato a rinviare nel tempo le scelte, investendo così altri soggetti della responsabilità di operare queste ultime), per altro verso poco attento (dal momento che in taluni casi, con la stratificazione dei propri interventi sulla medesima materia, ha determinato situazioni di palese contraddizione tra regole talora peraltro ricondotte in medesimi testi legislativi).

³⁰ Richiamando in questa sede un'espressione utilizzata, nell'ambito di un ragionamento più ampio ed articolato relativo alle successive modifiche dell'art. 19 della l. n. 241/1990, da B.G. MATARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 e ss.

³¹ Così B. CAROTTI, *La semplificazione per le imprese*, cit., 703.

la finalità della disposizione (così come lo sono i destinatari), non pochi dubbi sorgono circa lo “spazio” della sperimentazione³², il modo per raggiungere l’obiettivo prefissato³³ e, soprattutto, il tipo di “conseguenze” che scaturiscono sul piano giuridico dall’attivazione di tali percorsi³⁴. Da quest’ultimo punto di vista il legislatore sembra aver configurato (e, conseguentemente, legittimato) uno speciale strumento convenzionale di delegificazione idoneo ad anticipare in via negoziale gli effetti dei successivi regolamenti da adottare ai sensi dell’art. 17 della l. n. 400/1988. Il tutto con una ulteriore precisazione: quella per cui rispetto a tali convenzioni (che, dunque finiscono per assumere la natura di veri e propri strumenti di *delegificazione anticipata in via di fatto* rispetto ai successivi regolamenti governativi), il legislatore ha conferito ai soggetti sperimentatori una sorta di “delega in bianco”³⁵. E ciò in considerazione della circostanza per la quale, se da un lato sono stati definiti i principi ed i criteri direttivi volti a delimitare ed orientare il potere del Governo in sede di definizione dei contenuti dei regolamenti di delegificazione che dovranno recepire l’esperienza della sperimentazione³⁶, dall’altro nulla è detto al fine di circoscrivere puntualmente con-

³² Il legislatore parla al proposito di percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per gli impianti produttivi e le iniziative ed attività delle imprese sul territorio “in ambiti delimitati”, senza alcuna specificazione in merito a questi ultimi che, stando al contenuto della disposizione, dovrebbero essere rimessi alle singole convenzioni stipulate dai soggetti sperimentatori sulla base di quanto previsto dal comma 1. Come si comprende, il rischio è quello che da tale previsione generica possa derivare un’ampia discrezionalità in sede di attuazione, originandosi un modello di accesso alle singole attività produttive caratterizzato da “geometrie variabili”.

³³ Dal momento che ci si riferisce, sulla base di un modello di collaborazione tra i soggetti coinvolti dalla sperimentazione che parte dal basso (secondo un approccio *bottom-up*), ad una “partecipazione volontaria”; scelta, questa che in definitiva pare privilegiare gli “operatori più capaci o interessati (e, comunque, inclini a fornire un contributo all’amministrazione)”, come rileva B. CAROTTI, *op. cit.*, 703, il quale osserva altresì come non sia affatto chiaro il “modo” per raggiungere l’obiettivo posto dalla norma, tanto che i percorsi di sperimentazione per le imprese finiscono per costituire più dei “mezzi di ricerca della semplificazione” (in astratto) che degli strumenti (concreti) per dar corpo a siffatto obiettivo (assicurando, dunque, il fine “senza dire nulla in ordine al mezzo”).

³⁴ Ed in questa direzione va letto il sibillino riferimento alla possibilità, in sede di attivazione dei richiamati percorsi di sperimentazione, di derogare “alle procedure ed ai termini per l’esercizio delle competenze facenti esclusivamente capo ai soggetti partecipanti” (art 12, comma 1, del d.l. n. 5/2012). Sul punto si veda, criticamente, E. FOLLIERI, *Zone franche urbane*, cit., il quale osserva come le zone libero convenzionali di cui al richiamato art. 12 del decreto semplifica Italia “rappresentano un riconoscimento all’italica fantasia e sembrano un’ultima spiaggia per ridurre gli adempimenti, accelerare i tempi e vincere il peso della burocrazia”.

³⁵ Così ancora B. CAROTTI, *La semplificazione*, cit., 703, il quale mette in guardia circa il rischio che tale modello sperimentale fondato sulle convenzioni di fatto finisca per legittimare un “allontanamento dal perimetro legislativo”.

³⁶ Tali principi e criteri direttivi vengono indicati dal legislatore richiamando la “semplificazione e razionalizzazione delle procedure amministrative”, la necessità di prevedere “forme di coordinamento, anche telematico” tra i soggetti pubblici “in modo che sia possibile conoscere contestualmente gli oneri, le prescrizioni ed i vantaggi per ogni intervento, iniziativa ed attività sul territorio” e, da ultimo, la precisa e puntuale “individuazione delle norme da abrogare a decorrere dall’entrata in vigore dei regolamenti e di quelle tacitamente abrogate ai sensi della vigente normativa in materia di liberalizzazione delle attività economiche e di riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese” (con l’ulteriore precisazione per cui i regolamenti di delegificazione dovranno altresì

tenuti, ambiti e deroghe derivati dai percorsi sperimentali attivati su base convenzionale.

In questo contesto una notazione particolare deve essere riservata altresì ai regolamenti di delegificazione individuati dall'art. 12 del d.l. n. 5/2012: ciò in considerazione del fatto che, oltre ad essere stati previsti (in astratto) ma mai adottati successivamente (in concreto), emerge con riguardo ad essi la necessità di operare una più chiara delimitazione delle diverse "tipologie" previste dal legislatore nell'ambito della richiamata disposizione. Infatti, un'attenta lettura di quest'ultima, ci conduce a distinguere tra regolamenti individuati dal comma 3 e regolamenti disciplinati dal comma 4 dell'art. 12. I primi, che potremmo definire "di recepimento"³⁷, non pongono particolari problematiche, dal momento che il loro contenuto si presenta piuttosto chiaro: essi sono chiamati, infatti, a "tenere conto dei risultati della sperimentazione" avviata sulla base delle convenzioni avendo come ulteriore "parametro" di riferimento i regolamenti di cui al d.l. n. 1/2012 (cd. decreto *Cresci Italia*)³⁸. I secondi, che potrebbero essere definiti come "di delimitazione" dei "modi" di accesso alle attività economiche, pongono un problema legato alla incerta individuazione dei loro contenuti³⁹. Al

tenere conto della necessità di definire le modalità operative per l'integrazione dei dati telematici tra le diverse amministrazioni).

³⁷ A ben vedere la natura di tali regolamenti è individuabile sulla base di una lettura in combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 12: così essi saranno chiamati da un lato a "semplificare i procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa, compresa quella agricola" (comma 2) e dall'altro a recepire i risultati dell'esperienza dei percorsi di semplificazione avviati sulla base delle convenzioni previste dal comma 1 (comma 3).

³⁸ Da questo punto di vista, posto che siffatti regolamenti avrebbero dovuto essere adottati sulla base del duplice parametro richiamato nel testo, un problema sembra porsi con riguardo al secondo riferimento contenuto nel comma 3 dell'art. 12 ai regolamenti di cui all'art. 1, comma 3, del decreto *Cresci Italia*. Questi ultimi sono chiamati prima ad individuare e successivamente a disporre l'abrogazione delle norme che impongono limiti all'avvio di un'attività economica, che prescrivono divieti o restrizioni non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite o che impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di attività economiche (sul punto L. SALTARI, *Lo «stato del mercato»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 579 e ss., E. BOSCOLO, *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urb. e app.*, 2012, 501 e ss.). Il problema deriva dal fatto che mediante l'art. 12, comma 3, del decreto *Semplifica Italia*, il legislatore si richiama ad un parametro che è al contempo *instabile* (ed insussistente, in quanto i regolamenti di cui all'art. 1, comma 3, del d.l. n. 1/2012 non solo non erano ancora stati adottati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 5/2012, ma risultano ancora oggi in attesa di emanazione da parte del Governo) e *mobile* (poiché, come si dirà fra breve nel testo, il loro contenuto si è "arricchito" in forza del comma 4 dell'art. 12 del decreto *Semplifica Italia*).

