



A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

— STUDI —

*a cura di*

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

*Comitato Scientifico*

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

*Volumi*

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

*a cura di*

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. III

# La giuridificazione

*a cura di*

Barbara Marchetti

Mauro Renna

Firenze University Press

2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. III. La giuridificazione / a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna. – Firenze : Firenze University Press, 2016. (Studi e saggi ; 165)

<http://digital.casalini.it/9788864534398>

ISBN 978-88-6453-438-1 (print)

ISBN 978-88-6453-439-8 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-440-4 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

*Certificazione scientifica delle Opere*

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice ([www.fupress.com](http://www.fupress.com)).

*Consiglio editoriale Firenze University Press*

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

**CC** 2016 Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)  
Printed in Italy

## INDICE

I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti <i>Barbara Marchetti, Mauro Renna</i>	9
STUDI	
La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata <i>v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa</i> <i>Miriam Allena</i>	35
La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato <i>Vincenzo Antonelli</i>	73
<i>Juridification</i> , società civile e identità nazionali nel processo di integrazione europea <i>Francesco Bilancia</i>	97
Giuridificazione e tutela multilivello dei diritti fondamentali: ruolo e strumenti del giudice amministrativo <i>Andrea Cardone</i>	117
La rilevanza giuridica della proprietà industriale (marchi e brevetti) <i>Antonio Cassatella</i>	151
Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati <i>Fulvio Cortese, Simone Penasa</i>	169

La tenuta della giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale <i>Monica Delsignore</i>	209
La giuridificazione degli ordini professionali <i>Andrea Fantin</i>	227
Il ruolo del giudice nella giuridificazione del diritto tributario <i>Francesco Farri</i>	251
La giuridificazione dell'ambiente <i>Annalaura Giannelli</i>	281
La giuridificazione dello sport <i>Giuseppe Manfredi</i>	315
Il processo di 'giuridificazione' della protezione degli animali dall'Unità ad oggi <i>Giovanni Martini</i>	335
La giuridificazione della protezione dei dati personali <i>Francesco Midiri</i>	355
La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato <i>Samuel Cornella, Silvia Pellizzari</i>	373
La giuridificazione del settore alimentare <i>Margherita Ramajoli</i>	393
La giuridificazione della parità di genere in Italia <i>Anna Simonati</i>	411
L'autodisciplina delle formazioni sociali <i>Serena Stacca</i>	423
La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione <i>Riccardo Ursi</i>	445

COMMENTI

Nobiltà e miserie della giuridificazione 479  
*Marco D'Alberti*

GLI AUTORI 487

SOMMARIO GENERALE 491





# I PROCESSI DI GIURIDIFICAZIONE: SOGGETTI, TECNICHE, LIMITI

*Barbara Marchetti, Mauro Renna*

SOMMARIO – 1. Il piano della ricerca: interrogativi di partenza, settori indagati, metodo. 2. Giuridificazione *ex novo* o nuove tecniche di giuridificazione? 3. L'emersione e la giuridificazione di interessi e posizioni soggettive. 4. Le tecniche e gli strumenti di giuridificazione. 5. Le fonti e gli attori delle giuridificazioni. 6. La complessità e l'eterogeneità dei processi di giuridificazione. Giuridificazione-unificazione o giuridificazione-frammentazione? 7. Il rapporto tra giuridificazione e scienza. 8. Giuridificazione e impronta culturale. 9. I limiti ai processi di giuridificazione (e a quelli di de-giuridificazione), nella prospettiva dell'unificazione europea.

## *1. Il piano della ricerca: interrogativi di partenza, settori indagati, metodo*

Il tema della giuridificazione è estremamente ampio e può essere affrontato secondo molteplici punti di vista. Occorre dunque, anzitutto, spiegare in che modo esso è stato inteso dal nostro gruppo di ricerca e a quali interrogativi questa indagine mira a dare una risposta. Si può dire, in estrema sintesi, che il nostro obiettivo è stato quello di verificare in che misura lo spazio occupato dalle regole giuridiche è mutato dal 1865 ad oggi, quali settori e quali interessi sono entrati o usciti dalla sfera di rilevanza giuridica e per quali ragioni e con quale entità tali processi di giuridificazione (o di de-giuridificazione) sono intervenuti.

La ricerca non poteva ovviamente essere condotta in modo generale e astratto, ma occorreva indagare mutamenti e sviluppi del diritto in un ventaglio significativo di settori che fosse capace, nel suo insieme, di rappresentare la complessità del fenomeno alla luce del rapporto con i progressi scientifici, con l'economia, con le spinte provenienti dalla dimensione sovranazionale e internazionale e con la sfera dell'autonomia privata.

Per questo è sembrato necessario rintracciare i movimenti della giuridificazione con riferimento ad alcuni ambiti o istituti: sono stati così indagati il settore della sicurezza alimentare (v. M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*), della concorrenza (v. S. Pellizzari, S. Cornella, *La concorrenza. Itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*), dell'ambiente (v. A. Giannelli, *La giuridificazione dell'ambiente*) e della protezione degli animali (v. G. Martini, *Il processo di 'giuridificazione' della protezione degli animali dall'Unità ad oggi*); sono stati considerati il principio di precauzione in riferimento alla gestione dell'incertezza (v. M. Allena, *La giuridificazione del principio di pre-*

*cauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*), lo sport (v. G. Manfredi, *La giuridificazione dello sport*), la proprietà industriale e il diritto d'autore (v. A. Cassatella, *La rilevanza giuridica della proprietà industriale (marchi e brevetti)* e M. Delsignore, *La tenuta della giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale*) e la frontiera delle scelte relative alle scienze della vita (v. F. Cortese, S. Penasa, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*), tutti ambiti percorsi da nuovi processi di giuridificazione conseguenti soprattutto ai mutamenti scientifici, culturali ed economici, intervenuti; accanto a questi ambiti sono stati oggetto di considerazione ai fini della ricerca gli ordini professionali (v. A. Fantin, *La giuridificazione degli ordini professionali*), i codici etici e la deontologia (v. S. Stacca, *L'autodisciplina delle formazioni sociali*), le politiche di genere (v. A. Simonati, *La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività*), la tutela della riservatezza (v. F. Midiri, *La giuridificazione della protezione dei dati personali*) e l'organizzazione amministrativa (v. R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza amministrativa*). Un altro gruppo di contributi ha riguardato il giudice tributario come attore della giuridificazione (v. F. Farri, *Il ruolo del giudice nella giuridificazione del diritto tributario*), la giuridificazione delle *chance* (v. V. Antonelli, *La tutela delle chance ovvero alla ricerca del bene sperato*), la giurisdizione amministrativa nella tutela multilivello dei diritti (v. A. Cardone, *Giuridificazione e tutela multilivello dei diritti fondamentali: ruolo e strumenti del giudice amministrativo*) e il dialogo tra le corti (v. F. Bilancia, *Juridification, società civile e identità nazionali nel processo di integrazione europea*). Con i primi, si è tentato di comprendere quanto il diritto si sia spinto ad occupare territori tradizionalmente riservati alla sfera dell'autonomia privata e alle scelte organizzative libere, creando posizioni e interessi tutelabili là dove prima non ve ne erano; con i secondi si è esaminato il ruolo dei giudici, anche in dialogo tra loro, quali attori della giuridificazione tra esigenze di costruzione degli ordinamenti e protezione dei diritti fondamentali.

Il metodo seguito è consistito nell'indicazione di una griglia di ricerca per lo studio dei singoli settori che fosse utile ad individuare le linee e i percorsi del fenomeno di *juridification*. In essa erano contenuti alcuni interrogativi di fondo, ovvero: quali sono i fattori che determinano l'ingresso di alcuni interessi nell'area del rilevante giuridico? Chi sono gli attori della giuridificazione? Il Parlamento e i giudici nazionali oppure le corti e le istituzioni sovranazionali o internazionali? E come dialogano i diversi livelli? Quali sono le tecniche e gli obiettivi della giuridificazione? Ancora, la giuridificazione porta con sé una determinata impronta culturale? E come dialogano scienza e diritto? Infine, possiamo dire che il processo di giuridificazione implica sempre un ampliamento del catalogo dei

diritti e degli interessi dei cittadini e un rafforzamento della loro tutela? Oppure la giuridificazione è principalmente funzionale ad altri obiettivi e finalità, quali ad esempio la promozione del mercato e dell'efficienza economica?

Come è evidente, gli interrogativi sono numerosi e non sempre possono avere risposte univoche e trasversalmente valide nei numerosi ambiti considerati. La consistenza e la peculiarità degli interessi in gioco possono anzi condurre a preferire una o l'altra tecnica di giuridificazione: se si considera, ad esempio, la frontiera delle scelte delle scienze della vita, ciò appare in modo chiaro, poiché l'esigenza di un approccio plurale e rispettoso della persona umana esige percorsi di giuridificazione quanto più possibile miti, attenti al caso, non violenti, che avvengano tuttavia in un quadro di principi comuni, ispirati a valori costituzionali condivisi.

Al contrario, altri interessi possono richiedere una regolazione generale complessiva, portata avanti con strumenti di *hard law* capaci di garantire uniformità e certezza normativa anche oltre il contesto nazionale. Si pensi all'ambiente, ad esempio, che può essere curato e protetto efficacemente solo se il processo di giuridificazione riesce ad avere una dimensione sovranazionale e internazionale, se predispone strumenti di coazione e di sanzione, se impone norme di carattere generale. Nel primo caso, dunque, giuridificazione e differenziazione devono convivere, nel secondo caso, invece, la giuridificazione dovrebbe portare con sé almeno un certo livello di uniformità.

## 2. *Giuridificazione ex novo o nuove tecniche di giuridificazione?*

Prima di provare ad offrire un quadro di sintesi dei risultati della ricerca, occorre anzitutto sgombrare il campo da un equivoco. Parlando di giuridificazione di un settore o di un interesse verrebbe da pensare al passaggio di alcuni interessi dall'irrilevante giuridico alla sfera della rilevanza giuridica. In realtà, tale fenomeno è difficilmente riscontrabile: ciò che si verifica in molti dei settori esaminati, è piuttosto l'introduzione di nuove tecniche di giuridificazione. In molti casi, cioè, negli ambiti indagati non era assente una qualunque disciplina normativa, ma essa appariva semmai estremamente scarna ed incompleta e per lo più racchiusa in poche disposizioni del codice civile o della Costituzione. Si consideri la sicurezza alimentare, la proprietà industriale, il diritto d'autore, le scelte bioetiche: questi interessi erano già regolati dal diritto, ma la crescente rilevanza economica dei beni protetti, la necessità di garantire mercato e concorrenza, e i progressi scientifici e tecnologici che li hanno interessati hanno reso obsolete o insufficienti le norme preesistenti, determinando un ripensamento della loro regolamentazione, che ha spesso significato anche il loro transito dalla sfera civilistica a quella pubblicistica, o la creazione di istituzioni *ad hoc* per la

loro protezione o ancora l'intervento di istituzioni e regole sovranazionali. È il caso della regolazione del settore alimentare. La sicurezza degli alimenti ha avuto a lungo un apparato di norme che puntava sulle sanzioni della responsabilità e su poteri di vigilanza con finalità di protezione della salute. Ci si riferisce in particolare agli artt. 242 sgg. del T.U. delle leggi sanitarie approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (v. M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in questo volume). Poi la spinta legata alle esigenze di garantire il mercato unico ha mutato completamente il tipo di regolazione, divenuto pubblicistico, sovranazionale, anzi globale, e meglio attrezzato per affrontare la maggiore complessità ed eterogeneità degli interessi in gioco.

Lo stesso può dirsi per la parità di genere, prima garantita attraverso norme di natura privatistica, poi più massicciamente protetta attraverso una disciplina pubblicistica, che oltre a garantire l'eguaglianza in funzione delle parità uomo-donna mira ad assicurare l'eguaglianza come via per una migliore protezione dell'interesse generale.

Si pensi anche alla protezione degli animali: essa era già presente in qualche misura nel codice penale sardo-italiano (art. 685), ma la *ratio* della disciplina, che vietava di 'incrudelirsi' nei confronti degli animali, era volta alla difesa non tanto degli animali, quanto della pubblica moralità. È solo in tempi recenti che le norme poste a protezione degli animali sono divenute il frutto della giuridificazione di un dovere di cura e protezione della specie non umana riconosciuto in capo alla specie umana (v. G. Martini, *Il processo di 'giuridificazione' della protezione degli animali dall'Unità ad oggi*, in questo volume).

Interessante anche l'andamento del processo di giuridificazione con riguardo agli ordini professionali (v. A. Fantin, *La giuridificazione degli ordini professionali*, in questo volume): qui si è assistito dapprima ad una regolazione interna di ordine privatistico, poi ad una attrazione nella sfera del pubblico, poi nuovamente a un ritorno al diritto privato e alla c.d. *soft law*, temperato però da una coloritura pubblicistica imposta dal diritto dell'Unione europea al fine di garantire le libertà di circolazione delle professioni minacciate dai poteri degli ordini. Anche in questo caso, dunque, sarebbe improprio parlare di *juridification* intesa come passaggio dall'irrilevante al rilevante giuridico: mutano piuttosto le tecniche e i modi della giuridificazione in risposta all'aumento o alla trasformazione degli interessi rilevanti o in ragione di esigenze di protezione prima non avvertite oppure non adeguatamente tutelate.