³⁹ Sul punto è da osservare come, ai sensi del comma 4 dell'art. 12 del d.l. n. 5/2012, le "categorie" (o modi) di accesso alle attività economiche sono cinque e vengono individuati in base al tipo di attività: quelle sottoposte ad autorizzazione (regime tradizionale del controllo preventivo che presuppone l'avvio di un procedimento amministrativo volto a produrre un atto abilitativo); quelle per le quali è richiesta la segnalazione certificata di inizio attività con asseverazioni (Scia "asseverata"); quelle per le quali è necessaria la segnalazione certificata di inizio attività senza asseverazioni (Scia "non asseverata"); quelle il cui avvio è subordinato a mera comunicazione dell'interessato ed infine quelle "del tutto libere". Come si vede esse sono tra loro ordinate secondo una "scala di modelli" che si presenta come "graduata tra un minimo e un massimo di attuazione del principio di li-

proposito sembra potersi parlare di regolamenti a *formazione contenutistica progressiva*, con ciò volendo intendere la circostanza per cui tali atti normativi del Governo, disciplinati in un primo momento dall'art. 1 del richiamato d.l. n. 1/2012, sono stati nuovamente oggetto di disciplina da parte dell'art. 12 del d.l. n. 5/2012⁴⁰ e, in forza di tale circostanza, è venuto a mutare anche il loro contenuto dispositivo, arricchendosi di una nuova funzione rispetto a quella originaria. Se, infatti, fino a questo momento essi avevano il compito di operare una "ricognizione" con successiva "abrogazione" delle ingiustificate restrizioni rispetto all'accesso alle attività economiche, adesso il loro contenuto si caratterizza per una maggiore complessità ed articolazione, dal momento che tali regolamenti vengono ad assumere una funzione di delimitazione e "censimento" delle diverse attività, individuando al contempo per ciascuna di esse uno specifico regime che ne consente l'avvio in base alle cinque categorie decrescenti indicate dal comma 4 dell'art. 12⁴¹.

Come si può vedere da quanto qui affermato, sullo sfondo della vicenda dei percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per l'avvio e l'esercizio dell'attività di impresa permane l'idea da cui si era partiti: ossia quella di un legislatore sempre più "in bilico" tra "ansia regolatoria" e volontà di non "espor-si" eccessivamente, con conseguente delega ad altri soggetti (e spostamento in avanti nel tempo)⁴² dei reali interventi idonei a determinare una effettiva liberalizzazione delle attività economiche. Si tratta, peraltro, di un fenomeno la cui natura patologica è stata attentamente evidenziata da ultimo nell'ambito del Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa, licenziato dalla Commissione parlamentare per la semplificazione in data 31 marzo 2014⁴³. Ed in tale documento il problema del "tempo" della liberalizzazione è chiaramente percepito, soprattutto laddove si giunge a sottolineare il dato di fondo di una legislazione in materia rimasta di fatto "lettera morta", la quale ancora oggi necessita di quegli interventi di attuazione *illo tempore* "lanciati" ma non ancora giunti a compimento⁴⁴.

bertà" (come rilevato in dottrina da M. ANDREIS, *L'accesso alle attività economiche private tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, 255 e ss., spec. 265-266) anche se il problema di fondo rimane quello per cui ad una certezza sul piano dei modelli di accesso elaborati dal legislatore corrisponde una incertezza circa le attività associate a quei modelli, perché l'incasellamento che avrebbe dovuto essere svolto dai regolamenti di delegificazione non è stato successivamente operato.

⁴⁰ In tal senso è da leggere, infatti, l'espressione "altresì" utilizzata dal legislatore al comma 4 dell'art. 12 in relazione ai contenuti "originari" dei regolamenti di cui all'art. 1, comma 3, del d.l. n. 1/2012, i quali vengono così ad assumere ulteriori e "derivati" contenuti che ne arricchiscono la funzione nell'ottica di una sempre maggiore liberalizzazione dell'accesso alle attività economiche sulla base dei "modelli" prefigurati in quella sede.

⁴¹ Sul punto ancora M. ANDREIS, *L'accesso alle attività economiche*, cit., 258-259.

⁴² Così M. OCCHIENA, *L'inganno delle liberalizzazioni*, cit.

⁴³ Consultabile in *www.camera.it*.

⁴⁴ In tal senso si riconosce nell'ambito del Documento come un problema di fondo sia proprio quello della presenza, nella più recente legislazione, di norme riguardanti la qualità di quest'ultima

3. *Le cd. zone a burocrazia zero: innovazione sostanziale o sostanziale inganno?* – Il tema dei percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per l'avvio delle attività delle imprese sul territorio si lega in modo particolarmente forte a quello del “lancio” da parte del legislatore del modello rappresentato dalle cd. zone a burocrazia zero⁴⁵. Queste ultime, che rappresentano un tentativo di prosecuzione ed approfondimento della precedente esperienza delle “zone franche urbane”⁴⁶, possono essere considerate in astratto come l'espressione di una delle punte più avanzate del fenomeno della liberalizzazione relativa alle attività economiche. Tuttavia, pur a fronte di questa loro attitudine “in potenza” a dare seguito ed effettività alle istanze di una reale liberalizzazione, esse, “in atto”, sembrano aver contribuito a creare non poche incertezze, determinandosi così una perdita del loro preteso valore innovativo⁴⁷. Infatti, da un punto di vista generale, si può osservare come la disciplina delle zone a burocrazia zero presti il fianco ad alcune critiche, le quali si appuntano principalmente su due profili che possono essere individuati mediante il richiamo a due distinte “forme” di incertezza che esse ingenerano nell'interprete e negli operatori economici. In estrema sintesi, è possibile parlare da un lato di una *incertezza* attinente al *piano concettuale* (la quale, come si vedrà, rileva tanto in termini metodologici quanto ad un livello più strettamente attinente al “merito”) e dall'altro di una *incertezza* derivante da un problema di *raccordo normativo* (che, invece, costituisce il portato di una stratificazione legislativa non assistita da alcuna

e la semplificazione “che costituiscono un complesso, stratificato e inattuato corpus normativo”. E tra i vari casi che rappresentano la dimostrazione più chiara di questo stato di cose si richiama proprio quello relativo alle “tre disposizioni che si sono succedute – con formulazioni analoghe ma diverse – tra l'estate 2011 e l'inverno 2012 in materia di abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche, che prevedevano l'adozione di *regolamenti* di delegificazione *mai adottati*” (cfr. Risultanze dell'indagine, *punto 5.7*, corsivi nostri). Per un richiamo del documento in questione nell'ambito di una riflessione più ampia sul tema dell'avvio dell'attività di impresa e della incertezza delle regole si veda S. FOÀ, *L'impresa e la Pubblica amministrazione*, Relazione al Convegno svoltosi a Torino il 4 aprile 2014.

⁴⁵ Al proposito è stato osservato (V. CERULLI IRELLI, *Le politiche di semplificazione e di liberalizzazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 9/2013) come le zone a burocrazia zero rappresentino forme di “dequotazione” del regime amministrativo ricondotte nell'ambito delle attività di sperimentazione di cui all'art. 12 del d.l. n. 5/2012.

⁴⁶ Le quali erano state previste, precedentemente, dall'art. 1, comma 340, della l. n. 296/2006 (cd. finanziaria per il 2007), il quale si riferiva nello specifico ad “aree e quartieri degradati nelle città del Mezzogiorno” delle quali era necessario “favorire lo sviluppo economico e sociale, anche tramite interventi di recupero urbano”. In dottrina, sul tema si possono vedere, P. URBANI, *Il ruolo delle istituzioni nel governo dei processi metropolitani: le grandi città come problema nazionale e non locale*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 63 e ss., il quale guarda all'istituzione delle zone in oggetto nelle aree urbane del Mezzogiorno come ad un fenomeno “che si muove ancora in una logica di sottosviluppo”; E. BUCCI, *Zone franche urbane: quadro normativo e compatibilità comunitaria*, in *Riv. trib. loc.*, 2010, 141 e ss.

⁴⁷ Di una idea “velleitaria” in forza della quale “si possano costituire zone franche dalla burocrazia o cancellare dall'oggi al domani oneri e adempimenti (magari fino a consentire l'avvio di un'impresa in un giorno)” ha parlato in dottrina G. NAPOLITANO, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 221.

forma di coordinamento interno ed esterno tra i vari testi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni nella materia *de qua*)⁴⁸.

3.1. *L'incertezza sul piano «concettuale»*. – In questa prima ipotesi intendiamo richiamare la circostanza per cui l'incertezza sembra costituire un vero e proprio “tratto genetico” delle zone a burocrazia zero⁴⁹. Da questo punto di vista è bene precisare che il riferimento non è tanto alla nozione in sé di zona a burocrazia zero (su cui il legislatore ha, sia pur tardivamente, fatto chiarezza definendola in termini di area “non soggetta a vincolo paesaggistico-territoriale o del patrimonio storico-artistico”)⁵⁰, quanto piuttosto alla vaghezza che, *usque ab origine*, aveva contraddistinto l'impostazione dell'art. 43 del d.l. 78/2010 (disposizione mediante la quale tale modello era stato effettivamente introdotto e disciplinato nel nostro ordinamento). A ben vedere si trattava di una disposizione che presentava almeno due profili di ambiguità, il primo osservabile sul piano del “metodo”, mentre il secondo più specificamente attinente alla sua incerta formulazione letterale.