Significativo, anche per l'intreccio tra dimensione nazionale e internazionale/sovranazionale, è il processo di giuridificazione che ha riguardato la proprietà industriale: innanzitutto, la disciplina presenta sin dalla fine dell'Ottocento una dimensione internazionale (la prima Convenzione dell'Unione per la tutela della proprietà industriale risale al 1883), che si lega alla naturale dimensio-

ne ultra-statuale di tali diritti (di marchio e di brevetto), che ha condizionato la disciplina interna degli Stati; inoltre, l'evoluzione della regolazione mostra qui un passaggio da una concezione dominicale dei diritti di privativa – ricalcata sul modello della proprietà sui beni materiali e tutto riconducibile alla disciplina codicistica – ad una concezione 'amministrativa' del diritto industriale, che deve dialogare con una moltitudine di interessi, presidiati dalle amministrazioni coinvolte (a livello internazionale, sovranazionale e nazionale), fino a perdere la sua consistenza di diritto soggettivo, per assumere le vesti di un interesse legittimo pretensivo, quando l'invenzione riguarda materiale biologico o biotecnologie (v. A. Cassatella, *La rilevanza giuridica della proprietà industriale (marchi e brevetti)*, in questo volume).

In molti dei settori considerati, soprattutto laddove la rilevanza economica degli interessi si è notevolmente accresciuta, si è prodotta una pubblicizzazione della disciplina, quale risposta alla maggiore complessità degli interessi coinvolti.

Le norme civilistiche e i meccanismi propri della responsabilità (civile e penale) sono stati affiancati da sedi e attori pubblici chiamati a comporre e conciliare i diversi interessi (privati e pubblici) in gioco: nella regolazione della concorrenza, della proprietà industriale, del diritto d'autore, della sicurezza alimentare, a fianco degli interessi del produttore, dell'impresa, o dell'inventore, sono emersi gli interessi dei consumatori, dei concorrenti, ma anche quelli ambientali, alla salute, alla diffusione della conoscenza e così via.

Alla logica dei rapporti bipolari si è sostituita, dunque, una logica di rapporti multipolari, rispetto ai quali le amministrazioni sono parse le meglio equipaggiate a svolgere la funzione di arbitro neutrale e regolatore.

### *3. L'emersione e la giuridificazione di interessi e posizioni soggettive*

Se la *juridification* sposta il confine di ciò che è giuridicamente rilevante e ne muta le tecniche di tutela, essa è dunque idonea a trasformare interessi di fatto in interessi giuridicamente protetti e dunque ad accrescere le posizioni soggettive del cittadino garantite dall'ordinamento.

Il modo, tuttavia, in cui ciò avviene può variare molto da settore a settore, dato che rilevano qui le tecniche di protezione di volta in volta prescelte. Il processo di giuridificazione può creare doveri prima inesistenti, oppure diritti azionabili dal singolo cittadino o ancora azioni popolari o rimedi esperibili nell'interesse generale.

La tutela degli interessi giuridicamente rilevanti può essere assicurata *ex ante* o *ex post*, fondarsi sulla previsione di poteri di controllo o di autorizzazione oppure su azioni di responsabilità civile o penale. Si consideri, a titolo di esem-

pio, la giuridificazione che ha riguardato l'interesse ambientale: come mette in evidenza il contributo di Annalaura Giannelli (*La giuridificazione dell'ambiente*, in questo volume), è assai controverso se l'ambiente sia «“terminale” di situazioni giuridiche attive [...] oppure un bene strutturalmente idoneo a generare solo doveri [...] riconducibili al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione». Se si propende per la seconda ricostruzione, si può concludere che la giuridificazione non produce necessariamente la nascita di nuovi diritti, e che la creazione di doveri e talora anche di divieti è dunque l'altra componente non trascurabile del processo di giuridificazione. Quest'ultima talvolta si cumula alla creazione di diritti azionabili, talaltra resta il solo 'frutto' del processo di giuridificazione. Nella protezione degli animali, ad esempio, non si assiste all'affermazione di una vera e propria soggettività animale, centro di imputazione di interessi, ma si assiste piuttosto alla creazione di un dovere in capo alla specie umana nei confronti di quella animale.

La frontiera delle scelte etiche ci mostra, invece, molti esempi della commistione di tali tecniche di protezione degli interessi. Qui poi è evidente, come sottolineano Fulvio Cortese e Simone Penasa (*Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in questo volume), come la scienza e la tecnologia abbiano favorito l'emersione prima, e la protezione poi, di interessi che «o non emergevano o potevano pacificamente dichiararsi come non propriamente giuridici e, pertanto, non legittimamente invocabili». Il progresso della medicina e della tecnica ha, infatti, prodotto aspettative e istanze rispetto alle quali la riflessione giuridica e il legislatore non erano preparati, così che è toccato ai giudici il compito di trovare, caso per caso, il bilanciamento tra i diritti, tra nuove aspettative e fondamenti etici dell'ordinamento, tra prestazioni esigibili e tenuta economica del sistema. Al contempo, la disciplina sulla procreazione assistita e sul fine vita ricorre alla creazione di doveri e di divieti a garanzia di beni considerati 'sacri' e inviolabili.

Anche nelle politiche di genere il processo di giuridificazione mostra un'evoluzione sensibile quanto a tecniche di protezione: come rileva Anna Simonati (*La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività*, in questo volume), il tentativo di rendere effettiva l'eguaglianza di genere ha prodotto non solo la creazione di interessi individualmente azionabili, ma anche il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio per la salvaguardia delle quote di genere in capo agli elettori e alle associazioni di settore. Un simile passaggio, del resto, è divenuto logico quando si è riconosciuto, per una mutata sensibilità culturale, che il rispetto delle quote era la via non solo per assicurare la partecipazione alla politica del genere femminile, ma per una più generale aspirazione «alla qualità dell'attività istituzionale».

Spesso è l'accresciuta rilevanza economica di un'attività, e il suo impatto sul mercato, a causare nuovi processi di giuridificazione e a rendere giuridiche posizioni e interessi prima confinati nell'irrilevante giuridico. Si pensi al settore dello sport, tra gli altri. Come ricorda Giuseppe Manfredi (*La giuridificazione dello sport*, in questo volume), dopo una prima giuridificazione statale negli anni del ventennio fascista, in cui l'attività sportiva viene pubblicizzata e sottoposta ad un controllo statale, una seconda massiccia giuridificazione si compie a partire dagli anni '80, in ragione della crescente rilevanza economica del settore. Sotto la spinta del mercato, posizioni e interessi che a lungo erano stati considerati irrilevanti sono attratti nella sfera di regolazione (e di giurisdizione) dello Stato. È la stessa Corte costituzionale ad affermare, nella sentenza n. 49 del 2011, che l'attività sportiva agonistica e il diritto di praticarla sono meritevoli di protezione statale. Secondo il giudice delle leggi, l'ammissione alla pratica agonistica concreta «sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, quello di svolgimento della propria personalità e quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali».

Un percorso analogo è compiuto anche dalle norme contenute nei codici di condotta le quali, intese inizialmente come espressione di *soft law* o al più ricondotte a una matrice pattizia, si vedono gradualmente riconosciuto il carattere di fonte integrativa delle norme di legge equiparate ai regolamenti, con tutte le implicazioni del caso, tra cui la impugnabilità delle decisioni disciplinari dinanzi agli organi statali (v. S. Stacca, *L'autodisciplina delle formazioni sociali*, in questo volume).

Ancora ragioni di mercato spingono i processi di giuridificazione nel settore della sicurezza alimentare, della proprietà industriale e del diritto d'autore, così come pure determinano incursioni nella disciplina degli ordini professionali e dei codici di condotta. L'effetto di emersione di posizioni soggettive prima non 'giuridiche' ha svariati contorni. Nel caso della sicurezza alimentare si rafforza la tutela del consumatore, ma si profila anche la protezione di interessi non contemplati nella disciplina primordiale, per i quali la costruzione di una rete pubblica di regolatori è apparsa la via maestra; la concorrenza, a sua volta, affida la protezione degli interessi a meccanismi sia di *private enforcement* (tipicamente l'azione risarcitoria dell'operatore economico danneggiato dalla violazione della legislazione *antitrust*) che di *public enforcement*, poggiante cioè sui poteri di regolazione e sanzione delle autorità pubbliche. Del resto, in questo settore, è proprio la combinazione di strumenti privatistici e pubblicistici a garantire un sistema efficace di repressione delle violazioni, come rilevano Silvia Pellizzari e Samuel Cornella (*La concorrenza. Itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in questo volume). Qui è interessante rilevare come le opzioni europea e statunitense divergano significativamente, in corri-

spondenza di un approccio culturale più o meno liberale dei due ordinamenti: l'effettività della disciplina *antitrust* è affidata, in Europa, soprattutto a meccanismi di *enforcement* pubblico, che hanno visto anche la creazione di una rete delle autorità antitrust europee guidata dalla Commissione UE (benché di recente la Commissione europea si sia attivata per potenziare il ricorso al *private enforcement*); mentre, negli Stati Uniti, la tutela degli interessi è affidata principalmente al *private enforcement*, essendo i privati (e non le autorità pubbliche) i principali guardiani del rispetto delle norme sulla concorrenza.

La scelta di affidare al singolo, alla collettività o all'autorità pubblica la tutela dell'interesse non può che dipendere da una serie di variabili: se il privato diviene 'guardiano' del rispetto delle regole, e dunque in ultima analisi della protezione di un interesse (ad es. il bene concorrenza), occorre introdurre incentivi (o almeno eliminare possibili ostacoli) all'esercizio di questa sua funzione, oppure occorre intervenire sulla legittimazione ad agire, ampliandola, rendere agevole l'accesso alla tutela e così via. Negli Stati Uniti, ad esempio, lo si è fatto riconoscendo la regola del triplo risarcimento, che premia sul piano monetario l'azione giudiziaria vittoriosa del concorrente leso dalla condotta anticoncorrenziale altrui. Se invece si affida la cura di un interesse all'azione pubblica (*public enforcement*), diviene necessario dotare la pubblica amministrazione di poteri adeguati e di soluzioni organizzative funzionali a rendere efficiente la sua azione (tali ad esempio sono i poteri di intervento e i meccanismi di cooperazione riconosciuti alla rete europea della concorrenza con il reg. n. 1/2003 Ce).

Le diverse opzioni, poi, saranno il risultato di valutazioni condotte caso per caso, usando anche lo strumento dell'analisi economica del diritto, in cui un peso importante avranno necessariamente anche le stesse inclinazioni 'culturali' dei diversi Paesi.

#### 4. *Le tecniche e gli strumenti di giuridificazione*

Sulla base di queste variabili, passiamo ora in rassegna, per così dire, i diversi tipi di giuridificazione che abbiamo incontrato nelle ricerche di base. Non si può ovviamente che procedere a una estrema semplificazione di una complessità che, in realtà, non si presterebbe di per sé a essere semplificata, se non al prezzo di inevitabili forzature.

Come detto, in rarissimi casi un valore o interesse diviene da pressoché irrilevante sul piano giuridico a giuridicamente rilevante. È il caso, ad esempio, della protezione degli animali, il cui processo di giuridificazione ha tratto le proprie premesse da una sorta di sussulto culturale. In un breve arco di tempo esso ha indotto l'opinione pubblica a relazionarsi al mondo animale con un approccio



non più monopolizzato dalle componenti emozionali, in quanto tale incompatibile con la predisposizione di regole di condotta generali e astratte e, di conseguenza, con la previsione di adeguati strumenti di repressione per le condotte non conformi alle predette regole. Si tratta, probabilmente, di un caso alquanto isolato, ma non privo di un suo specifico interesse. Esso, infatti, mostra l'attitudine dell'ordinamento a compiere repentini 'scatti in avanti', non sempre e non necessariamente supportati dal rassicurante conforto della tradizione.

Molto più frequente, rispetto alla vera e propria transizione dal pre-giuridico al giuridico, è il fenomeno dei 'movimenti' di giuridificazione, intesi come modificazioni del rilievo giuridico (di per sé già acquisito) di determinati valori e interessi, mediante il mutamento delle tecniche e degli strumenti di tutela. Si tratta, in genere, di arricchimenti, integrazioni e incrementi di intensità della protezione riconosciuta, nonché, sul fronte soggettivo, di ampliamento del novero dei soggetti legittimati a far valere, anche in sede giurisdizionale, le situazioni giuridiche 'agganciate' al bene di volta in volta considerato. Questi movimenti di 'rafforzamento' sono molto eterogenei e, e hanno mostrato, in concreto, diversi gradi di efficacia. Ciò nonostante pare difficile negare che l'intento, quantomeno dichiarato, delle politiche legislative dei decenni esaminati per lo più consista nell'irrobustimento, ovvero in taluni casi nel perfezionamento, dell'apparato di tutele offerte a beni di univoca e ormai consolidata rilevanza giuridica.

Non sono mancati, tuttavia, nell'arco di tempo preso in esame dalla ricerca, fenomeni di diminuzione dell'intensità e degli strumenti di tutela di determinati interessi. In questi casi si potrebbe più efficacemente parlare di 'movimenti' (talvolta ciclici: cfr. le ricerche in tema di ordini professionali e di sport) di de-giuridificazione che sono stati spesso guardati favorevolmente, e financo auspicati (si vedano le ricerche sugli ordini professionali e sulla parità di genere). Si tratta di fenomeni che per lo più scaturiscono da una disincantata presa d'atto della scarsa attitudine della norma giuridica a perseguire obiettivi di interesse pubblico la cui realizzazione pare, in definitiva, subordinata ad una evoluzione della sensibilità culturale e politica collettiva. Evoluzione che in taluni casi rischia, paradossalmente, di essere ostacolata, o comunque rallentata, proprio dalla predisposizione di norme percepite come estranee al sistema ordinamentale e, financo, di dubbia legittimità costituzionale (si pensi, anche in questo caso, alle c.d. quote rosa, che rischiano di entrare in frizione proprio con il principio di uguaglianza che vorrebbero attuare).

Tralasciando, sia pure per il momento, il delicato tema della de-giuridificazione, occorre a questo punto tentare di individuare, sempre procedendo con qualche approssimazione, le caratteristiche con cui si sono in concreto manifestati i processi di giuridificazione.

La giuridificazione ‘assoluta’ – ossia la transizione da una previa condizione di irrilevanza giuridica – è, come si è visto, un fenomeno piuttosto marginale, quantomeno sul piano meramente quantitativo.

Per quanto, invece, attiene la giuridificazione declinata in chiave evolutiva (ossia come evoluzione interna all’area del giuridico), si possono rintracciare almeno tre principali fenomeni o, se si vuole, tipi di giuridificazione (che, si noti, in una materia possono anche sovrapporsi o susseguirsi nel tempo).

Il primo tipo concerne i casi in cui determinati interessi e situazioni soggettive, già rilevanti in seno a specifici ordinamenti, vengono acquisiti all’ordinamento giuridico generale, che accorda loro una diretta protezione (si pensi ai casi dello sport, degli ordini professionali, nonché dei codici di comportamento di altre formazioni sociali; ma si pensi anche alla giuridificazione del canone dell’efficienza della pubblica amministrazione). In questi casi la giuridificazione consiste, dunque, in un processo di transizione dall’area del diritto settoriale a quella del diritto generale, transizione che spesso implica un faticoso processo di costruzione di una semantica comune.

Il secondo tipo di giuridificazione riguarda, invece, i casi in cui determinati valori e interessi, già protetti nell’ordinamento giuridico generale attraverso strumenti privatistici (e, in alcune ipotesi, pure penalistici), vengono ‘pubblicizzati’ e, se così si può dire, ‘amministrativizzati’, ossia protetti anche attraverso strumenti di diritto amministrativo (qui gli esempi sono i più numerosi e disparati: si pensi ai casi della tutela dell’ambiente, della tutela della concorrenza, della tutela del diritto d’autore, della tutela della proprietà industriale, della tutela della parità di genere, oltre che alle giuridificazioni dello sport e degli ordini professionali). In questo caso la giuridificazione si intende, quindi, come attrazione nel perimetro del diritto amministrativo. Più che di giuridificazione sarebbe, pertanto, opportuno parlare di trasfigurazione in chiave pubblicista, *melius* amministrativistica, della risposta offerta, in termini di tutela, a determinate esigenze fino a quel momento ‘curate’ con strumenti privatistici o, in casi estremi, con il ricorso al diritto penale. Questo processo di attrazione verso il diritto amministrativo risponde a logiche diverse a seconda del ‘punto di partenza’ di tale transizione. Per i processi di depenalizzazione, la logica ispiratrice, come è evidente, consiste in una più razionale articolazione della risposta sanzionatoria, che spesso assume caratteri di maggiore incisività – e dunque dissuasività – proprio quando si colloca al di fuori del perimetro del diritto penale. Molto più complessa, di contro, risulta la transizione dai territori del diritto privato. Si tratta, infatti, di un fenomeno molto eterogeneo, la cui ragion d’essere pare inevitabilmente legata al contenuto della singola regola di volta in volta ‘trasfigurata’. Ciò nonostante, sembra possibile individuare un duplice elemento che, in termini generali, incentiva alla amministrativizzazione degli istituti privatistici.

Esso concerne, sul fronte sostanziale, il carattere imperativo, e dunque non disponibile, delle norme di diritto amministrativo (che le differenzia dai frequenti 'omologhi' di diritto privato) e, sul fronte processuale, il più ampio regime di giustiziabilità degli atti, che coinvolge, come noto, anche i terzi controinteressati. L'amministrativizzazione, dunque, sembra per lo più ispirata a obiettivi di maggior effettività delle regole giuridiche, i quali, tuttavia, risultano non di rado compromessi da una interpretazione formalistica delle regole sia sostanziali che, forse anche soprattutto, processuali.

Il terzo tipo di giuridificazione concerne i casi in cui determinati valori e interessi, già protetti dall'ordinamento giuridico generale attraverso strumenti di diritto amministrativo, vedono accresciuta la loro tutela tramite ulteriori strumenti amministrativi (si pensi, in particolare, al caso emblematico del settore alimentare, che risulta essere stato oggetto di una sorta di 'pan-pubblicizzazione').

I tre tipi di giuridificazione sinora descritti hanno tutti come fulcro (ossia come punto di arrivo del processo di giuridificazione e, in taluni casi, anche come punto di partenza) il diritto amministrativo.

Ciò, ovviamente, riflette una precisa opzione metodologica. Coerentemente col quadro dell'intera ricerca che abbiamo coordinato si è, infatti, scelto di lasciare sullo sfondo gli strumenti di giuridificazione civilistici e penalistici – e, in particolare, le giuridificazioni realizzate soltanto tramite strumenti civilistici – per concentrare, invece, l'attenzione su quelli amministrativi e, segnatamente, sui 'movimenti' di giuridificazione che hanno per protagonista il diritto amministrativo.

Limitando, dunque, l'analisi alle giuridificazioni pubblicistiche o amministrative, possiamo, sempre con un certo grado di approssimazione, innanzitutto distinguere tra i processi di giuridificazione imperniati sull'utilizzo di strumenti di c.d. *soft law* (intesi in senso ampio, ossia come strumenti alternativi ad una normazione stringente e analitica) e quelli che, invece, fanno leva sull'utilizzo di strumenti di c.d. *hard law*.

L'utilizzo dei primi risulta preferibile, se non necessario, almeno in due ipotesi.

La prima concerne i casi in cui la delicatezza della materia trattata impone di rispettare il pluralismo e l'autonomia individuale e sociale delle persone (si pensi alla giuridificazione della bioetica, ma anche a quella dello sport, degli ordini professionali e dei codici di comportamento delle altre formazioni sociali).

La seconda concerne i casi in cui il diritto viene a 'trattare' temi in cui il ruolo della scienza risulta decisivo, dovendo, pertanto, la legislazione rinviare ampiamente a nozioni proprie di discipline extra-giuridiche, e alle evoluzioni e ai continui progressi delle nozioni in questione (si pensi, ancora, alla giuridificazio-

ne della bioetica, nonché a quella della tutela ambientale con specifico riguardo all'uso che viene fatto in questa materia del principio di precauzione). In questi casi, le fattispecie concrete su cui il diritto è chiamato ad intervenire mal si prestano al disegno di rigide norme puntuali, risultando, di contro, fondamentale il ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, in quanto tali dotati di una intrinseca plasticità (destinata a trovare nell'interpretazione giurisprudenziale il proprio ambito primario di manifestazione).

Il ricorso agli strumenti di c.d. *soft law*, affiancato alla valorizzazione dell'ermeneutica dei principi, non deve essere letto in chiave 'rinunciataria', ossia come espressione di una sorta di sconfitta del diritto e, neppure, come una forma di latente de-giuridificazione.

Al contrario, la crescente valorizzazione – soprattutto nei settori sensibili sopra richiamati – di un 'diritto per principi' sembra, anch'essa, una scelta giuridica che presuppone non certo il ritrarsi del diritto da determinati territori quanto, piuttosto, la volontà di adeguare il sistema di produzione delle regole a realtà che, se trattate con gli strumenti propri della tradizione positivista, rischierebbero di scivolare in una condizione di sostanziale anomia.

La cronaca legislativa degli ultimi decenni dimostra, del resto, come l'utilizzo eccessivo e maldestro degli strumenti di *hard law* possa determinare un irrigidimento del sistema di regole (quando non anche una situazione di contraddizione interna alla legislazione) tale da indebolire la tutela dei valori e degli interessi che la disciplina adottata sarebbe teoricamente finalizzata a proteggere (interessante, al riguardo, è la disamina critica di Riccardo Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza amministrativa*, in questo volume, sul modo in cui in Italia, nei tempi più recenti, è stato giuridificato il canone dell'efficienza della pubblica amministrazione).

In questo senso, il ricorso a strumenti di *soft law* e all'ermeneutica dei principi, pare, in definitiva, un vero e proprio baluardo a presidio della perdurante giuridificazione di ambiti e settori che una legislazione di tipo tradizionale potrebbe spingere su traiettorie indesiderate.

Oltre alla progressiva valorizzazione degli strumenti di *soft law*, le modalità con cui il diritto amministrativo ha perseguito percorsi di giuridificazione possono essere ricondotti, sempre per sommi capi, a tre tipologie.

La prima consiste nell'istituzione di enti pubblici o strutture amministrative (o nella 'pubblicizzazione' di soggetti già esistenti, come in particolare nel caso degli ordini professionali) cui affidare i compiti di tutela degli interessi e dei diritti da proteggere; tra essi spiccano vieppiù le amministrazioni indipendenti (il riferimento è qui, segnatamente, alla tutela della concorrenza, alla protezione dei dati personali e alla tutela del diritto d'autore, nonché alla sicurezza alimentare).

La seconda concerne l'attribuzione a tali enti e strutture di poteri di regolazione, di poteri di autorizzazione o di controllo *ex ante* e/o di poteri repressivi e sanzionatori *ex post*, vuoi di carattere conformativo e ripristinatorio, vuoi di carattere risarcitorio.

La terza, infine, si colloca sul versante della tutela giurisdizionale, e consiste nel riconoscimento – come ricordato sopra – alle persone di nuove situazioni soggettive, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, individuali e/o collettive ecc., in seno all'ordinamento giuridico generale (si pensi, per esempio, al caso dello sport); e/o nell'ampliamento della legittimazione ad agire in giudizio, in particolare innanzi al giudice amministrativo, ma non solo: si pensi, per esempio, al caso della tutela ambientale.

### 5. *Le fonti e gli attori delle giuridificazioni*

Venendo al tema delle fonti e degli attori delle giuridificazioni, va subito detto che, se si eccettuano gli ambiti degli ordini professionali e dei codici di comportamento delle altre formazioni sociali, si fatica a trovare una materia o un settore in cui i processi di giuridificazione pubblicistica intervenuti non siano stati condotti, imposti o, comunque, indotti o condizionati da un livello sovranazionale, ossia dal diritto europeo, quando non anche dal diritto internazionale (a sua volta frequentemente 'filtrato' dal diritto europeo); e ciò, si noti, non solo con riguardo alle giuridificazioni finalizzate a una regolazione efficiente dei rapporti economici, ma anche con riferimento a quelle più strettamente connesse alla tutela di diritti fondamentali delle persone (si pensi, per esempio, a determinati profili della giuridificazione del settore alimentare, alla tutela della parità di genere, alla protezione dei dati personali e alla giuridificazione della bioetica).

Raramente, insomma, il legislatore nazionale, che pur avrebbe potuto in più occasioni muoversi autonomamente in attuazione dei valori e dei principi costituzionali, è stato il motore dei processi di giuridificazione.

Inoltre, va osservato che in numerosi e rilevanti casi, specialmente laddove si è trattato di riconoscere e tutelare diritti fondamentali della persona, sono intervenute giuridificazioni non normative, ma giurisprudenziali, ad opera segnatamente della Corte di giustizia e/o della Corte europea dei diritti dell'uomo; nonché, spesso attraverso un proficuo dialogo con dette corti, reso possibile dall'utilizzo dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ad opera della Corte costituzionale e/o dei giudici amministrativi e civili, a livello nazionale. Si pensi, per esempio, all'ambito della protezione dei dati personali (v. F. Midiri, *La giuridificazione della protezione dei dati personali*, in questo volume), della tutela delle *chance* (in cui un ruolo decisivo è peraltro stato

svolto anche dalla dottrina, come evidenziato da Vincenzo Antonelli (*La tutela delle chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in questo volume) e, forse soprattutto, a quello della bioetica, in cui il ruolo della giurisprudenza è stato giudicato da più parti addirittura abnorme.

Il legislatore nazionale, dunque, si limita spesso a positivizzare e, se così si vuol dire, a perfezionare giuridificazioni che in prima battuta sono state condotte dai giudici europei o dai giudici domestici.

La giuridificazione pretoria per lo più è scaturita da una logica di supplenza rispetto al silenzio del diritto positivo, dovuta a un legislatore che non è in grado o non vuole intervenire, e si impernia sulla valorizzazione dei principi, i quali hanno l'elasticità per poter proficuamente rispondere alle istanze che pongono le relazioni tra ordinamento sovranazionale e internazionale da un lato e ordinamenti nazionali dall'altro (al riguardo, si veda in particolare la ricerca di base di Andrea Cardone, *Giuridificazione e tutela multilivello dei diritti fondamentali: ruolo e strumenti del giudice amministrativo*, in questo volume).

I principi vengono utilizzati dai giudici per effettuare un bilanciamento tra valori, tra interessi pubblici e diritti e interessi individuali, nonché, al contempo, tra diversi interessi pubblici e/o tra diversi diritti e interessi individuali, ai fini della soluzione del caso concreto di volta in volta affrontato.

Non a caso si parla, da parte di alcuni, di giudici 'creatori di diritti' e 'costruttori di ordinamenti'.

Tale bilanciamento rischia, tuttavia, di essere cronicamente instabile, e quindi insuscettibile, in quanto tale, di garantire una giuridificazione intesa alla stregua di un fenomeno di sistemazione e razionalizzazione ordinamentale. La giuridificazione pretoria è, infatti, orientata a tutelare i diritti delle persone nel caso concreto più che a implementare determinati disegni normativi, o a garantire la tutela di uno specifico interesse pubblico (per quanto alcuni giudici, come segnatamente la Corte di Giustizia europea, siano più sensibili di altri all'esigenza di 'costruire' un disegno ordinamentale razionale e coerente).

Non solo. Il ruolo di supplenza di cui si sentono investiti i giudici è suscettibile di generare una giuridificazione in cui l'urgenza di dare una risposta a istanze inedite legate a interessi sensibili potrebbe mancare di considerare adeguatamente la portata sistematica (e in termini di sostenibilità finanziaria, ad esempio) degli interventi giudiziari.