In una prima prospettiva, riguardante un profilo che potremmo definire di carattere metodologico, l'incertezza era legata al meccanismo della “chiamata in sussidiarietà” operata espressamente da tale norma in modo generico, astratto ed incompleto (e dunque illegittimo), in quanto sganciata dai presupposti costituzionali idonei a legittimarne l'attivazione (esigenze unitarie, proporzionalità e ragionevolezza dell'intervento, procedimento improntato al modello della leale collaborazione)⁵¹. Siffatto profilo di ambiguità, originariamente presente nella norma istitutiva di tali zone, non ha tardato a manifestarsi con maggiore chia-

⁴⁸ Sul punto si rinvia a M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 125 e ss., la quale osserva come talora l'unica preoccupazione del legislatore “sembra quella di riformare per riformare, spesso senza neppure rendersi conto del modo contraddittorio in cui tendenzialmente agisce”.

⁴⁹ Dal momento che ciò che è in larga parte indefinito all'atto della sua costituzione, difficilmente può assumere caratteri di maggior certezza successivamente, soprattutto a fronte di un insieme di interventi normativi i quali, lungi dal fare chiarezza in materia, hanno contribuito ad aggiungere elementi di complessità idonei a creare non poca confusione nell'interprete e negli operatori economici.

⁵⁰ Tale qualifica è stata operata dal d.l. n. 179/2012 (cd. decreto *Crescita 2.0*, convertito in l. 221/2012, su cui in generale L. FIORENTINO, *Il decreto legge «crescita 2.0»: un provvedimento ad efficacia differita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 223 e ss.) il cui art. 37-bis si richiama espressamente alla assenza in tali aree dei vincoli di natura paesaggistico-territoriale e del patrimonio storico-artistico. A ben vedere tale chiarimento è intervenuto a distanza di due anni dall'art. 43 del d.l. 78/2010 che aveva previsto e disciplinato le zone in oggetto senza però definirle in maniera precisa, ancora una volta secondo una tecnica legislativa discutibile che aveva condotto a non specificare il “tipo” di vincolo non sussistente in tali aree.

⁵¹ Sul punto è stato rilevato come la chiamata in sussidiarietà era stata operata da tale disposizione sulla base di una “attribuzione generale ed astratta che prescindeva da un qualsiasi meccanismo di valutazione di adeguatezza-inadeguatezza, ponendosi, in tal modo, in evidente contrasto con i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione” (cfr. G. LEONORI, *Norme in materia di pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 259 e ss., spec. sul punto, 264).

rezza, conducendo la Corte costituzionale a pronunciare l'illegittimità dell'art. 43 del d.l. n. 78/2010 nella parte in cui tale disposizione "è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale"⁵².

In una seconda prospettiva, attinente come anticipato più direttamente ad una questione di "merito", l'incertezza è legata alla particolare formulazione dell'art. 43 del d.l. n. 78/2010, la quale non consente di individuare chiaramente le fattispecie cui si riferisce la disciplina delle zone a burocrazia zero. Nello specifico, infatti, l'art. 43, comma 2, *lett. a*), si richiama in modo generico ed indefinito a non ben precisate "nuove iniziative produttive" ed a "provvedimenti conclusivi di procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto" (*sic!*).⁵³ La disposizione procede, successivamente, nella individuazione del regime giuridico applicabile alle zone a burocrazia zero, ponendo il principio (anche se la sua formulazione non brilla per chiarezza) della "centralizzazione" dei procedimenti in capo ad un Commissario del Governo⁵⁴, con l'ulteriore precisazione dell'operatività della regola del silenzio-assenso, per cui "i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti si intendono senz'altro positivamente adottati entro 30 giorni dall'avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine". Con riguardo a siffatte previsioni la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 232 del 2011, ha stigmatizzato ulteriormente il dato della eccessiva "genericità" ed astrattezza dei riferimenti normativi, tanto da giungere alla conclusione per cui "la disposizione impugnata [art. 43 del d.l. n. 78/2010], prevede una *attribuzione generalizzata ed astratta* ad un organo statale di un *insieme indifferenziato di funzioni, individuate in modo generico e caratterizzate anche da una notevole eterogeneità* quanto alla possibile incidenza sulle specifiche attribuzioni di competenza. Essa appare destinata ad

⁵² Così Corte cost., sentenza 22 luglio 2011, n. 232, in *www.giurcost.it.*, con note di M. MENGOZZI e M.L. ZUPPETTA. Pertanto, come osservato dai primi commentatori della pronuncia in questione, in tal caso la Corte ha fondato la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'istituzione delle zone a burocrazia zero "sull'assenza dei necessari requisiti che consentono l'attivazione delle *fluttuazione dinamica* verso lo Stato delle competenze amministrative e legislative regionali: l'esistenza di esigenze unitarie accompagnate da un intervento proporzionato, ragionevole e concordato con le Regioni interessate" (cfr. G. COINU, *Semplificazione amministrativa e «zone a burocrazia zero»: quando il troppo stroppia*, in *Le Regioni*, 2012, 312 e ss., corsivi nostri).

⁵³ Richiamando, al contempo, in tal caso alcune eccezioni relative ai procedimenti "di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica".

⁵⁴ Si afferma, infatti, che i provvedimenti in questione sono "adottati in via esclusiva da un Commissario del Governo che vi provvede, ove occorrente, previa apposite conferenze di servizi ai sensi della l. 241/1990". Sul punto è da rilevare come la figura del Commissario del Governo sia stata successivamente sostituita dalla l. 183/2011 (cd. *legge di stabilità per il 2012*), per quanto riguarda i procedimenti avviati ad istanza di parte (quelli cui al primo periodo della *lett. a*) del comma 2 dell'art. 43 del d.l. n. 78/2010), dall'Ufficio locale del Governo (ULG) che è "istituito in ciascun capoluogo di Provincia, su richiesta della Regione, d'intesa con gli enti interessati e su proposta del Ministro dell'interno, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri" ed è chiamato a deliberare "in via esclusiva ed all'unanimità" (art. 14, comma 2).

avere vigore in tutti i procedimenti amministrativi (...) concernenti le nuove iniziative produttive, a prescindere dalla materia nel cui contesto hanno rilievo tali procedimenti, i quali possono essere destinati ad esplicarsi nei più svariati ambiti materiali, sia di competenza esclusiva statale, sia di competenza concorrente, ovvero residuale regionale”⁵⁵. Alla luce di queste affermazioni, sembra potersi riconoscere (peraltro sulla base di una argomentazione che sarà ripresa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2012)⁵⁶ come il dato della “vaghezza” concettuale delle disposizioni in tema di istituzione e disciplina dei procedimenti nell’ambito delle zone a burocrazia zero sia divenuto l’oggetto principale della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 43 del d.l. n. 78/2010; una disposizione, questa, che è dichiarata illegittima perché, se è vero che “a valle” invade la sfera di competenza regionale, tale invasione deriva dalla considerazione “a monte” di una formulazione normativa ambigua, incerta ed oscura.

Alle richiamate considerazioni sembra possibile aggiungere altre due riguardanti rispettivamente il particolare atteggiamento del legislatore e la nozione stessa di zona a burocrazia zero.

Da un primo punto di vista la vicenda normativa delle zone a burocrazia zero consente di evidenziare una ambiguità di fondo legata ad un duplice atteggiamento del legislatore, caratterizzato tanto da “pervicacia” (potendosi parlare, al proposito, di una *incertezza* derivante da *ostinazione legislativa*)⁵⁷, quanto da “pigrizia” (*incertezza* derivante da *pigrizia*)⁵⁸. Della seconda “forma” di incertezza ci occuperemo nel prossimo paragrafo quando tratteremo della questione relativa alla contraddittorietà dei testi normativi come portato di un atteggiamento passivo e noncurante di un legislatore incapace di operare un raccordo normativo tra discipline intervenute in tempi diversi. Nell’immediato, per quanto attiene alla incertezza delle regole legata ad “ostinazione” del legislatore, è possibile osservare come la vicenda relativa all’art. 43 del d.l. n. 78/2010 sia piuttosto emblematica di siffatto stato di cose. Infatti, un’indagine in merito al “seguito” della sentenza della Corte cost. n. 232/2011 ci dimostra come il legislatore, nonostante la chiara declaratoria di incostituzionalità della disposizione (come anticipato, nella parte in cui si applicava ai procedimenti amministrativi svolgentisi nell’ambito delle materie concorrenti e residuali), non si sia affatto

⁵⁵ Cfr. Corte cost. sentenza n. 232/2011, cit., *considerato in diritto* n. 5.3 (corsivi nostri).

⁵⁶ Corte cost., sentenza 20 luglio 2012, n. 200, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁵⁷ Sul punto R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 167, 168, il quale parla di un “continuo e pervicace rimescolamento delle carte e delle regole del gioco” da parte del legislatore, idoneo ad innescare “effetti perversi e perversitori, di «complicazione della semplificazione amministrativa», il cui esito ultimo è (soltanto) quello della fine prematura e ingloriosa del fondamentale principio della certezza del diritto”.

⁵⁸ In questa sede intendiamo richiamarci alla riflessione condotta, sia pure con specifico riguardo alla disciplina della Scia a seguito della modifica dell’art. 19 della l. n. 241/1990 operata per effetto del d.l. n. 78/2010, da B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell’ostinazione del legislatore pigro*, cit., 1328 e ss.

“dato per vinto” ed abbia pervicacemente “reintrodotta le zone a burocrazia zero”⁵⁹. Di tale atteggiamento costituisce testimonianza la legge di stabilità per l’anno 2012 (l. n. 183/2011), la quale non solo ha richiamato espressamente i contenuti del precedente art. 43 del d.l. n. 78/2010, ma ha disposto l’ampliamento della portata prescrittiva della stessa disposizione, estendendo così il modello delle zone a burocrazia zero a tutto il territorio nazionale in via sperimentale fino al 31 dicembre 2013 (addivenendosi in tal modo ad una autentica “ri-proposizione” di norme colpite da declaratoria di incostituzionalità, associata ad una estensione del loro contenuto dispositivo).

Da un secondo punto di vista, la critica si appunta, come anticipato, sul concetto stesso di zona a burocrazia zero. L’idea che in astratto l’espressione genera (o almeno generava fino al chiarimento operato due anni dopo dallo stesso legislatore)⁶⁰ in capo all’interprete è quella di un’area (frazione territoriale/spaziale) affrancata dai controlli amministrativi, in cui è assicurata l’effettività della libertà di iniziativa economica privata. Tuttavia, guardando al peculiare regime giuridico che caratterizza tali zone, se da un lato risulta più comprensibile (anche se non esente da critiche) il riferimento al modello del silenzio-assenso⁶¹, dall’altro non è agevole cogliere (anche alla luce di una valutazione improntata ai canoni dell’analisi economica del diritto)⁶² la *ratio* del meccanismo della centralizza-

⁵⁹ Così E. RAVIELE, *La disciplina delle zone a burocrazia zero*, in F. CARINGELLA, D. GIANNINI, L. TARANTINO (a cura di), *La semplificazione amministrativa nel decreto del fare*, Roma 2013, 125, 126 e 129.

⁶⁰ Si veda, in tal senso, quanto già affermato con riguardo al d.l. n. 179/2012.

⁶¹ Sul punto si osserva come la regola del silenzio-assenso, se da un lato (con particolare riguardo al caso delle zone a burocrazia zero) testimonia una sorta di scetticismo del legislatore rispetto al funzionamento del modello della centralizzazione dei procedimenti in capo all’ULG con conseguente pronuncia espressa da parte di quest’ultimo nel termine prescritto, dall’altro in un’ottica più generale, è stata oggetto di una forte critica, come da ultimo evidenziato nell’ambito del già richiamato Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa, licenziato dalla Commissione parlamentare per la semplificazione in data 31 marzo 2014. Infatti – come rilevato da M.A. SANDULLI in sede di audizione dinanzi alla Commissione parlamentare – tanto il silenzio assenso, quanto la SCIA sono in definitiva “istituti pensati in un’ottica di semplificazione che in realtà costituiscono elementi di complicazione, perché non danno ai cittadini ed alle imprese nessuna garanzia e certezza, mantenendo in capo alle amministrazioni un forte potere di autotutela” (cfr. *Documento*, cit., punto 4). Per questo la Commissione, in definitiva, riconosce che “appare indispensabile una chiara assunzione di responsabilità” in primis da parte del legislatore “superando il più possibile il principio del silenzio-assenso, che ha costituito un momento di svolta importante per i cittadini e le imprese, ma che non li mette al riparo da successivi interventi della pubblica amministrazione, lasciandoli indefinitamente nell’incertezza” (cfr. punto 6). L’unica strada percorribile sembra quella di delineare un “nuovo assetto organizzativo dell’amministrazione, che tenda a concentrare in un unico plesso le valutazioni riguardanti l’opportunità e la qualità dell’intervento e la sua compatibilità con le esigenze sanitarie, paesaggistiche ed ambientali” (cfr. punto 6).

⁶² Al proposito è stato notato come, applicando il modello (tratto dall’analisi economica) della cd. *cost-benefit analysis* (su cui, in generale, E.A. POSNER, *Cost-benefit analysis as a solution to a principal-agent problem*, in *Adm. law. rev.*, 2001, 289 e ss.; A. ARCURI, R. VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell’impatto della regolamentazione: il ruolo dell’analisi costi-benefici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, 223 e ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in

zione di tutti i procedimenti amministrativi in capo al Commissario di Governo (ora Ufficio locale del Governo). Con ciò non si vuole concentrare l'attenzione sul merito della questione, quanto piuttosto sul metodo utilizzato e sul nesso logico che intercorre tra definizione (in astratto) e regime giuridico (in concreto) associato alla istituzione di tali zone. Infatti, alla luce dei due modelli prescelti dal legislatore (in particolare quello della unicità del "punto di contatto" amministrativo), sarebbe stato più utile richiamarsi ad un'altra espressione, non tanto "burocrazia zero" (formula *tranchant* dalla portata più "di manifesto"⁶³ che di "sostanza" che prelude ad una pressoché totale scomparsa del controllo pubblicistico sulle attività svolte in quell'area), quanto piuttosto zone a burocrazia "semplificata", "affievolita" o "ridotta" (ma non certo azzerata)⁶⁴.

3.2. *L'incertezza sul piano del «raccordo normativo»*. – Guardando a questa seconda figura di incertezza (della quale abbiamo anticipato il fatto di essere legata ad un atteggiamento di "pigria" del legislatore) possiamo notare come essa derivi in concreto dalla considerazione di una vera e propria stratificazione normativa che nel breve volgere di soli tre anni ha condotto ad una ripetuta riscrittura della disciplina in materia di zone a burocrazia zero: dall'originario det-

Dir. amm., 2007, 427 e ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 272 e ss.), all'art. 37 del d.l. n. 69/2013 (cd. *Decreto del fare*), si viene a creare una situazione per cui essa sembra comportare "più costi e rischi" che effettivi vantaggi in chiave di liberalizzazione e semplificazione. E ciò per due motivi: da un lato per il fatto che l'Ufficio locale del Governo (ULG) si sovrapporrebbe alle amministrazioni locali competenti, che tra l'altro hanno già dei costi e devono svolgere le medesime funzioni dell'ULG (emergendo quindi un problema di coordinamento tra apparati amministrativi); dall'altro per l'insorgenza di un rischio legato alla effettiva attitudine del meccanismo delineato dalla disposizione a risolvere il problema dell'accelerazione dei procedimenti (e della loro conclusione nei termini prescritti), nell'ottica di consentire un rapido e per quanto possibile immediato avvio dell'attività di impresa. Non è detto, infatti, che l'ULG possa soddisfare la pretesa dei piccoli e medi imprenditori: e la stessa norma, per come è formulata, sembra pienamente consapevole di tale rischio, dal momento che essa prevede la regola del silenzio assenso mettendo in conto l'inefficacia di tutto questo nuovo sistema (cfr. E. RAVIELE, *La disciplina*, cit., 131).

⁶³ Sul tema delle liberalizzazioni-manifesto si veda da ultimo M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 20 e ss., la quale osserva in chiave generale come i caratteri dei più recenti interventi di liberalizzazione sono rappresentati dalla "reiterazione/riproposizione dello stesso disegno di liberalizzazione in testi normativi che si susseguono l'uno all'altro a cadenze ravvicinate" e dalla "formulazione programmatica ed enfatica delle disposizioni normative, che assumono quasi la valenza di un manifesto di filosofia della liberalizzazione".

⁶⁴ Definizione, questa, che sembra essere più conforme al regime giuridico prescelto per queste aree, in quanto non vengono "abolite del tutto le trafilie burocratiche, ma accelerate attraverso un organo di governo locale – l'Ufficio Locale del Governo – che si sostituisce alle PPAA" nell'ottica di una centralizzazione dei procedimenti con un "unico punto di contatto amministrativo" per le imprese (così E. RAVIELE, *op. cit.*, 131, la quale, molto criticamente sul punto, rileva altresì come uno dei rischi principali delle zone a burocrazia zero (nelle quali sono previste riduzioni fiscali e semplificazioni burocratiche) sia quello che le "mafie del territorio nazionale si possano radicare ancor di più", dal momento che "nulla impedisce alle imprese criminali di investire in zone caratterizzate dalla riduzione burocratica", così 131, 132).

tato del d.l. 78/2010 per arrivare da ultimo al cd. decreto “del fare” del 2013⁶⁵. Tuttavia, pur a fronte di una speciale attenzione del legislatore al tema in questione, a tale riscrittura non ha fatto seguito un coordinamento tra i vari testi normativi, da ciò derivando la conseguenza per cui le regole che stanno alla base della istituzione e del funzionamento di tali zone a burocrazia zero risultano essere ad oggi estremamente oscure ed incerte. L’idea di fondo è quella per cui siamo di fronte ad un “vistoso” difetto di coordinamento tra disposizioni intervenute in tempi pur ravvicinati (ma diversi) da un’analisi delle quali è possibile comprendere la ragione per cui la vicenda della istituzione delle zone a burocrazia zero sembra assumere più i caratteri di un “inganno”⁶⁶ (o, per utilizzare un’espressione di Norberto Bobbio dei primi anni Novanta, “promessa non mantenuta”)⁶⁷ che quelli di una innovazione sostanziale nella prospettiva di una reale ed effettiva liberalizzazione. La dimostrazione di questo stato di cose deriva da un’analisi “in parallelo” delle disposizioni in tema di zone a burocrazia zero che si sono susseguite in particolare nel biennio 2012/2013 e dalla cui lettura emergono alcuni profili di evidente criticità.