Peraltro, l'influenza del precedente giurisprudenziale, anche in un contesto di *civil law* come quello nostrano, è percepita con crescente intensità e, recentemente, è stata in qualche modo perfino positivizzata (nell'art. 99, co. 3, c.p.a.). Anche questo dato pare tutt'altro che trascurabile, nella misura in cui rafforza il ruolo sostanzialmente nomopoietico della giurisprudenza, la cui compatibilità con l'ordinamento costituzionale appare condizionata alla qualità della le-

gislazione. Ciò, tuttavia, a sua volta innesca una sorta di corto circuito logico: il ruolo del giudice a tutt'oggi per lo più scaturisce dall'esigenza di colmare le lacune e le aporie della legislazione. Al tempo stesso, tuttavia, esso appare coerente con il nostro ordinamento costituzionale solo a condizione che la 'materia prima' utilizzata dal giudice, ossia il diritto positivo, sia sufficientemente razionale e coerente (sebbene non necessariamente iper-dettagliato: come detto a proposito degli strumenti di *soft law*).

Da questo *impasse* si esce solo ridisegnando il ruolo della giurisprudenza e, in particolare, declinando tale ruolo non già in chiave di *supplenza* rispetto ai doveri incompiuti del legislatore, ma, piuttosto, in termini di costante intermediazione creativa tra il piano delle regole generali ed astratte (in particolare quelle espresse con la formulazione dei principi) e le specificità delle mutevoli fattispecie concrete di volta in volta sottoposte al sindacato.

Quanto sinora si è detto trova, nei singoli contributi, costanti riferimenti.

Un'espansione discutibile del ruolo dei giudici nei processi di giuridificazione è messa in luce, ad esempio, da Francesco Farri (*Il ruolo del giudice nella giuridificazione del diritto tributario*, in questo volume), il quale rileva come, con riguardo all'elaborazione pretoria in materia di abuso del diritto nel settore tributario, si assista ad un potere creativo del giudice (in vera e propria *sostituzione* delle scelte operate dal legislatore democraticamente eletto), che neppure negli ordinamenti di *common law* sarebbe considerato corretto e ammissibile, soprattutto ove se ne consideri l'incidenza sugli obblighi impositivi dei contribuenti.

Lo stesso può dirsi se si considerano le sentenze rese in tema di cure sperimentali (vicenda Stamina), in cui il giudice ha espanso pericolosamente il proprio *judicial activism* fino a delegittimare «le altre e ordinarie forme della produzione giuridica» e a far sorgere interrogativi sulla sua legittimazione alla luce del noto interrogativo «who guards the guardians» (v. F. Cortese, S. Penasa, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in questo volume).

D'altro canto, gli orizzonti d'azione del giudice 'costruttore dell'ordinamento' sono oggi resi più aperti dall'esistenza di canali privilegiati di dialogo diretto con le corti europee (Corte di giustizia e Corte EDU), grazie ai quali lo stesso ambito normativo in cui il giudice opera si è notevolmente dilatato: non solo il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 T.F.U.E., ma anche il rinvio consultivo introdotto di recente dal Protocollo 16 della CEDU consentono, infatti, alle giurisdizioni nazionali un costante e fattivo dialogo con la giurisprudenza delle due corti, attraverso il quale la soluzione del caso può (e dovrebbe) avvenire alla luce di un quadro normativo multilivello (v. A. Cardone, *Giuridificazione e tutela multilivello dei diritti fondamentali: ruolo e strumenti del giudice amministrativo*, in questo volume).

6. *La complessità e l'eterogeneità dei processi di giuridificazione. Giuridificazione-unificazione o giuridificazione-frammentazione?*

L'analisi sinora condotta ci ha consegnato un quadro connotato da una spiccata complessità, rispetto alla quale è stato indispensabile, nell'ottica di una possibile sintesi, intraprendere una preliminare attività di semplificazione e schematizzazione.

I processi di giuridificazione sono stati considerati sotto diversi punti di vista.

Assumendo come angolo prospettico quello dei 'punti di arrivo e punti di partenza' della giuridificazione, si è distinto tra: de-settorializzazione (passaggio da ordinamenti particolari all'ordinamento generale); amministrativizzazione (passaggio dal diritto privato al diritto amministrativo); iper-amministrativizzazione (arricchimento degli strumenti di tutela, tutti afferenti all'area del diritto amministrativo).

Volendo, invece, esaminare le *tecniche* attraverso cui la giuridificazione si è realizzata, si sono rintracciate almeno tre dinamiche principali: l'entificazione di soggetti giuridici cui viene assegnata la cura dei 'nuovi' valori o interessi, il conferimento ai predetti soggetti dei poteri amministrativi necessari alla cura dei suddetti valori o interessi e, soprattutto, il riconoscimento di 'nuove' situazioni giuridiche soggettive alle quali viene assicurato un regime di giustiziabilità.

Tanto premesso circa il *come* della giuridificazione, l'analisi si è indirizzata sul tema dei soggetti maggiormente implicati nel processo in esame.

In quest'ottica è stato considerato il fenomeno della giuridificazione di matrice pretoria, evidenziandone le possibili criticità. Tra queste, quella più allarmante concerne il pericolo di un generale indebolimento della 'intelaiatura sistemica' dell'ordinamento.

Sul punto non paiono condivisibili le posizioni che, rifacendosi ad un'impostazione neopositivista, intravedono nel crescente ruolo della giurisprudenza un fattore di frammentazione ordinamentale e, in definitiva, un pericolo per la tenuta del sistema (ammesso che tale sistema sia effettivamente rintracciabile nel diritto positivo, ma sul punto cfr. *infra*).

Invero, la sensazione che si trae dalle analisi svolte nei singoli contributi è che tale frammentazione (quale temuto esito del ricorso all'ermeneutica per principi e dell'adozione di un approccio di *case law*) non sia un male in sé. Lo stesso termine *frammentazione* potrebbe indurre in equivoco poiché sembra alludere a un fenomeno di repentina disgregazione di un qualcosa destinato a una statica unitarietà. L'ordinamento giuridico, di contro, è un 'corpo vitale', rispetto al quale non possono considerarsi di per sé patologici i processi attraverso cui singole componenti assumono connotati di specialità ovvero di reciproca differenziazione.



In quest'ottica, è agevole riscontrare come in molte ipotesi siano tutt'altro che auspicabili massicci e pervasivi interventi legislativi.

Si considerino, in particolare, i casi nei quali appare necessario, o quanto meno opportuno, per le ragioni che si sono indicate, l'utilizzo di strumenti di *soft law*, di cui la giurisprudenza è la principale fautrice. In tali casi, più che di frammentazione sarebbe opportuno parlare di proficua differenziazione, la quale, a dispetto delle immediate apparenze, non contrasta, ma anzi contribuisce a realizzare l'esigenza di unitarietà dell'ordinamento, intesa come costruzione di regole idonee a garantire standard di tutela equivalenti per situazioni uguali, e differenti per situazioni tra loro diverse.

Inoltre, preme sottolineare che, a ben vedere, non è solo il giudice, con la sua tecnica di decisione *case by case*, a produrre 'disomogeneità'. Spesso tale disomogeneità è volutamente perseguita anche nell'ambito di processi di giuridificazione che si affidano agli strumenti normativi classici.

Si pensi, ad esempio, al diritto dell'Unione europea. Esso dimostra come proprio l'equilibrio tra le esigenze di uniformità e di differenziazione abbia guidato (e reso spedito e possibile) il processo di integrazione giuridica e, più in generale, l'equilibrio tra il diritto comune europeo e i diritti nazionali degli Stati membri.

L'azione dell'Unione europea, infatti, non mira a produrre necessariamente uniformità giuridica: questa è perseguita solo se indispensabile per la realizzazione degli obiettivi del Trattato. Laddove una differenziazione sia possibile (e positiva), l'ordinamento comunitario tollera – e anzi preserva – le specificità nazionali, in quanto fonte di effettività delle regole di volta in volta formulate.

Le recenti vicende legate alla *governance* bancaria e finanziaria sono significative di questo approccio: un certo grado di differenziazione è stato ammesso finché la crisi finanziaria non ha indotto ad un ripensamento del sistema, inducendo ad uno spostamento verso l'alto di funzioni di regolazione (che prima erano esercitate a livello nazionale e sulla base della normativa degli Stati) con la conseguente uniformazione delle differenti realtà nazionali.

In altri settori, una significativa omogeneità non è (ancora) presente, né desiderabile: si consideri, a questo proposito, quanto messo in luce da Margherita Ramajoli (*La giuridificazione del settore alimentare*, in questo volume) in tema di sicurezza alimentare e disciplina della immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, in cui esigenze di flessibilità (e differenziazione) continuano ad ispirare le regole che disciplinano le decisioni in materia.

In estrema sintesi: omogeneità e unificazione normativa non sono necessariamente un bene. Non lo sono quando, in particolare, esigenze di pluralismo consigliano un approccio differenziato, quando le specificità culturali e nazionali ne risulterebbero inutilmente compresse (si pensi al margine di apprezzamento della Corte di Strasburgo), quando un approccio generale risulterebbe inadat-

to ad offrire una risposta equa, in definitiva quando la complessità del fenomeno da regolare richiede una risposta giuridica altrettanto complessa e articolata.

Naturalmente, le differenziazioni non devono essere caotiche, discriminatorie o foriere di inefficienze, sicché è la costante ricerca di un equilibrio tra i due fattori (della differenziazione e della uniformità) o il loro giusto dosaggio a conferire adeguatezza e proprietà all'intervento normativo.

### 7. *Il rapporto tra giuridificazione e scienza*

Nei paragrafi che precedono si è detto di come lo sviluppo scientifico e tecnologico sia spesso elemento propulsore dei processi di giuridificazione. Occorre ora interrogarsi sul ruolo che, in concreto, la scienza svolge nei fenomeni di giuridificazione, siano essi di matrice legislativa ovvero giurisprudenziale.

Se è la scienza a produrre la necessità di un mutamento della disciplina giuridica, di questa stessa scienza dovrà tenersi conto nel disciplinare la nuova realtà e gli interessi che in essa sono emersi. In una qualche misura, infatti, il diritto – la soluzione giuridica – deve incorporare il dato scientifico, deve basarsi su esso, a pena di risultare altrimenti irragionevole.

Il rapporto tra scienza e giuridificazione è emerso in modo particolare in alcuni contributi: quello sul principio di precauzione, in cui l'incertezza della scienza ha prodotto la enucleazione di un principio generale nuovo, destinato a regolare il rapporto tra potenziali rischi per l'ambiente e la salute umana e il controllo sulle attività economiche private; quello in tema di bioetica e biodiritto, in cui il progresso scientifico ha posto le condizioni per la nascita di nuovi diritti e pretese qualche decennio prima impensabili; quelli sulla proprietà industriale, sul diritto d'autore e sulla protezione dei dati personali, in cui lo sviluppo tecnologico ha reso obsoleta e incompleta la disciplina previgente e reso necessaria, almeno in ambiente europeo, l'istituzione di regolatori pubblici e di strumenti di *enforcement* amministrativi in aggiunta o in sostituzione della sola protezione civilistica.

Il modo in cui le conoscenze scientifiche devono incanalarsi nelle decisioni pubbliche poggia su diverse tecniche.

Nel caso del principio di precauzione (v. M. Allena, *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in questo volume), la Corte di giustizia è stata chiara nell'indicare la necessità di un doppio passaggio nella procedura decisoria pubblica, relativi il primo al *risk assessment*, e il secondo al *risk management*.

L'accertamento del rischio deve essere pregiudiziale rispetto alla decisione su come gestirlo e deve rispondere ad alcuni requisiti, quali l'aggiornamento del dato scientifico, la sua rivedibilità nel tempo, l'indipendenza del soggetto accertatore, la minuziosità e il rigore scientifico delle operazioni di valutazione.

Sarà poi nel momento della gestione del rischio – separato e conseguente rispetto al primo – che considerazioni di opportunità e opzioni culturali potranno rilevare ai fini di giustificare l'una o l'altra decisione.

Insomma, la scelta precauzionale deve comunque fondarsi su una rappresentazione del rischio seria, scientificamente attendibile e affidata a organi tecnici e imparziali rispetto al decisore pubblico.

Lo stesso vale nell'ambito del biodiritto: qui la giuridificazione (sia essa di matrice pretoria ovvero legislativa) non dovrebbe prescindere dall'attenta considerazione dei dati scientifici e dalla specificità dei casi, pena altrimenti la formulazione di norme giuridiche che possono essere percepite dalla comunità scientifica e dall'opinione pubblica come eccessivamente rigide o inefficaci.

Ovviamente, resta da stabilire come assicurare l'effettivo 'interscambio' tra scienza e diritto, garantendo altresì un'adeguata flessibilità della risposta normativa ai problemi posti dalla contemporaneità.

L'Italia non appare, al riguardo, ancora attrezzata: non sono previsti né organi tecnici specializzati e indipendenti in grado di assicurare la necessaria flessibilità della disciplina (sul modello, ad esempio, di quanto accade nel Regno Unito o in Francia), né è stabilito un dialogo istituzionale con la scienza all'interno del procedimento legislativo, ciò che invece contraddistingue altre esperienze europee, in cui un'apertura del legislatore sia alla *expertise* che alla società civile (si pensi agli *Etats généraux de la bioéthique* in Francia e alle consultazioni della società civile nel Regno Unito) è considerata necessaria per assicurare un'adeguata compenetrazione tra dato scientifico e volontà generale.

Né, a monte di quanto si è detto, è prevista, nei percorsi italiani di formazione giuridica, alcuna strutturale componente di interdisciplinarietà. In tal senso le, pur frequenti, iniziative dei singoli docenti si collocano in un quadro generale in cui la scienza giuridica è ancora intesa come disciplina autosufficiente e financo autoreferenziale, la quale – a tutto concedere – può essere portata a dialogare con la sociologia, l'economia o la filosofia, non di certo con quelle che, con termine non privo di una leggera sfumatura negativa, vengono ancora chiamate le scienze dure. Tutto ciò, ovviamente, si riverbera in un impoverimento del dibattito giuridico, che troppo spesso, proprio per i suoi contenuti eccessivamente 'rarefatti', rischia di non fornire alcun utile contributo a coloro che, in concreto, sono chiamati all'applicazione delle norme.