Questi ultimi, a ben vedere, possono essere ricondotti ad un interrogativo di fondo così formulabile: a quali soggetti spetta in via definitiva la individuazione dei diversi regimi giuridici che sono associati all’avvio dell’attività di impresa? Si tratta di un quesito cui non è agevole dare una risposta, dal momento che la richiamata evoluzione normativa in materia di zone a burocrazia zero non è andata di pari passo con un tanto necessario quanto atteso chiarimento. Già si è detto di come l’art. 12, comma 4, del d.l. n. 5/2012 (cd. *semplifica Italia*) abbia individuato nel Governo il soggetto competente alla delimitazione delle diverse “categorie di accesso” alle attività economiche, mediante regolamenti di delegificazione adottati ex art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 ed orientati ad una precisa definizione delle “attività sottoposte ad autorizzazione, a segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) con asseverazioni o a segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) senza asseverazioni, ovvero a mera comunicazione e quelle del tutto libere”⁶⁸. A fronte di una presa di posizione piuttosto chiara da parte del legislatore dell’urgenza, cui non ha fatto seguito tuttavia (come già detto) alcun intervento di attuazione, la successiva evoluzione normativa ha condotto a delineare un modello caratterizzato da una crescente complessità difficilmente “governabile” da parte dell’interprete⁶⁹, in quanto tendente a sconfinare in una vera

⁶⁵ Il riferimento è al d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98. Per una prima riflessione critica sul decreto in questione si rinvia a M. CLARICH, *Decreto del fare: semplificazioni solo in superficie che manifestano i limiti delle riforme “a costo zero”*, in Guida al diritto, n. 27/2013, 11 e ss.

⁶⁶ Richiamando ancora sul punto M. OCCHIENA, *L’inganno*, cit.

⁶⁷ Il riferimento è a N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, il quale si richiama criticamente alle promesse non mantenute della democrazia.

⁶⁸ Su cui si veda M. ANDREIS, *L’accesso*, cit., 255 e ss.

⁶⁹ In dottrina, la problematica del possibile “governo della complessità” è stata evidenziata da

e propria situazione di *complication* con conseguente confusione sul piano della disciplina⁷⁰. In concreto, la regola posta dal legislatore con il ricordato art. 12, comma 4, del decreto *semplifica Italia*, è stata oggetto di una sorta di duplice “sconvolgimento” operato per effetto prima del d.l. n. 179/2012 (cd. *crescita 2.0*) e successivamente del d.l. n. 69/2013 (cd. *del fare*).

In un primo momento, l’art. 37-bis del decreto *crescita 2.0*, si è inserito nel quadro normativo delineato precedentemente dal decreto *semplifica Italia* qualificando le zone a burocrazia zero come *species* del *genus* rappresentato dai percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per le imprese⁷¹ ed operando al contempo una valorizzazione del ruolo dei soggetti sperimentatori. Da questo secondo punto di vista la disposizione in oggetto afferma che nell’ambito delle zone a burocrazia zero i soggetti sperimentatori “possono individuare e rendere pubblici i casi in cui il rilascio delle autorizzazioni di competenza necessarie alla data di entrata in vigore della legge di conversione” del decreto-legge di cui si discute è sostituito “da una comunicazione dell’interessato allo sportello unico per le attività produttive” (comma 2, che così facendo sembra aver operato uno “scorporo” delle attività soggette a mero comunicazione rispetto a tutte le altre)⁷². Ne deriva, come si può agevolmente notare, un elemento di complicazione rispetto al precedente art. 12, comma 4, del d.l. n. 5/2012, che attribuiva in via generale alla potestà regolamentare del Governo l’individuazione e, per

J. LE GOFF, *Introduction*, in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PEDROT (a cura di), *Droit et complexité: pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes 2007, 13, 14, il quale richiama letteralmente la definizione di complessità intesa come “un tissu de constituants hétérogènes inséparablement associés” (riprendendola da E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris 1990, 21); nonché da M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006, 26 e ss.

⁷⁰ Sul concetto di *complication* (intesa quale fattore di disordine che non consente alcuna forma di interazione sistematica tra le varie componenti) come radicalmente contrapposto a quello di *complexity* (inteso, al contrario, in termini di punto di partenza per l’affermazione di un ordine fondato su una reciproca interazione in chiave sistematica tra le sue diverse componenti) si rinvia in dottrina a F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; nonché G. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Pol. dir.*, 1982, 541 e ss. ed U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 361 e ss.

⁷¹ In tal senso il comma 1 dell’art. 37-bis del d.l. 179/2012 afferma che le zone a burocrazia zero (come tali non soggette a vincolo paesaggistico-territoriale e del patrimonio storico e artistico) possono essere individuate “nell’ambito delle attività di sperimentazione di cui all’art. 12, comma 1, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5”, qualificandosi così come una sorta di “sottoinsieme” dei percorsi sperimentali di cui al decreto *semplifica Italia*. Sul punto si rinvia a G. LEONORI, *Norme*, cit., 264.

⁷² Si osservi al proposito come il legislatore faccia riferimento ad una soltanto delle cinque categorie di accesso previste dall’art. 12, comma 4, del d.l. n. 5/2012. Ciò sembra poterci condurre ad affermare l’esistenza di un duplice regime giuridico. Per cui da un lato resta ferma la necessità dell’intervento regolamentare del Governo per quanto riguarda la determinazione delle attività rispetto alle quali permane il regime autorizzatorio, è necessaria la Scia asseverata o quella non asseverata, oppure si tratta di attività ad accesso libero; mentre dall’altro viene operata una sorta di *scorporo* delle attività per il cui avvio è sufficiente la mera comunicazione al SUAP, rimesse alla autonoma determinazione dei soggetti sperimentatori.

così dire, “l’incasellamento” delle attività economiche nell’ambito delle cinque diverse forme di accesso al loro svolgimento. In tale quadro, l’unica interpretazione che in astratto sembra poter dare alla stratificazione normativa che ha investito la materia un “orizzonte di senso”⁷³ è quella che conduce a configurare una *delega temporanea* a favore dei soggetti sperimentatori con riguardo alle sole attività per il cui avvio è sufficiente la mera comunicazione (sostitutiva del regime autorizzatorio). E ciò nel senso che, stante la perdurante mancata attuazione dell’art. 12, comma 4, del decreto *semplifica Italia*, il legislatore ha inteso operare un’apertura più marcata in favore degli sperimentatori⁷⁴, da un lato delegando questi ultimi a svolgere una funzione “sostitutiva” rispetto a quella che avrebbe dovuto essere svolta dal Governo, dall’altro fissando una regola di fondo per quel che riguarda il regime giuridico di accesso alle nuove iniziative produttive nell’ambito delle zone a burocrazia zero relativamente ai “rimanenti casi”⁷⁵.

In un secondo momento, un’ulteriore complicazione del descritto quadro normativo si è prodotta in forza dell’art. 37 del decreto cd. *del fare* (d.l. n. 69/2013). Al proposito può essere evidenziato un dato di fondo che, nell’ottica di una progressiva perdita di riferimenti certi per l’interprete, contribuisce a contraddistinguere siffatto intervento per quel che concerne le zone a burocrazia zero. Intendiamo riferirci alla circostanza per cui se fino a questo punto l’incongruenza a livello di disciplina di tali zone si era manifestata con riguardo a testi normativi tra loro distinti (in quanto posti in rapida sequenza cronologica)⁷⁶, in tal caso siamo, al contrario, in presenza di due previsioni, ricondotte nell’ambito della stessa disposizione e di difficile lettura, in quanto potenzialmente contraddittorie. Nello specifico si tratta rispettivamente dei commi 3 e 3-bis dell’art. 37 del d.l. n. 69/2013. Il primo, presente fino dalla formulazione originaria del testo del decreto-legge, si pone in perfetta sintonia con il precedente art. 37-bis del decreto *crecscita 2.0*, riconoscendo un ruolo di primo piano ai sog-

⁷³ Riprendendo un’espressione di U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità*, cit., 363.

⁷⁴ Ed in tal senso sembra, peraltro, militare la previsione meramente facoltizzante contenuta nell’art. 37-bis, comma 2.

⁷⁵ Con tale espressione dovendosi intendere tutti quei casi in cui il rilascio delle autorizzazioni non è sostituito da comunicazione dell’interessato al SUAP, per i quali il comma 2 dell’art. 37-bis ha stabilito che per “le nuove iniziative produttive avviate successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i procedimenti amministrativi sono conclusi con l’adozione del provvedimento conclusivo previa apposita conferenza di servizi telematica ed aperta a tutti gli interessati, anche con modalità asincrona”; fermo restando che “i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti si intendono senz’altro positivamente adottati entro trenta giorni dall’avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine” (silenzio-assenso).

⁷⁶ Tale incongruenza è stata evidenziata da G. FONDERICO, *L’ennesimo intervento normativo a costo zero che rischia il flop senza regolamenti e direttive*, in *Guida al diritto*, n. 28/2013, il quale appunta la sua critica sulla questione metodologica relativa al “fare con norme” secondo un modello fondato sulla reiterazione: per cui “aggiungere decreti a decreti non aiuta di per sé a rilanciare l’economia, se poi (...) non si completa il passaggio dalle norme alla loro applicazione”.

getti sperimentatori chiamati ancora una volta ad individuare e rendere pubblici sui propri siti istituzionali “i casi in cui il rilascio delle autorizzazioni di competenza è sostituito da una comunicazione dell’interessato”⁷⁷. A fronte di tale continuità rispetto al precedente d.l. n. 179/2012, un elemento di notevole complicazione “interna” al testo dell’art. 37 del decreto del fare è stato inserito in sede di conversione, attraverso la previsione di un nuovo comma 3-bis. Quest’ultimo attribuisce infatti alle “competenti pubbliche amministrazioni” il compito di “pubblicare nel proprio sito internet istituzionale l’elenco delle attività soggette a controllo”, sulla base della premessa per la quale si intendono non sottoposte a controllo (e dunque libere) tutte le attività delle imprese per le quali le richiamate amministrazioni “non ritengono necessarie l’autorizzazione, la segnalazione certificata di inizio attività, con o senza asseverazioni, ovvero la mera comunicazione”. Come è agevole notare, la “clausola residuale” in forza della quale è libero (“a valle”) l’avvio di tutto ciò che le amministrazioni pubbliche “competenti” non ritengono assoggettabile ad autorizzazione, SCIA (asseverata o meno), o mera comunicazione, implica che ci sia una determinazione (“a monte”) da parte delle stesse amministrazioni, la quale però, quanto alle attività sottoposte a semplice comunicazione, si viene a sovrapporre con la identica individuazione rimessa in capo ai soggetti sperimentatori determinandosi così una situazione di notevole incertezza.

4. *Incertezza e «volatilità» delle disposizioni: l’andamento «carsico» del modello sperimentale.* – Alla luce di quanto fin qui evidenziato emerge l’idea di un modello di liberalizzazione caratterizzato da una quasi “invincibile” complessità, idonea a trascolorare, come visto da ultimo, in palese contraddittorietà inter-testuale. Il dato di fatto, particolarmente evidente con riguardo alla vicenda delle zone a burocrazia zero, è quello per cui sembra essersi prodotta una progressiva decostruzione dell’impianto originariamente dettato dall’art. 12, comma 4, del d.l. 5/2012; e ciò a fronte di una sua procrastinata mancata attuazione che ha portato il legislatore ad escogitare soluzioni alternative fondate su una ampia delega a favore di altri soggetti ritenuti potenzialmente capaci di avviare “dal basso” il processo di liberalizzazione delle attività economiche. Tale situazione si è originata, come più volte evidenziato nel corso di questo lavoro, in forza di un quadro normativo disomogeneo, confuso e talora contraddittorio, rappresentando tale premessa un contributo per alimentare ulteriormente il

⁷⁷ E, in tale continuità tra i due interventi del legislatore d’urgenza, è possibile leggere la disposizione in tema di zone a burocrazia zero contenuta nel d.l. n. 69/2013 come l’espressione della volontà da parte del Governo di promuovere la crescita economica mediante misure “a costo zero” (come rilevano F. DI LASCIO, *Le semplificazioni amministrative e l’indennizzo da ritardo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1168 e ss., spec. 1178 e G. NAPOLITANO, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, cit., 221).

problema dell'incertezza delle regole⁷⁸; e dimostrando ancora una volta da un lato l'ansia del legislatore d'urgenza (in tal senso si legga la stratificazione abnorme nella materia *de qua*) e dall'altro la sua perenne "pigrizia" e "superficialità"⁷⁹ (la quale – e lo dimostra l'evoluzione qui tratteggiata – ha portato ad aprire il campo per un verso alle amministrazioni pubbliche volta per volta competenti; per altro verso ai soggetti sperimentatori).

L'immagine che è stata elaborata per riassumere in una formula unitaria ed efficace l'insieme dei profili di criticità che si sono evidenziati è quella della "volatilità" delle norme in tema di liberalizzazione e semplificazione⁸⁰. Tale riferimento non è da intendersi soltanto in relazione al profilo (qualitativo) della eccessiva genericità dei testi normativi che in vario modo hanno provato a "liberare" le attività economiche dai vincoli amministrativi (volatilità come espressione di una sorta di "inconsistenza" sul piano precettivo)⁸¹; ma anche, e soprattutto, avendo riguardo al dato quantitativo rappresentato da una produzione normativa "instabile"⁸² e soggetta a continue e ravvicinate revisioni e correzioni. Da questo secondo punto di vista la richiamata volatilità delle norme di liberalizzazione e semplificazione diviene l'espressione della "necessità di continue messe a punto" la cui causa principale è rappresentata da una "mancata o insufficiente progettazione a monte"⁸³. E la dimostrazione di tale assunto deriva, fra le altre, anche dalla vicenda relativa alla ideazione ed introduzione da parte del legislatore del "modello sperimentale", che diviene l'espressione di una sorta di "timidezza" legislativa, accompagnata a continui ripensamenti in merito ai regimi giuridici volta per volta introdotti. Ciò appare evidente non soltanto con riguardo al caso delle zone a burocrazia zero analizzato in questo contributo, ma anche in relazione alla complessa vicenda degli orari e giorni di apertura e chiusura degli esercizi commerciali⁸⁴. Quest'ultima costituisce, a ben vedere, una utile testimonianza di come il modello sperimentale abbia finito per assumere

⁷⁸ E ciò in un contesto più generale di "fallimento" delle strategie di liberalizzazione da ultimo poste in essere di cui il fenomeno della "ipertrofia legislativa" è chiara espressione (così G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 345, il quale osserva come la "diagnosi è corretta", ma il rimedio è "discutibile", giacché "si suppone che il problema non riguardi l'applicazione delle norme, ma si possa risolvere aggiungendone di nuove").

⁷⁹ In tal senso, con particolare riguardo al d.l. n. 69/2013, M. CLARICH, *Decreto del fare*, cit., 12, ove si rileva che mediante tale intervento normativo, pur mettendosi molta "carne al fuoco", "l'impressione è che si agisca ancora solo in superficie", anche in considerazione del contesto politico-istituzionale di riferimento che nell'occasione del varo del testo normativo aveva visto "un Governo frenato da molti veti incrociati".

⁸⁰ Cfr. *Documento conclusivo*, cit., p. 36. In dottrina F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, cit., 184.

⁸¹ Di "velleitaria portata prescrittiva" idonea a generare "notevole confusione ed incertezza" per gli operatori economici e per gli enti locali, parla G. GRÜNER, *Liberalizzazione ed autonomie locali*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare*, cit., 29-30.

⁸² Così F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., 361.

⁸³ In tal senso si veda ancora *Documento conclusivo*, cit., 36.

⁸⁴ Su cui M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni*, cit., 238.

un vero e proprio andamento “carsico”, dal momento che l’analisi delle disposizioni succedutesi nel tempo nella materia *de qua* finiscono per far emergere un duplice e contraddittorio orientamento del legislatore dell’urgenza in un arco temporale circoscritto. Così, da un lato, viene individuata una regola generale (quella della liberalizzazione “in via sperimentale” degli orari e giorni di apertura e chiusura degli esercizi commerciali, sia pure delimitati e circoscritti in base alla loro ubicazione geografica)⁸⁵ fatta cadere dopo soli cinque mesi dalla sua introduzione⁸⁶; mentre dall’altro si apre verso un modello (quello della sperimentazione) che sembrava essere stato “bocciato” in sede di “rimaneggiamento” della richiamata disciplina, per poi essere puntualmente re-introdotta (e addirittura generalizzata) con riguardo a tutte le attività delle imprese in un determinato ambito territoriale⁸⁷. L’idea che se ne trae, in definitiva, è quella di una regolazione precaria ed a termine incerto⁸⁸, ossia di un insieme di regole ravvicinate nel tempo, variabili sul piano contenutistico e stratificate in quanto caratterizzate da un loro progressivo “accavallamento”: in una sola parola, non più “leggi scolpite nel bronzo”, ma regole che, quanto al profilo della durata della loro vigenza, si presentano come “fatte *pour l’espace d’un matin*”⁸⁹.