#### 8. *Giuridificazione e impronta culturale*

Il rapporto tra scienza e diritto rappresenta un risvolto, certamente connotato da una particolare complessità, di un più ampio tema, quello inerente il tipo di relazione che sussiste tra i fenomeni di giuridificazione e l'identità culturale che il corpo sociale esprime in un determinato momento storico.

In materia ambientale, ad esempio, l'ampliamento dell'area del giuridicamente rilevante è scaturita da una progressiva presa di coscienza della fitta rete di interconnessioni che innervano le componenti della biosfera, e, soprattutto, dei complessi rapporti di causa effetto sussistenti tra i processi di degenerazione delle matrici ambientali e degli ecosistemi e i rischi per la salute dell'uomo e, financo, per la sopravvivenza della specie umana.

La scienza, in questo senso, ha svolto un importante ruolo di 'disvelamento'. A tale disvelamento ben presto ha fatto seguito un più corale processo di transizione culturale, il quale – pur senza elidere l'impostazione spiccatamente antropocentrica tipica della cultura occidentale – ha progressivamente attratto nell'area del (politicamente e) giuridicamente rilevante gli obiettivi di salvaguardia dell'ambiente, ivi comprese le aree non antropizzate (v. A. Giannelli, *La giuridificazione dell'ambiente*, in questo volume).

La giuridificazione ha dunque recepito, e in qualche modo portato a rielaborare, un previo processo evolutivo di tipo culturale. Un fenomeno analogo si è registrato con riferimento alla disciplina sulla protezione degli animali, la quale ha indubbiamente tratto le proprie premesse dal superamento di una concezione del mondo animale quale fonte esclusiva di utilità ovvero – più recentemente – di vero e proprio intrattenimento per il genere umano.

In termini simili sembra possano leggersi anche i tentativi in atto circa la predisposizione di una disciplina positiva volta al contrasto dello spreco alimentare, la quale risente in senso decisivo dell'accresciuta, ma invero potrebbe dirsi anche del tutto inedita, sensibilità verso i temi della lotta alla fame e all'indigenza.

Si può, ovviamente, discutere dell'attitudine del diritto positivo nel rispondere in modo efficiente e 'definitivo' alle finalità di interesse pubblico sopra evocate, il cui substrato etico è talmente forte da rendere l'approccio giuridico inevitabilmente limitato e limitativo.

Quel che, però, non pare seriamente revocabile in dubbio è il rapporto di interazione costante che sussiste (e deve sussistere) tra il dato culturale e il dato giuridico.

Questo rapporto, a ben vedere, si atteggia in veste 'bidirezionale'.

Se, come si è appena visto, è innegabile che il diritto rifletta l'identità culturale della collettività su cui viene a incidere, è altrettanto vero che il diritto stesso può, anzi deve, rappresentare uno strumento di transizione verso nuovi orizzonti di democraticità dell'ordinamento e del vivere sociale.

In altre parole, il diritto non può limitarsi a 'fotografare' la realtà, declinando l'esistente in termini giuridici. Il ruolo del diritto deve, piuttosto, assumere un connotato propulsivo, il cui fondamento non può – ovviamente – che rinvenirsi nella Carta costituzionale, nelle Carte europee e nella necessità di conferire effettività ai valori ivi espressi.

In questo senso, dunque, la giuridificazione diviene una tecnica di attuazione del dettato costituzionale, e di valorizzazione della sua intrinseca plasticità.

Accogliendo questa prospettiva costituzionalmente orientata, la giuridificazione 'propulsiva' (ossia quella volta ad 'accendere' consapevolezze non del tutto emerse nella cultura 'di massa') va preservata da inaccettabili derive ideologiche.

In questa direzione, tuttavia, la strada da compiere pare ancora lunga. Ne è la riprova il carattere purtroppo ancora fortemente 'divisivo' della disciplina giuridica sulla bioetica, rispetto alla quale l'attrazione nell'area della rilevanza giuridica ha, paradossalmente, rievocato contrapposizioni ideologiche e culturali che in molti ritenevano confinate nella storia politica degli scorsi decenni. Di qui l'esigenza di gestire i processi di giuridificazione con un approccio 'dialogante', che sappia tenere in debita considerazione il pluralismo etico tipico della società odierna, e, al tempo stesso, riesca a tradurre in scelte razionali e dunque 'credibili' le acquisizioni della scienza contemporanea.

### *9. I limiti ai processi di giuridificazione (e a quelli di de-giuridificazione) nella prospettiva dell'unificazione europea*

L'impostazione metodologica della ricerca ha richiesto di dedicare ampio spazio all'analisi retrospettiva, nel tentativo di cogliere nella 'storia giuridica' degli ultimi 150 anni i tratti ricorrenti del fenomeno della giuridificazione, intrinsecamente eterogeneo per 'fonti' e caratteristiche.

La componente retrospettiva della ricerca, tuttavia, non può esimere da una riflessione finale sui limiti che i fenomeni di giuridificazione e de-giuridificazione devono osservare per rimanere coerenti con il vigente quadro costituzionale, oltre che con il processo di integrazione europea.

Un ruolo di primissimo rilievo è svolto in tal senso dal rispetto dell'autonomia individuale e sociale delle persone, che nessun processo di giuridificazione può in alcun modo intaccare. In quest'ottica, l'approccio del diritto non può, evidentemente, esaurirsi nell'osservanza di una serie di doveri di astensione. La tutela delle libertà fondamentali, al contrario, impone, soprattutto in contesti di crisi economica come quello odierno, una serie di interventi attivi volti a precostituire le condizioni indispensabili per l'esercizio di una autentica autodeterminazione, il cui presupposto indefettibile è rappresentato dall'emancipazione da situazioni di indigenza ed esclusione sociale. Da questo punto di vista, dunque, il limite della giuridificazione viene a coincidere anche con il suo primario obiettivo finale, quello di garantire effettività ai diritti fondamentali della persona.

L'intervento del diritto, ovviamente, deve esprimersi con modalità improntante al rispetto del principio di sussidiarietà, il quale ci è stato per così dire ri-consegnato dal diritto europeo, che ne ha fatto uno dei propri imprescindibili capisaldi.

Non è questa la sede, ovviamente, per attardarsi nella descrizione della duplice accezione del principio in esame. Tanto la sussidiarietà verticale quanto – e forse soprattutto – la sussidiarietà orizzontale esprimono l'idea di un necessario arretramento del diritto in senso lato (sia esso inteso in veste di attività normativa ovvero di attività amministrativa) rispetto a realtà che non necessitano di una etero-regolamentazione. In quest'ottica, la sussidiarietà si colloca in un terreno di forte prossimità concettuale con il principio di proporzionalità, il quale, nella sua accezione più ampia, impone che la 'risposta del diritto' rispetto a situazioni che necessitano di essere regolamentate incida il meno possibile nella sfera di libertà dei destinatari delle regole formulate, senza che ciò – ovviamente – pregiudichi gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla formulazione delle regole in questione.

Tanto la sussidiarietà quanto la proporzionalità si prestano, ovviamente, a molteplici letture. Non sono mancate, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, interpretazioni orientate a valorizzare la componente 'negativa' dei principi in questione, intesa come dovere di astenersi da iniziative di giuridificazione che possano sacrificare inutilmente gli spazi di autoregolamentazione di cui i singoli e le comunità sono protagonisti. Questa componente certamente cattura una importante frazione della semantica dei principi in questione. Tuttavia, non si può trascurare anche il risvolto attivo che tali principi innegabilmente esprimono, sia pure in modo, forse, meno immediato. L'aspirazione ad un diritto 'leggero', ossia scevro da ambizioni di onnicomprensività, sottintende, infatti, un contesto ordinamentale caratterizzato dalla presenza di un patrimonio condiviso di valori e principi di riferimento, i quali possano fornire un 'tessuto connettivo' idoneo a scongiurare i ben noti rischi di disgregazione ordinamentale e, ancor prima, sociale. In questo senso, la lotta alle disuguaglianze nell'accesso ai servizi essenziali rappresenta, ancora una volta, un presupposto indefettibile per preconstituire il clima culturale necessario per ragionare in termini non meramente utopistici di un diritto orientato a favorire processi di giuridificazione mite.

Proseguendo nell'analisi sui limiti della giuridificazione occorre poi menzionare il rispetto della libertà di ricerca scientifica. La scienza, come si è visto, sottopone al giurista problemi inediti, rispetto ai quali occorre fornire risposte in grado di condizionare anche la qualità della vita delle generazioni future. Le risposte del diritto possono, ovviamente, incidere sull'utilizzo dei risultati cui la scienza è pervenuta. Di contro, al diritto dovrebbe essere precluso, tolti i casi eccezionali in cui sia in pericolo il rispetto della dignità umana, di incidere sulla percorribilità stessa di determinati percorsi di ricerca scientifica. In termini di brutale semplificazione: il diritto avrebbe potuto e dovuto impedire l'uso delle armi atomiche, ma, di contro, non avrebbe potuto ostacolare il progresso della fisica nucleare, da cui sono scaturite im-

portantissime e ‘virtuose’ applicazioni pratiche (si pensi, ad esempio, a tutto il ramo della diagnostica).

La libertà scientifica, peraltro, non può dirsi adeguatamente tutelata solo astenendosi dalla formulazione di divieti, i quali comunque, in un contesto ordinamentale e culturale come quello odierno, probabilmente non supererebbero lo scrutinio di legittimità costituzionale cui tali ipotetiche norme di divieto verrebbero di certo sottoposte. Essa va tutelata con interventi ‘in positivo’, ossia attraverso un adeguato supporto, anche e soprattutto economico, al mondo della ricerca, per far sì che esso continui a rappresentare una prospettiva realistica ed accessibile anche per le nuove generazioni di (potenziali) studiosi. In quest’ottica, le sinergie con il privato si sono rivelate virtuose e hanno spesso assicurato continuità e prospettive di crescita, oltre a rilevanti percorsi di ricerca scientifica. Tuttavia, pare fondamentale altresì un incremento degli investimenti pubblici nella ricerca scientifica, in assenza dei quali tutte le affermazioni sull’importanza della libertà scientifica rischiano di esaurirsi in una sterile retorica propagandistica.

Nel quadro sinora delineato si è sfiorato, sia pur incidentalmente, il tema dei ‘costi’, su cui occorre a questo punto spendere qualche parola.

La giuridificazione non è fenomeno economicamente neutro. La predisposizione di sistemi di tutela di nuovi valori o interessi comporta (o meglio dovrebbe comportare, nell’ottica della effettività), da parte dell’ordinamento, la predisposizione di adeguati strumenti di *enforcement*, i quali spesso implicano processi di entificazione (cui si associano inevitabili flussi di spesa di risorse pubbliche) e in ogni caso impongono il compimento di attività di controllo, di prestazione ed – eventualmente – di repressione, anch’esse non prive di rilievo economico. Tutto ciò, ovviamente, impone di assumere, rispetto ai processi di giuridificazione, un approccio scevro da connotazioni ideologiche e pragmaticamente orientato ad un modello di azione basato su una lista di priorità quando possibile condivise. Come sopra si è visto, la protezione giuridica, per essere effettiva, deve essere ‘dispendiosa’, ovviamente sul lato pubblico. Di qui l’esigenza di individuare gli interessi da tutelare all’esito di un disincantato processo di ponderazione del peso specifico delle varie esigenze di tutela manifestate dal corpo sociale, adottando, come principale criterio di apprezzamento, quello del grado di prossimità dell’interesse considerato rispetto al perimetro dei principi costituzionali.

La crisi economica, in questo contesto, ha svolto un ruolo decisivo, sia pure connotato da un certo grado di ambivalenza.

Da un lato, infatti, la scarsità di risorse finanziarie ha rappresentato il motore di diversi processi di giuridificazione, per lo più finalizzati a una regolazione efficiente dei rapporti economici, nonché a una più generale ‘moralizzazione’ dei mercati. In questo senso la giuridificazione sembra avere in parte assunto le for-

me di un neo-umanesimo, e ciò pure in sede europea, ove – in un tempo relativamente breve – si è assistito al superamento dell'originaria impostazione esclusivamente mercantilistica in favore anche della progressiva affermazione di una sensibilità che appare più calibrata sulle esigenze della persona. Di ciò le politiche di coesione appaiono fornire una tangibile testimonianza.

Al tempo stesso, però, è innegabile che la crisi economica rappresenti anche un fattore di de-giuridificazione, nella misura in cui impone di discernere tra gli interessi di urgente ed irrinunciabile giuridificazione e quelli che, invece, non possono trovare nel diritto (*melius* nel diritto amministrativo) un'adeguata protezione, se non al prezzo di una intollerabile compressione di valori o interessi dotati di una più consistente copertura costituzionale.

La de-giuridificazione è, evidentemente, un processo molto più delicato della giuridificazione, giacché può recare con sé il rischio di inaccettabili arretramenti sul fronte della salvaguardia dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale.

Sotto questo profilo il ruolo del giurista contemporaneo risulta particolarmente complesso, nella misura in cui consiste in un'opera di accurato bilanciamento tra le esigenze di effettività della protezione giuridica (che ostano a scelte di iper-protezione o di protezione generalizzata) e quelle di irrinunciabile attuazione dei principi e dei valori costituzionali.



STUDI



LA GIURIDIFICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE:  
TUTELA ANTICIPATA V. LEGALITÀ-PREVEDIBILITÀ  
DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

*Miriam Allena*

SOMMARIO – 1. Premessa introduttiva: il principio di precauzione tra incertezza scientifica ed esigenze di regolazione del rischio. 2. La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento internazionale ed europeo tra *soft law* e prassi giurisprudenziale. 3. La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento italiano. 4. Principio di precauzione e ordinanze ministeriali adottabili ex artt. 301 e 304 del Codice dell'ambiente: un conflitto latente con il principio di legalità sostanziale. 5. Principio di precauzione *v.* principio di legalità tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. 6. La giuridificazione del principio di precauzione come obbligo del cittadino nei rapporti pubblicistici e interprivati. 7. Conclusioni.