⁸⁵ Al proposito è da rilevare come il d.l. n. 98/2011 (convertito in l. n. 111/2011), avesse in un primo momento modificato il precedente art. 3 del d.l. n. 223/2006 introducendo, al comma 1 dopo la *lett. d*), una nuova *lett. d-bis*) a norma della quale le attività commerciali di cui al d.lgs. n. 114/1998 e di somministrazione di alimenti e bevande potevano essere svolte senza alcune limitazioni o prescrizioni puntualmente indicate. Tra queste ultime, sia pure “in via sperimentale”, venivano eliminate le prescrizioni relative agli “orari di apertura e di chiusura, l’obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale”. Tale regime giuridico, però, oltre che in via sperimentale, era altresì limitato in base al dato geografico, dal momento che esso era stato previsto con riguardo ad esercizi commerciali “ubicati nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d’arte”.

⁸⁶ Intendiamo riferirci in questa sede al d.l. n. 201/2011 (cd. *salva Italia*), convertito in l. 214/2011, il quale intervenuto nel dicembre 2011, a soli cinque mesi dalla legge di conversione del precedente d.l. n. 98/2011, ha operato in una duplice direzione: da un lato eliminando la regola della sperimentazione (facendo così presagire una sorta di “bocciatura” del modello sperimentale precedentemente introdotto); dall’altro eliminando il dato della ubicazione territoriale degli esercizi “ammessi” alla liberalizzazione. Il risultato di tale operazione, frutto di un “ripensamento” del legislatore, è quello per cui, caduta la sperimentazione, viene altresì generalizzata “la liberalizzazione degli orari di vendita ben oltre la previsione originaria che era riferita ai comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d’arte” (così ancora M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni*, cit., 238).

⁸⁷ Ed è questa la conclusione cui sembra potersi giungere guardando alla previsione (già oggetto di trattazione nell’ambito del presente contributo) di cui all’art. 12 del d.l. n. 5/2012 (cd. *semplifica Italia*), la quale ha previsto la reintroduzione del modello sperimentale con riferimento ai percorsi di semplificazione amministrativa “per gli impianti produttivi e le iniziative ed attività delle imprese sul territorio”.

⁸⁸ Ed in tal senso distinta dalla cd. *sunset regulation*, espressione di una tendenza della legislazione di altri ordinamenti in cui con tale termine ci si riferisce ad una regolazione cui sia consapevolmente predisposto un termine finale. Sul tema A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 30-31, ove la nozione qui ricordata è inquadrata nell’ambito di una indagine volta ad evidenziare il fenomeno della continua ed inarrestabile tendenza alla “mutabilità” del diritto effettivamente vigente.

⁸⁹ Come afferma R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi*, Milano,

Quale possibile soluzione, dunque, a fronte di siffatto quadro caratterizzato da estrema complessità idonea a trascolorare in confusione ed incertezza per l'interprete e per gli operatori economici? La risposta non è certo semplice, né minimamente prospettabile in questa sede. Tuttavia, ove volessimo cercare di individuare alcune coordinate di fondo idonee ad affrontare in maniera più decisa il "crudele dilemma" qui prospettato lo potremmo fare richiamandoci a due punti fermi non negoziabili. Il primo è quello che conduce ad una forte riaffermazione del principio della certezza delle regole⁹⁰ intesa, in tale contesto, come componente essenziale ed imprescindibile per una adeguata politica di liberalizzazione: quest'ultima può avere realmente un senso e conseguire l'obiettivo che si prefigge soltanto nella misura in cui sia "assistita" da una chiarezza, organicità e puntualità delle regole che conducono ad un allentamento dei vincoli pubblicistici⁹¹. Il ricorso a clausole legislative "aperte" (spesso, come detto, "vacue") ed il continuo "rincorrersi" delle disposizioni in tema di liberalizzazione in un arco di tempo limitato sono la conseguenza di un'ansia regolatoria che va di pari passo con l'ansia del legislatore di creare condizioni di perfetta concorrenzialità nell'avvio e nel successivo svolgimento delle attività economiche. Ciò non deve però far dimenticare che, se da un lato la garanzia di un effettivo (e tendenzialmente paritario) contraddittorio concorrenziale tra gli operatori economici è obiettivo sicuramente da perseguire (in quanto espressione della "democrazia in economia")⁹², dall'altro è necessario porre attenzione – come evidenziato anche dalla giurisprudenza – agli "eccessi di concorrenza", in quanto tali idonei a determinare l'effetto esattamente opposto a quello sperato⁹³. Al tempo stesso un secondo punto fermo in una situazione di incertezza e disorientamento

2004, 12-13, il quale da un lato richiama la riflessione precedentemente condotta in dottrina (da F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione della legge*, in *Scritti Carnelutti*, Padova, 1950) con riguardo al tema dell'aumento e "mutamento qualitativo" della legislazione; dall'altro distingue il fenomeno della *sunset legislation* da quello della legislazione adottata "in via sperimentale" (spec. pp. 65-67).

⁹⁰ La quale (come ci ricorda F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, 9, cui sono riconducibili le espressioni qui richiamate) secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea costituisce "principio di chiusura" dell'ordinamento europeo, con la conseguenza che "le norme da applicare debbono essere dei derivati, delle conseguenze, del principio di certezza".

⁹¹ In caso contrario "quasi paradossalmente", il risultato di qualsiasi riforma "è opposto rispetto a quello voluto", nel senso che "non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità" (A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 e ss.).

⁹² Sulla tematica del contraddittorio quale condizione primaria di realizzazione della "democrazia in economia" si veda per tutti F. MERUSI, *Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000, 24 e ss.

⁹³ Sul punto si rinvia a M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 17-20, cui si rinvia per una indagine in merito agli orientamenti contrastanti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa sul tema dell'eccesso di concorrenza. Nello specifico, in punto di possibili effetti pregiudizievoli di un eccesso di concorrenza, con riguardo alla "completa liberalizzazione di orari e aperture festive" degli esercizi commerciali, si veda Tar Veneto, sez. III, 28 luglio 2011, n. 1261, in *www.giustizia-ammini-*

quale quella delineata, è rinvenibile da un richiamo alla “linea d’azione” tratteggiata nell’ambito del Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa del marzo 2014, ove si afferma chiaramente (guardando in tal caso al “modello sperimentale”) che “oggi non si può battere efficacemente la strada della semplificazione amministrativa, nel nostro Paese, senza una scelta preliminare volta a stabilire quali tra le attività private richiedano, per la salvaguardia di interessi pubblici, un provvedimento a carattere abilitativo e quali possano essere del tutto liberalizzate o semplicemente segnalate”⁹⁴. Si ritiene dunque di assoluta necessità una coraggiosa (e non più timida e frettolosa) presa di posizione “a monte” da parte del legislatore (in sede di definizione di una “griglia” di regole certe) e del Governo (in sede di attuazione delle stesse), la quale consenta di far chiarezza una volta per tutte sui diversi regimi giuridici associati all’avvio delle diverse attività private, evitando la proliferazione dei soggetti decidenti e la formazione di sistemi “a geometria variabile” che generano in fin dei conti soltanto situazioni di palese contraddittorietà e confusione ai vari livelli.

In fondo, anche l’incertezza può essere “governata” e “gestita”; e tale gestione, come ci ricorda uno studioso che ha ripercorso le tappe fondamentali del pensiero keynesiano, evidenziandone il “lascito”, può (e deve) avvenire “non con la forza bruta, ma con la ragione e l’esercizio dell’intelligenza”, unica strada per ritrovare gradualmente (fin dal livello più alto di stampo legislativo) le “armonie perdute”⁹⁵.

strativa.it, ove si afferma che una “totale liberalizzazione” nell’ambito *de quo* “non persegue affatto l’obiettivo di una più efficace tutela della concorrenza” in quanto è idonea nei fatti a rafforzare le aziende di maggiori dimensioni “che sono in grado di cogliere tale opportunità, a discapito delle imprese minori”.

⁹⁴ Cfr. *Documento di indagine*, cit., 45.

⁹⁵ Così R. SKIDELSKY, *Keynes*, Oxford 1996 (trad. it. a cura di L.A. Franzoni, V. Gasperotti, per i tipi de Il Mulino, Bologna, 1998, 10, ove le espressioni richiamate nel testo sono qualificate come il “credo fondamentale” di J. M. Keynes).

ABSTRACT

Massimo Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*

Il saggio analizza il problema dell'efficienza nella giurisdizione, rilevando come le peculiarità della funzione giurisdizionale non ne consentano una valutazione in termini di efficienza al pari di una qualsivoglia funzione amministrativa. Ciononostante, la giurisdizione, quale prestazione di sistema, essenzialmente distinta dalla cura di questo o di quell'interesse pubblico affidato alla p.A., viene in concreto esercitata attraverso la macchina giudiziaria, nei cui confronti ben si può discorrere di efficienza. L'efficienza della macchina giudiziaria risulta essere, in particolare, *condicio sine qua non* (ancorché non *condicio per quam*) dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il saggio si interroga quindi sui rapporti tra efficienza della giurisdizione, effettività della tutela giurisdizionale e certezza del diritto, offrendo, in conclusione, alcune proposte per migliorare il funzionamento della macchina giudiziaria.