*1. Premessa introduttiva: il principio di precauzione tra incertezza scientifica ed esigenze di regolazione del rischio*

L'adozione di misure fondate su una (più o meno ampia) anticipazione della soglia di tutela per gestire i rischi nelle situazioni di incertezza è fenomeno che caratterizza, si direbbe da sempre, le politiche pubbliche. Un chiaro esempio sono gli interventi dei Governi a tutela della salute e della sicurezza dei cittadini e volti a prevenire il diffondersi di epidemie: situazioni di questo tipo hanno probabilmente rappresentato, dal punto di vista storico, il primo esempio di approccio precauzionale o 'cautelativo' in contesti in cui le conoscenze scientifiche non consentivano di escludere, ma nemmeno provavano con certezza, il carattere rischioso di un comportamento o di una attività (Manfredi, 2004; Zei, 2008: 673; Trimarchi, 2005).

Il substrato teorico del principio di precauzione come oggi lo intendiamo è però da rinvenirsi in quelle elaborazioni che, a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, hanno ridimensionato la presunta 'certezza' del sapere scientifico, attraverso la dimostrazione di come quest'ultimo finisca spesso per fornire solo delle ipotesi ricostruttive le quali ben possono venire smentite da successive evidenze empiriche (Popper, 1970; Popper, Lorenz, 1989; Beck, 2000). In questo contesto, la precauzione è venuta a configurarsi come una sorta di reazione alla incertezza delle acquisizioni scientifiche (Tallacchini, 1999: 57 sgg.; Marino, 2011; Cassese, 2001: 329 sgg.) e ha consentito di offrire tutela anche a fronte di eventi dannosi meramente probabili, quando l'incompletezza dei dati

scientifici a disposizione non permetteva di affermare con sicurezza l'esistenza di un rischio (Auby, 2001; Morris, 2002; De Sadeleer, 2001a; Savona, 2010 e 2013; Douglas, Wildavsky, 1982; Douglas, 1991).

Non è un caso che, a livello europeo, una 'logica precauzionale' fosse rinvenibile già in alcune Direttive comunitarie degli anni Sessanta, per esempio in materia farmaceutica o di circolazione di sostanze pericolose (Christoforou, 2002; Gilberti, 2013)<sup>1</sup>. Da questo punto di vista, appare invece singolare che la vera e propria emersione giuridica del principio, a partire dagli anni Novanta, sia avvenuta in materia ambientale (v. *infra*, par. 2), ossia in un settore nel quale, almeno all'inizio, un approccio di tipo cautelare era certamente molto meno scontato, specie se riferito alla protezione dell'ambiente in se stesso e non in funzione della tutela della salute umana (Jonas, 1990; Tallacchini, 1996; Fracchia, 2010: 91 sgg.)<sup>2</sup>.

In una prospettiva sociologica, si è sostenuto che il principio di precauzione rappresenti la risposta dei governanti alla tendenza, propria della società moderna, di attribuire a essi la responsabilità di eventi dannosi che, in passato, venivano imputati alla natura, al fato o alle divinità (Luhmann, 1996). In questo senso la precauzione si configurerebbe come un tentativo delle autorità pubbliche di trasferire in capo ad altri (ai singoli o alla società) l'onere e i costi della gestione del rischio, oltre alla eventuale connessa responsabilità laddove le misure cautelative non siano adottate (o non siano adeguate) e l'evento dannoso si verifichi in concreto. Tale trasferimento di responsabilità si attuerebbe, ad esempio, per il tramite di una particolarmente rafforzata partecipazione procedimentale (Monaco, 2014; Spuntarelli, 2014; De Leonardis, 2006)<sup>3</sup>: il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte di gestione del rischio consentirebbe infatti di legittimare (cioè di rendere accettabili) le relative decisioni assunte dai pubblici poteri (Luhmann, 1995; Romano Tassone, 2013). D'altro canto, è altresì vero che la partecipazione della società alle scelte di gestione del rischio, quantomeno in termini di condivisione e di integrazione dei risultati della ricerca scientifica nel dibattito pubblico, potrebbe favorire decisioni maggiormente ponderate e, in generale, accrescendo la consapevolezza delle conseguenze negative che possono derivare da determinate azioni umane, promuovere comportamenti più virtuosi da parte dei consociati (Benvenuti, 2006).

Sotto il profilo più strettamente giuridico, una delle più evidenti conseguenze che derivano dall'applicazione del principio di precauzione è però l'allentamento del principio di legalità dell'azione amministrativa, declinato come esigenza di certezza del diritto (Ferrara, 2014a e 2014b), ossia di necessaria predefinizione legislativa dei contenuti del potere (legalità sostanziale) con conseguente compromissione della prevedibilità, da parte del cittadino, delle scelte amministrative (Corso, 2011). Tuttavia, la risposta a tale problematica non

può essere, evidentemente, che la legge debba regolare *ex ante* tutte le situazioni che potrebbero prodursi in concreto: è infatti fisiologico – e perfino necessario – che residui in capo alla pubblica amministrazione un margine di scelta ed è in quest’ambito che il principio di precauzione dovrebbe trovare la sua naturale collocazione, come uno dei limiti interni della discrezionalità amministrativa (Renna, 2016: 3; Cognetti, 2014). Ciò è quanto accade normalmente nel caso di provvedimenti autorizzatori: si pensi, per esempio, alle numerose autorizzazioni in materia ambientale o a quelle che devono precedere l’immissione in commercio di un farmaco (Bertarini, 2016) le quali, di regola, sono rilasciate sulla base di valutazioni discrezionali compiute anche alla luce del principio di precauzione. In tali casi, peraltro, il potere di autorizzare o di vietare una determinata attività trova in genere fondamento e giustificazione in una norma di legge nella quale sono fissati i criteri che devono orientare la scelta dell’amministrazione (Spuntarelli, 2014, III: 2).

Viceversa, un problema di lesione del principio di legalità declinato in termini di certezza-prevedibilità si pone nel momento in cui il principio di precauzione venga utilizzato come «canone interpretativo della disciplina di settore» per fondare letture sostanzialmente creative delle disposizioni di legge<sup>4</sup>: in questi casi, un potere amministrativo non (o, meglio, non necessariamente) discrezionale viene esercitato in modo non conforme alla lettera e allo spirito della norma con il risultato di restringere la sfera giuridica dei destinatari (in particolare, incidendo sulle loro libertà economiche) secondo percorsi che sfuggono a una reale prevedibilità da parte degli stessi. Una male intesa esigenza di tutela di beni fondamentali come la salute o l’ambiente finisce cioè per consentire all’amministrazione di ricostruire in modo largamente imprevedibile la disciplina di legge inventandone una più rigorosa fondata su un generico – quanto pericoloso – principio di precauzione (Dell’Anno, 2016).

Quando poi il contrasto tra il dato letterale e la interpretazione alla luce del principio di precauzione che dello stesso si vorrebbe proporre è troppo palese, la giurisprudenza tenta addirittura di disapplicare la normativa nazionale. La vicenda recentemente decisa dalla Corte di Giustizia in tema di danno ambientale ne è una chiara dimostrazione: una parte della giurisprudenza italiana, teorizzando una pretesa incompatibilità delle scelte legislative interne con una serie di principi del diritto europeo dell’ambiente tra i quali, appunto, il principio di precauzione, proponeva una interpretazione della disciplina sulle bonifiche che aggravava fortemente la posizione del proprietario incolpevole, in contrasto con precise opzioni legislative<sup>5</sup>. La Corte di Giustizia, investita della questione dall’Aduanza plenaria del Consiglio di Stato, non ha potuto che respingere tale proposta interpretativa in quanto, tra l’altro, in palese contrasto con la sua giurisprudenza sul principio ‘chi inquina paga’ (Goisis, Stefani, 2016; Iera, 2016, in corso

di pubblicazione)<sup>6</sup>. Tuttavia, è ben chiaro il meccanismo logico-giuridico che sta alla base di questo tentativo dei giudici amministrativi: utilizzare il principio di precauzione come un grimaldello attraverso il quale interpretare in modo maggiormente restrittivo della sfera soggettiva individuale discipline in sé compiutamente tipizzate, a tutto detrimento della garanzia di legalità-prevedibilità, da parte dei consociati, delle reazioni dell'ordinamento e, anzi, andando addirittura a modificare, in sede interpretativa, scelte già chiaramente effettuate dal legislatore.

Nel presente lavoro, dopo avere ripercorso le principali tappe del processo di progressiva giuridificazione del principio di precauzione a livello internazionale, europeo e nazionale, ci si soffermerà su una ipotesi ancora più evidente di compromissione della legalità intesa come certezza-prevedibilità, vale a dire quella che si realizza quando l'amministrazione eserciti, in applicazione del principio di precauzione, poteri atipici, il cui contenuto, cioè, non sia stato puntualmente individuato dal legislatore. Più nello specifico, si analizzerà la normativa, contenuta nel Codice dell'ambiente italiano agli artt. 301 e 304<sup>7</sup>, relativa ai provvedimenti adottabili dal Ministro dell'ambiente «in attuazione del principio di precauzione» e «in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana o per l'ambiente»: lo scopo è quello di valutare la compatibilità di tali previsioni con il principio di legalità quale delineato non solo a livello interno, ma anche nell'ambito del sistema convenzionale europeo (cioè nell'ambito dell'ordinamento CEDU) e di tentare di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di una tutela anticipata di beni fondamentali quali la salute o l'ambiente e quella, spesso confliggente, di certezza, di stabilità e di conoscibilità *ex ante*, da parte dei consociati e, in particolare, dei destinatari di misure restrittive, del quadro regolatorio (Mazzamuto, 2009; Lucarelli, 2016)<sup>8</sup>. In quest'ottica, sarà analizzata criticamente pure la tendenza espansiva del principio di precauzione che, nella legislazione nazionale, dovrebbe oramai vincolare non solo la pubblica amministrazione, ma pure i soggetti privati.

Si precisa sin da ora che la tematica ora sommariamente delineata sarà esaminata assumendo come angolo visuale l'evoluzione subita dalla regola della precauzione a partire dalla sua prima enucleazione in alcuni documenti internazionali e sino ai giorni nostri: nel testo si farà riferimento al termine 'giuridificazione' proprio per indicare le modalità attraverso le quali lo 'spazio' occupato da tale principio giuridico è mutato nel corso degli anni.

## *2. La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento internazionale ed europeo tra soft law e prassi giurisprudenziale*

Vi è tendenziale concordia sul fatto che il principio di precauzione sia 'entrato' formalmente nell'ordinamento italiano in conseguenza del recepimen-

to di elaborazioni proprie del diritto internazionale ed europeo (De Leonardis 2005: 4 sgg.; Di Benedetto, 2006; Marini, 2004; Trouwborst, 2002; Fisher, Jones, Schomberg, 2006): infatti, di precauzione si è cominciato a parlare in Germania sin dagli anni Trenta del Novecento (O’Riordan, Cameron, 1994: 12 sgg.), anche se il primo inserimento del concetto in un testo normativo (uno statuto sull’inquinamento atmosferico) come criterio guida dell’azione dei pubblici poteri risale alla metà degli anni Settanta (Boehmer-Christianses, 1994: 31 sgg.; Gragnani, 2003a; Savona, 2011b).

Quasi contemporaneamente, un ‘approccio precauzionale’ o ‘di cautela’ nei confronti dell’ambiente è emerso in alcuni documenti internazionali quali, per esempio, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull’ambiente umano del 1972<sup>9</sup> o la Carta mondiale della natura del 1982 (Trouwborst, 2002: 63 sgg.; Amirante, 2001)<sup>10</sup>. Un espresso riferimento alla ‘precauzione’ è poi comparso nel Preambolo della Convenzione di Vienna sulla protezione dello strato di ozono del 1985 ed è stato successivamente inserito in altri importanti Trattati internazionali quali la Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 o la Convenzione dell’ONU sui cambiamenti climatici dello stesso anno ove si legge che «in caso di rischi di danni gravi o irreversibili», la «mancanza di assoluta certezza scientifica» non può costituire un pretesto per omettere o ritardare l’adozione di misure precauzionali (Freestone, Hey, 1996; Foster, 2011; Scovazzi, 1992; Rossi, Jannuzzi, 2001; Manfredi, 2011)<sup>11</sup>.

Nell’ordinamento europeo, il principio è stato richiamato dal Trattato di Maastricht del 1992 che, pur senza definirlo, lo ha posto alla base della politica comunitaria sull’ambiente insieme a quella della azione preventiva, della correzione in via prioritaria alla fonte e del ‘chi inquina paga’ (Renna, 2009: 651 e 2012; Fracchia 2013: 179 sgg.; Cafagno, 2007; Ferrara, 2005; Dell’Anno, 2004; Falomo, 1992)<sup>12</sup>: in questa fase esso era dunque privo di una portata precettiva diretta negli Stati membri e aveva essenzialmente un valore programmatico per l’attività delle istituzioni comunitarie (Cassese, 1995; Cocco, 1997; Krämer, 2006; De Sadeleer, 2001b).