Guarantees and Efficiency in the Judicial Protection

This article analyzes the problem of judicial efficiency, noting that the judicial function cannot be evaluated in terms of efficiency like any other administrative function because of its peculiar features. Nevertheless, in order to achieve its goals, the administration of justice needs a judicial machinery. The efficiency of the judicial machinery then appears to be a *condicio sine qua non* (although not a *condicio per quam*) of effective legal protection. The essay examines the relationship between efficiency of the judicial machinery, effective legal protection and legal certainty. Finally, it offers some solutions to improve the functioning of the judicial system.

Maria Alessandra Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*

Dopo un'ampia premessa sulla rilevanza del fattore tempo nel diritto amministrativo, l'A. si interroga sul vero "bene della vita" che l'ordinamento deve tutelare nel disciplinare le tempistiche del processo amministrativo.

Evidenziate le peculiari finalità di tale processo, lo studio si sofferma sull'esigenza di adeguato approfondimento della decisione e, dunque, di adeguata motivazione della sentenza, denunciando per converso la deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto di cui sono criticabile espressione le più recenti disposizioni sull'obbligo di definire i giudizi sui contratti pubblici

con sentenze in forma semplificata e di redigere gli atti difensivi rispettando un numero predefinito di pagine.

The Time of Trial as a Good

After an extensive introduction about the importance of the variable ‘time’ in administrative law, the author questions what is the real ‘good’ that the law must protect when regulating the timing of the administrative process.

Once highlighted the particular purposes of such process, the study weighs in on the need for adequate analysis of the decision and, therefore, of adequate reasons for the judgment, while denouncing on the other hand the drift towards a prevalence of short trial vis-a-vis fair trial, of which the latest provisions on the obligation to define the judgments on public contracts with judgments in simplified form and on drafting the pleadings respecting a predefined number of pages are a blameworthy manifestation.

Ilaria Carlotto, *I nuovi diritti e l'identità biologica*

All'interno della sempre più vasta categoria dei “nuovi diritti”, nell’arco dell’ultimo decennio, anche in Italia si sta affermando in maniera preponderante un particolare e specifico diritto: il diritto del figlio alla c.d. “identità biologica”. Si tratta, in altre parole, del diritto del singolo di conoscere le proprie origini genetiche laddove le stesse non siano di per sé note e certe, come nel caso dell’adozione o comunque di un rapporto di filiazione che, per diverse ragioni, non risulti “tradizionale” dal punto di vista biologico (e si pensi all’ipotesi della fecondazione eterologa o a quella dei figli nati fuori dal matrimonio).

Il presente studio, attraverso l’analisi di dottrina e giurisprudenza e dell’evoluzione normativa intercorsa in materia, si propone l’obiettivo di meglio inquadrare tale diritto, dai suoi molteplici profili contenutistici, alla sua possibile configurazione quale diritto fondamentale anziché semplice desiderio, all’individuazione di un suo eventuale fondamento normativo all’interno del testo costituzionale, al suo non sempre facile bilanciamento con altri diritti/interessi del pari (se non più) meritevoli di tutela e riconoscimento.

New Rights and Biological Identity

Within the increasingly growing category of the “new rights”, over the last decade, also in Italy has predominantly emerged a particular and specific right: the right of the child to the so-called “biological identity”. In other words, it is the right of the individual to know his/her genetic origins where these are not known and reliable as in the case of adoption or otherwise of a parent-child relationship which, for various reasons, could not be considered “traditional” from the biological point of view (e.g. heterologous fertilization or illegitimate children).

Through the analysis of doctrine and case law and the study of the regulatory changes in this area, this essay aims to better define this right, from its multiple profiles of content and possible configuration as a fundamental right rather than simple desire to the identification of its likely legal basis in the Constitution and its balance, not always easy to identify, with other rights/interests which also deserve equal (if not more) protection and recognition.

Giorgio Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia*

Il principio di proporzionalità è ormai uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, di fatto una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione di modelli giuridici e di standard di argomentazione.

In questo saggio intendo discutere due questioni attinenti al profilo della legittimità dell'utilizzazione del test di proporzionalità in sede giudiziaria. La prima questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo sempre più diffuso del test di proporzionalità e l'intensità della tutela che ci aspettiamo debbano ricevere i diritti fondamentali. La seconda questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo giudiziario del test di proporzionalità e la democrazia. Concluderò con alcune brevi riflessioni sul nesso tra il principio di proporzionalità e ciò che chiamerò la cultura giuridico-politica della giustificazione.

Proportionality, Rights, and Democracy

Proportionality is now a central concept in global constitutionalism, a crucial feature of the grammar of the new *lingua franca* used by legal actors around the world – allowing the circulation of legal solutions and argumentative styles.

In this essay, I will discuss two issues pertaining to the legitimacy of the use of proportionality analysis by courts. The first issue regards the relation between proportionality analysis and the strength that we normally associate to the idea of fundamental rights. The second issue regards the compatibility between the use of proportionality analysis by courts and democracy. I will conclude with some reflections on the relation between the global spread of proportionality and what I will call the culture of justification.

Anna Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*

L'ordinamento italiano dimostra scarsa attenzione per la dimensione di genere nella gestione delle politiche pubbliche in generale e di quelle migratorie in particolare. Il diritto amministrativo deve oggi assumersi le proprie responsabi-

lità. Precisamente, è necessario riconoscere, *a posteriori*, che il diritto pubblico non ha fino ad ora saputo offrire una lettura efficiente del fenomeno migratorio al femminile e delle sue specificità. Pertanto, in prospettiva anche *de iure condendo*, questo saggio si propone di fornire un contributo per l'aggiornamento, l'adattamento e la rivitalizzazione di principi sedimentati e istituti già noti, in vista della loro sperimentazione a fini inclusivi nel campo delle politiche migratorie di genere.

Gender Policies And Migration: New Challenges For Administrative Law

The Italian legal system shows poor attention to the gender dimension of public policies in general and of migration policies in particular. Administrative law must now assume its responsibilities. Indeed, it is necessary to admit, *a posteriori*, that public law has not been able, until now, to offer an efficient interpretation of women's migration and of the specificities of this phenomenon. Therefore, also in a *de iure condendo* perspective, this paper aims at providing a contribution for updating, adaptation and regeneration of sedimented principles and of already known legal tools, which may be experimented to reach inclusive goals in the field of migration gender policies.

Emiliano Frediani, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero*

Il contributo, muovendo da una premessa generale relativa alla difficoltà di realizzare interventi di effettiva liberalizzazione delle attività economiche nell'ordinamento italiano, analizza, nello specifico, la vicenda delle zone a burocrazia zero. Il fenomeno, che viene studiato sulla base della più recente evoluzione legislativa che ha investito la materia, diviene un utile punto di riferimento per individuare le principali ambiguità legate ad un modello di liberalizzazione dell'attività delle imprese sul territorio ancora in via di più completa definizione ed attuazione. Il dato che emerge è quello di una incertezza che attiene *in primis* al metodo adottato per porre in essere tali interventi di liberalizzazione, operati prevalentemente mediante una tecnica legislativa inadeguata in quanto fondata su clausole eccessivamente vaghe che creano non pochi dubbi per l'interprete e gli operatori economici. Tale premessa conduce, in definitiva, ad un inquadramento in merito alle principali "categorie" di incertezza che possono qualificarsi in base ad un approccio del legislatore che si colloca a metà strada tra eccessiva "timidezza" ed "ansia" di liberalizzare mediante il ricorso ad una regolazione di difficile lettura.

Liberalization and Uncertainty: The Case of the "Zero Bureaucracy Areas"

The paper, moving from a general overview on the difficulties of liberalization of the economic activities in the Italian legal system, analyzes, in particular,

the case of “zero bureaucracy areas”. The phenomenon, which is studied on the basis of the most recent legislative developments, becomes an useful point of view to identify the principal uncertainties related to a model of liberalization of the economic activities still under development and implementation. The image that emerges from the analysis is that of an uncertainty related primarily to the method adopted to give effectiveness to these liberalization measures, characterized primarily by an inadequate legislative drafting based on vague clauses that create too many doubts for the interpreter and the economic operators. Such a premise leads, at the end, to a definition of the main “figures” of the uncertainty that may be qualified on the basis of a particular legislative approach which is characterized at the same time by “shyness” and “anxiety” in liberalizing, producing a regulation difficult to read and apply.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MASSIMO LUCIANI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, “Sapienza” Università di Roma

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo e giustizia amministrativa, Università degli Studi Roma Tre

ILARIA CARLOTTO, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Verona

GIORGIO PINO, Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo

ANNA SIMONATI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Trento

EMILIANO FREDIANI, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Torino

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Carlotto, Pino, Simonati, Frediani.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di dicembre 2014
da *La Buona Stampa* – Napoli