Dal campo ambientale il principio in esame si è poi rapidamente diffuso in una molteplicità di settori incisi dall’evoluzione tecnologica e rispetto ai quali, dunque, si poneva in termini gravi il problema della imprevedibilità degli effetti dannosi (per la salute umana e per l’ambiente) alla stessa potenzialmente connessi<sup>13</sup>. In particolare, il riferimento alla precauzione è stato trasfuso in una serie di atti di diritto comunitario derivato (che si sono affermati negli Stati membri con la primazia tipica del diritto comunitario) quali direttive, regolamenti, raccomandazioni, decisioni emanate in materia di tutela della salute e della sicurezza alimentare (Follieri, 2016; Di Benedetto, 2011; Galasso, 2006; Sollini, 2006; De Sadeleer, 2001c), di alimentazione animale, di biotecnologie, di sicu-

rezza dei prodotti e di tutela del consumatore, di aiuti di Stato, di prodotti fitosanitari, e così via (De Leonardis, 2012: 416; Fisher 2002).

Del resto, l'ampia portata precettiva del principio è stata posta in rilievo fin dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2000 (la quale rappresenta ancora oggi il documento fondamentale emanato dalle istituzioni comunitarie sul tema)<sup>14</sup> ove si precisa che la precauzione deve trovare applicazione relativamente a «tutte le decisioni politiche esercitate in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente o sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili col livello di protezione prescelto»<sup>15</sup>. D'altro canto, in tale documento emerge chiaramente pure la consapevolezza della – in qualche misura inevitabile – tensione tra le misure di cautela adottate a tutela di beni primari come la salute e l'ambiente e il rispetto delle libertà economiche, vale a dire il tema del «dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni, con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante» (punto 1 del Sommario). Non a caso, alla affermazione per la quale le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica dovrebbero «vedersi riconosciuto un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche» (par. 6.3.4) segue infatti quella per cui, al contempo, occorrerebbe «evitare un ingiustificato ricorso al principio di precauzione, che in alcuni casi potrebbe fungere da giustificazione per un protezionismo mascherato» (par. 2).

Proprio nell'ottica di individuare un punto di equilibrio tra beni e valori così contrapposti (Mazzamuto, 2009) si è mossa la Corte europea di Giustizia nel precisare (invero, anche prima che fosse emanata la richiamata decisione della Commissione europea) i limiti e le condizioni applicative del principio in esame (Marchetti, 2010; Fonderico, 2004; Bartolomei, 2001). Così, secondo i giudici del Lussemburgo, il primo presupposto per l'adozione di misure precauzionali è che vi sia la 'probabilità' di un «danno reale» derivante da un determinato prodotto o da una attività e non la mera 'possibilità' del concretizzarsi dello stesso, fondata su presupposizioni o paure; in altri termini, occorre che vi sia un vero e proprio 'rischio', fondato sulla 'probabilità' di effetti dannosi per la salute (o per l'ambiente) e non un mero 'pericolo' circa il concretizzarsi di questi ultimi<sup>16</sup>. In secondo luogo, è necessario che l'adozione di ogni misura di cautela sia preceduta da una valutazione dei rischi «la più esaustiva possibile» (in base ai dati al momento disponibili) ed effettuata sulla base di «pareri scientifici fondati sui principi dell'eccellenza, della trasparenza e dell'indipendenza» (De Leonardis, 2006)<sup>17</sup>. In altri termini, occorre che la



valutazione suddetta sia rigorosa e provenga da organi dotati di riconosciuta *expertise* nel settore considerato. Tuttavia, poiché il terreno sul quale il principio di precauzione opera è, per definizione, quello dell'incertezza scientifica, non è necessario che tale valutazione offra «prove scientifiche decisive»: l'essenza dell'approccio precauzionale risiede infatti proprio nella possibilità, per le autorità competenti, di adottare misure protettive «senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità dei rischi»<sup>18</sup> e anche quando la pericolosità e l'insidiosità di un determinato fenomeno sia sostenuta «solo da una frazione minoritaria della comunità scientifica [...], purché la credibilità e la reputazione di tale frazione siano riconosciute»<sup>19</sup>. In definitiva, la Comunicazione della Commissione sembra avere ben presente che la valutazione scientifica del rischio solleva tutta una serie di questioni legate, a tacer d'altro, al divario (talvolta anche ampio) tra le opinioni dei diversi scienziati e delle rispettive 'scuole' di pensiero, alla non neutralità della scienza rispetto ai valori etici o morali, al tema della percezione sociale del rischio che spesso contribuisce a falsarne la stessa individuazione, ancorandola a giudizi e a valutazioni soggettivi (Slovic, 2000).

Di qui il ruolo, fondamentale, della successiva fase di gestione del rischio nella quale l'autorità pubblica (cioè, *in primis*, il legislatore e, nei limiti definiti da quest'ultimo, anche la pubblica amministrazione) è chiamata a soppesare le varie alternative possibili bilanciando i dati scientifici – pur non univoci – emersi nella fase di valutazione del rischio con il livello di rischio da essa reputato accettabile in un dato momento in una determinata società. In tale contesto, un ruolo fondamentale in funzione di limite all'ampia discrezionalità dell'organo politico-amministrativo decidente è svolto dai principi di stretta necessità e di proporzionalità della misura precauzionale adottabile (Butti, 2014 e 2007; Antonioli, 2007; Sau, 2013)<sup>20</sup>: in genere, tali caratteri (necessità e proporzionalità) dovrebbero essere provati dall'autorità che adotta la misura in questione; tuttavia, come si dirà (v., *infra*, par. 5), questo criterio subisce un'eccezione in presenza di attività classificate come pericolose (in tal caso, spetta infatti al soggetto destinatario della misura precauzionale dimostrarne la non necessarietà)<sup>21</sup>. Infine, corollario di tale proporzionalità delle misure è la disponibilità dell'autorità a procedere in un secondo tempo alla rivalutazione o all'aggiornamento delle stesse in relazione all'evoluzione delle conoscenze scientifiche<sup>22</sup>.

Il caso recentemente deciso dalla Corte di Giustizia con riguardo agli ordini di abbattimento degli ulivi pugliesi colpiti dal batterio della *Xylella fastidiosa* e di quelli non interessati dalla infezione, ma situati in un raggio di 100 metri dai primi, costituisce un chiaro esempio dei percorsi logici seguiti dalla giurisprudenza comunitaria<sup>23</sup>. Le suddette misure precauzionali, con riferimento

alle piante infette, erano state adottate dalla Commissione alla luce di un parere reso dall'EFSA (l'Autorità europea per la sicurezza alimentare) nel quale, pur non essendo provata «l'esistenza di un sicuro nesso di causalità tra il batterio *Xylella* e il disseccamento rapido degli ulivi nella Regione Puglia», emergeva comunque l'esistenza di «una correlazione significativa tra tale batterio e il manifestarsi di detta patologia»<sup>24</sup>. Analogamente, anche l'abbattimento delle piante non infette ma situate in prossimità era stato suggerito dal medesimo parere dell'EFSA a giudizio della quale, poiché «la malattia si propaga da una pianta all'altra mediante insetti vettori ed [...] esiste un periodo di latenza tra l'inoculazione del batterio ad opera dei vettori e la comparsa dei sintomi [...] è essenziale, allorché vengono eradicte piante riconosciute infette, distruggere altresì tutte le altre piante situate nelle loro vicinanze»<sup>25</sup>.

La Corte, nell'interrogarsi sulla proporzionalità delle suddette misure, vista l'esigenza di «bilanciare i diversi interessi in gioco, vale a dire, da un lato, in particolare, il diritto di proprietà dei proprietari di ulivi nella Regione Puglia nonché le conseguenze economiche, sociali e ambientali per tale Regione derivanti dalla rimozione delle piante in questione e, dall'altro, l'importanza della produzione vegetale nell'Unione e l'interesse generale ad assicurare una protezione efficace del territorio dell'Unione, compresa la parte di Italia ulteriore rispetto alla provincia di Lecce, contro la diffusione del batterio *Xylella* nell'insieme di detto territorio» precisa come, nel caso di specie, si fosse ricorso alla misura comunque meno onerosa, visto che, pur non essendo esclusa la possibilità di una propagazione del batterio per distanze superiori ai 100 metri, l'obbligo in questione era stato limitato a quanto «necessario per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito», ossia la completa eradicazione del batterio.

Tra l'altro, nell'ottica del discorso che qui si sta facendo circa la necessaria prevedibilità delle misure precauzionali, è significativo che la Corte di Giustizia abbia evidenziato che le misure adottate dalla Commissione nella sua decisione di esecuzione della Direttiva del Consiglio 2000/29 in tema di protezione contro l'introduzione e la diffusione nell'Unione di organismi nocivi ai vegetali, non fuoriuscivano in alcun modo dagli obiettivi generali di tale atto legislativo (visto che la Commissione non avrebbe potuto, nell'esercizio del suo potere di esecuzione, «né modificarlo né integrarlo, neppure nei suoi elementi non essenziali»). L'art. 16 della Direttiva citata prevedeva infatti la possibilità per ciascuno Stato membro di adottare «tutte le misure necessarie per l'eradicazione o, ove non sia possibile, il contenimento degli organismi nocivi in questione» e non vi è dubbio che la necessità di contenere una epidemia ricomprenda da sempre anche la facoltà, per le autorità pubbliche, di ordinare l'abbattimento di animali o di specie vegetali che, pure non attualmente malati, potrebbero tuttavia essere vettori della malattia magari in stato di incubazione.

### 3. *La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento italiano*

Se nell'ordinamento europeo è stato grazie alla giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e alla citata Comunicazione interpretativa della Commissione che il principio di precauzione ha potuto assumere i caratteri di una vera e propria regola giuridica dal contenuto sempre meno indeterminato (De Sadeleer 2003: 258), nell'ordinamento interno il tramite per la prima giuridificazione del principio è stata invece la normativa europea secondaria emanata in attuazione dell'originario art. 174, par. 2 del Trattato CE (ora art. 191, par. 2, T.F.U.E.).

Un richiamo espresso a tale principio è però rinvenibile solo nella legge quadro del 2001 sulla esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (Merusi, 2001)<sup>26</sup> e, successivamente, nel codice del consumo del 2005 (Manfredi, 2004: 1079-1080; Acerboni, 2000; Grassi, 2001)<sup>27</sup>. Sempre nel 2005, la precauzione ha poi assunto una valenza generale grazie all'inserimento, nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, di un riferimento ai «principi dell'ordinamento comunitario» (tra i quali rientra a pieno titolo la precauzione) come canoni dell'azione amministrativa<sup>28</sup>.

Nel 2008, il c.d. terzo correttivo al Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)<sup>29</sup> ha inserito nel precedente articolato di tale testo normativo l'art. 3 *ter*, ove il principio di precauzione è enumerato tra quelli che devono informare l'azione amministrativa (e, come si è anticipato e come meglio si dirà, pure quella dei privati<sup>30</sup>) in materia ambientale. Inoltre, ha previsto, all'art. 3 *bis*, che i principi sulla produzione del diritto ambientale «posti dalla parte Prima» – dunque, anche il principio di precauzione – «costituiscono regole generali della (suddetta) materia» oltre che nell'adozione di «atti normativi, di indirizzo e di coordinamento», altresì «nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile e urgente».

Peraltro, fin dalla sua emanazione nel 2006, il codice dell'ambiente aveva posto il principio di precauzione alla base della disciplina in tema di danno ambientale contenuta nella Parte VI del medesimo testo normativo: l'art. 301, rubricato «Attuazione del principio di precauzione», prevede infatti che «in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente» debba essere assicurato «un alto livello di protezione» (c. 1). Tale norma precisa inoltre, in linea con le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, la necessità che sia effettuata una «preliminare valutazione scientifica obiettiva» del rischio (c. 2) e pone in capo all'operatore interessato obblighi di informazione nei confronti degli Enti locali coinvolti (c. 3). Infine, attribuisce al Ministro dell'ambiente (oltre a generici obblighi di informazione del pubblico circa gli effetti negativi di un determinato prodotto o processo, e alla competenza ad adottare varie iniziative al fine di ridurre il danno ambientale<sup>31</sup>), la facoltà di adot-

tare misure di prevenzione «in applicazione del principio di precauzione» e nel rispetto dei parametri (che ricalcano quelli indicati nella Comunicazione della Commissione europea del 2000) di proporzionalità, di non discriminatorietà, di piena considerazione dei vantaggi e degli oneri e di costante aderenza ai dati scientifici (c. 4).

La suddetta disciplina di cui al Codice dell'ambiente sarà esaminata criticamente nel prossimo paragrafo. In questa sede ci si limita ancora a evidenziare che, come a livello europeo, pure nell'ordinamento interno la portata applicativa del principio di precauzione è stata in genere precisata, oltre che dai giudici di merito (nelle cui sentenze, peraltro, si rinviene talora una applicazione estrema del principio), dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha, per molti versi, ripreso gli orientamenti della Corte di Giustizia in punto di limiti e di condizioni applicative delle misure di cautela.

Più nello specifico, da un lato, la Consulta ha ribadito (soprattutto in vicende riguardanti la previsione, in leggi regionali, di limiti diversi da quelli stabiliti dalla legislazione statale) la rilevanza di una adeguata valutazione del rischio compiuta da organi dotati di riconosciuta competenza tecnico-scientifica come presupposto per l'adozione di ogni misura precauzionale: su tale presupposto essa ha, per esempio, valutato con severità la sospensione, da parte di una normativa regionale, di una pratica terapeutica che era stata disposta in assenza di «specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti» e che si presentava dunque come «una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti» che avrebbero dovuto essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale (Gragnani, 2003b)<sup>32</sup>. Analogamente, e applicando il ragionamento *a contrario*, ha ritenuto costituzionalmente legittima una normativa nazionale che aveva rimosso alcuni divieti e limitazioni in tema di coltivazione di OGM contenuti in leggi regionali in quanto non fondati su una adeguata «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati»<sup>33</sup>.

D'altro canto, sempre secondo la Corte costituzionale, una volta che, alla luce di dati scientifici, il legislatore (o, per determinati aspetti, la pubblica amministrazione) abbia verificato l'esistenza di un rischio e abbia compiuto una certa scelta di gestione dello stesso, non è compito del giudice (neppure costituzionale) sostituire l'istruttoria così condotta con un proprio autonomo accertamento. In altri termini, spetta in via esclusiva al legislatore nazionale – sia in rapporto al legislatore regionale, sia in rapporto alle valutazioni eventualmente compiute da organi giurisdizionali – individuare il «punto di equilibrio necessariamente dinamico e non prefissato in anticipo»<sup>34</sup>, fra le esigenze contrappo-

ste della tutela della salute o dell'ambiente e la salvaguardia delle libertà economiche; in tale contesto, il giudice delle leggi potrà unicamente valutare la conformità a costituzione delle modalità di esercizio di tale potere.

Tale orientamento, emerso già a partire da alcune pronunce degli anni Novanta nelle quali l'adozione di misure sostanzialmente precauzionali (pur non formalmente definite come tali) veniva fondata, in assenza di altri parametri normativi, su previsioni costituzionali quali l'art. 32, che tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo, o l'art. 41, che presuppone un canone di cautela laddove statuisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (Grassi, Gagnani, 2003)<sup>35</sup>, è stato ripreso, da ultimo, nella nota decisione riguardante lo stabilimento Ilva di Taranto. In tal sentenza, i giudici costituzionali hanno infatti ritenuto non sufficiente un generico richiamo al principio di precauzione per fondare la illegittimità di previsioni legislative che, a seguito di un delicato bilanciamento tra diritti fondamentali (il diritto alla salute e quello all'ambiente salubre di cui all'art. 32 Cost. e il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost.), autorizzavano la prosecuzione dell'attività produttiva in questione in conformità, tra l'altro, agli specifici parametri normativi (circa le migliori tecniche disponibili) dettati a livello europeo per l'industria dell'acciaio (Onida, 2013)<sup>36</sup>.

Del resto, il ruolo fondamentale del legislatore nella predisposizione di un quadro normativo chiaro solo all'interno del quale l'amministrazione può, eventualmente, andare a individuare la regola precauzionale per il caso concreto, non pare scalfito da quelle prospettazioni che fondano giuridicamente la protezione dell'ambiente (con tutto ciò che ne consegue in termini di adozione di misure precauzionali a tutela dello stesso) sul dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., letto in combinato disposto con l'art. 117, c. 2, Cost. (Fracchia, 2013: 112 sgg.).

In altri termini, dalla affermazione che il dovere di solidarietà, in quanto riferibile anche all'ambiente, è in grado di giustificare la sussistenza di un dovere di protezione di quest'ultimo in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento (e dunque al legislatore come alla pubblica amministrazione o al giudice), non discende affatto che le iniziative a protezione di tale bene primario possano essere assunte dalla amministrazione o dai giudici al di fuori delle relative scelte legislative. Del resto, il principio di legalità, anche inteso come legalità-determinatezza, rappresenta, si potrebbe dire, un principio "di metodo" sulla formazione dei precetti e non incide, invece, sulla misura e sulla sostanza della tutela sostanziale accordata ai vari beni giuridici. In altri termini, la protezione dell'ambiente e il bilanciamento dello stesso con altri beni primari è compito che spetta pur sempre, in prima battuta, al legislatore; solo in seconda battuta può intervenire la pubblica amministrazione la quale è comunque tenuta a muoversi nell'ambi-

to della generale cornice regolatoria dettata dal primo e non dovrebbe, dunque, bypassare le scelte dallo stesso compiute.

*4. Principio di precauzione e ordinanze ministeriali adottabili ex artt. 301 e 304 del Codice dell'ambiente: un conflitto latente con il principio di legalità sostanziale*

Venendo ora ad analizzare più nel dettaglio le previsioni del Codice dell'ambiente che fanno riferimento al principio di precauzione, conviene innanzitutto soffermarsi sul già richiamato art. 301 nella parte in cui attribuisce al Ministro dell'ambiente la facoltà di adottare misure di prevenzione «in applicazione del principio di precauzione» (c. 4). Tale norma, oltre a realizzare una problematica assimilazione tra i concetti di precauzione e di prevenzione, potrebbe porre qualche problema interpretativo, specie se letta in combinato disposto con l'art. 3 *bis* del medesimo Codice, in base al quale, come si è visto, il principio di precauzione costituisce regola generale della materia ambientale anche «nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile e urgente».

In specie, i due articoli citati potrebbero forse prestarsi a una interpretazione nel senso di legittimare l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti (in quanto tali soggette ai soli principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e quindi affrancate dal rispetto delle norme di legge primaria e dei regolamenti) in attuazione del principio di precauzione. Con l'importante peculiarità, però, che, in questo caso, al requisito fondamentale dell'attualità di un *pericolo*, si sostituirebbe inevitabilmente quello della attualità di un mero *rischio di pericolo*. Peraltro, una simile ipotesi interpretativa potrebbe trovare una qualche conferma anche nella circostanza che l'art. 301, c. 4, non richiama, tra i parametri che le misure di prevenzione ministeriali devono rispettare, quello della conformità alle norme legislative e regolamentari vigenti (e, dunque, il principio di legalità inteso come soggezione a tutte le fonti dell'ordinamento).

Ora, una simile lettura delle norme citate (la quale, in alcuni casi, sembra avere trovato avallo anche nella prassi giurisprudenziale<sup>37</sup>) non sembra in realtà condivisibile per una serie di ragioni.

Come è noto, la Corte costituzionale ha, nel 2011, ribadito la rilevanza fondamentale del principio di legalità rispetto all'esercizio dei poteri di ordinanza. In particolare, essa ha chiarito che, perché dei provvedimenti possano derogare alle norme di legge e ai regolamenti, occorre che siano fondati sul «presupposto dell'urgenza» e che siano caratterizzati dalla «temporaneità dei loro effetti» (Cerulli Irelli, 2011: 1600; Ramajoli 2011; Tropea, 2011; Cerbo, 2012; Manfredi, 2013)<sup>38</sup>.

In secondo luogo, allargando il discorso anche oltre le ordinanze contingibili e urgenti, i giudici della Consulta hanno affermato «l'imprescindibile neces-

sità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto», e che, dunque, l'esercizio del potere sia «determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura dell'azione amministrativa»<sup>39</sup>. Ciò specialmente in presenza di provvedimenti che incidano sulla sfera generale di libertà dei singoli imponendo divieti, obblighi di fare o di non fare e, in genere, restrizioni: in questi casi, infatti, il parametro costituzionale di cui all'art. 23 (in base al quale «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge») impone una delimitazione effettiva della discrezionalità amministrativa a tutela dei diritti di libertà. Con la conseguenza che, secondo i giudici della Consulta, non è sufficiente «il mero richiamo formale a una prescrizione normativa in bianco, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»<sup>40</sup>.

Ebbene, declinando questo insegnamento in relazione al tema qui in esame delle ordinanze contingibili e urgenti eventualmente adottate in attuazione del principio di precauzione, emergono alcune fondamentali criticità sotto due diversi profili.

Da un lato, è difficile comprendere come il presupposto essenziale dell'urgenza e il requisito, conseguente, della temporaneità degli effetti, possano e debbano intendersi con riguardo a provvedimenti adottati in attuazione del principio di precauzione: per definizione, infatti, questi ultimi trovano la loro base non in un pericolo attuale ma in un pericolo meramente potenziale, ossia in una semplice ipotesi (pur probabile) di pericolo (Cavallo Perin, 1990: 307 sgg.). Inoltre, per sua natura una situazione potenziale può avere una durata di tempo perfino illimitata o comunque del tutto imprevedibile: del resto, tale situazione non si correla ad un evento attualmente in atto, ma al mero rischio potenziale che delle conseguenze dannose si verifichino nel tempo. Sicché, se già con qualche difficoltà, a fronte di un mero rischio probabile, potrebbe rinvenirsi il requisito dell'urgenza del provvedere, la mancanza di una situazione attuale di danno sembra finire per privare l'eventuale misura precauzionale adottata di un accettabile e oggettivo parametro temporale di durata (ossia della contingibilità che costituisce, come la Corte costituzionale non ha mancato di ribadire, un essenziale elemento di garanzia in caso di provvedimenti adottati in deroga al principio di soggezione dell'esercizio concreto del potere alla normativa di rango primario). Proprio le problematiche connesse ai provvedimenti ministeriali *ex art.* 301 del Codice dell'ambiente hanno indotto una parte della dottrina ad avanzare l'ipotesi che gli stessi rientrino, in realtà, nella categoria delle 'ordinanze ordinarie' (richiamata anche dalla Corte costituzionale nel 2011, nella sentenza n.

115), connotate dall'atipicità del contenuto, ma non da una funzione innovativa o derogatoria rispetto al diritto vigente (Renna, 2016: 7-8).

In base a quanto si è sin qui detto, dunque, anche una interpretazione di analoghi poteri di ordinanza contingibili e urgenti esercitati da Regioni ed Enti locali nel senso del loro fondamento sulla mera precauzione (pure talvolta seguita in giurisprudenza<sup>41</sup>) appare di dubbia compatibilità con i principi costituzionali interni: ciò proprio perché la precauzione non sembra mai poter integrare quella situazione emergenziale che costituisce il presupposto necessario per l'allentamento del vincolo di necessaria conformità alle leggi e ai regolamenti. Salvo a voler attribuire al provvedimento contingibile e urgente «il ruolo, improprio, di porre rimedio al pericolo del pericolo»<sup>42</sup>.

D'altro canto, sotto un diverso profilo, anche a voler rinunciare all'idea che le ordinanze *ex art. 301, c. 4*, possano essere emesse in deroga alle norme di legge e di regolamento, resta il problema – il quale, invero, si pone per l'intera azione amministrativa – che la genericità del valore 'precauzione' e la circostanza che sulla sua base il Ministero dell'ambiente possa, in astratto, imporre qualsiasi misura di protezione dell'ambiente, seppure nel rispetto di alcuni generici parametri, solleva perplessità quanto all'effettivo rispetto del principio di legalità sostanziale-prevedibilità dell'azione amministrativa ribadito anche dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza del 2011.

Infatti, sulla base dell'ampia previsione dell'art. 301, c. 4, il destinatario non è posto in grado di capire né il contenuto, né i presupposti specifici di eventuali provvedimenti ministeriali, essendogli solo chiarito che il Ministero può agire per la tutela dell'ambiente indipendentemente dalla certezza delle conseguenze dannose, seppure sulla base di una ragionevole probabilità di danno. Si pensi alla giurisprudenza sulle sostanze non normate nelle procedure di bonifica dei siti inquinati che, valorizzando il principio di precauzione, tende ad ammettere un'ampia estensione delle sostanze *cd. normate*, ossia di quelle i cui limiti tabellari sono previsti per legge, in modo tale da consentire l'inclusione nell'elenco di materiali i cui possibili effetti tossici sono solo probabili, ma non compiutamente accertati<sup>43</sup>. In tal modo, però, il destinatario (si pensi, per esempio, a un'impresa) non è posto in grado di conoscere preventivamente se la presenza di queste sostanze imponga l'instaurazione del procedimento di bonifica, né quale sia il limite tabellare massimo.

Sul punto, è opportuno ricordare che la stessa Corte costituzionale, fin dagli anni Ottanta, ha chiarito che nell'impossibilità per il legislatore di predeterminare compiutamente in sede di normazione primaria tutte le modalità di tutela dell'ambiente, spetterebbe all'amministrazione l'adeguamento tempestivo della disciplina alla luce delle conoscenze e dei dati tecnici relativi alla realtà da tutelare, ma pur sempre «entro l'ambito» di «principi rigorosi» dettati dalla normativa primaria<sup>44</sup>.



In sintesi, dunque, quanto al primo profilo, può rilevarsi che, se già il normale utilizzo dei poteri di ordinanza contingibili e urgenti è, di per sé, foriero di gravi rischi per il principio di legalità (specialmente ove il relativo potere sia interpretato con 'libertà' dalla p.a.: Cavallo Perin, 1990: 197), a maggior ragione la tutela anticipata dell'ambiente per mezzo delle suddette ordinanze adottate in un'ottica precauzionale mette ancora più in crisi tale principio, nella misura in cui consente una deroga alle norme di legge e di regolamento in assenza di un evento dannoso attuale (Manfredi, 2004: 1104).

Quanto al secondo profilo qui analizzato, lo stesso esercizio in via ordinaria dei poteri ministeriali *ex art. 301 c. 4* andrebbe, a ben vedere, meglio precisato nei suoi presupposti e contenuti così da conformarsi con più certezza al principio di legalità sostanziale quale affermato nella giurisprudenza costituzionale. Quantomeno, i poteri di intervento ministeriali dovrebbero essere fondati su una chiara e oggettiva analisi scientifica del rischio, fondata su un criterio di probabilità, e i parametri di cui al c. 4 cit. andrebbero applicati in modo molto rigoroso.

In quest'ottica, andrebbe per es. valorizzata la necessità, indicata dalla lett. b) dell'art. 301, che le misure di prevenzione adottate dal Ministro siano «coerenti con misure analoghe già adottate» ossia, secondo quanto chiarito dalla Commissione europea nella sua Comunicazione del 2000 sul principio di precauzione, siano «di portata e natura comparabili a quelle già adottate in aree equivalenti, nelle quali tutti i dati scientifici sono disponibili»<sup>45</sup>. Ciò consentirebbe di fornire ai destinatari di tali misure un qualche criterio orientativo in più nel momento in cui essi pongono in essere attività capaci, potenzialmente, di incidere sull'ambiente.

Insomma, occorre evitare che poteri conferiti al Ministero dell'ambiente, nell'ambito di una norma improntata a un generico favore per il principio di precauzione, divengano un comodo *passerpartout* per superare il limite del principio di legalità in senso sostanziale ricavabile dall'art. 23 Cost.

##### *5. Principio di precauzione v. principio di legalità tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale*

Quanto si è detto sin qui in ordine alla tensione tra principio di precauzione e principio di legalità in senso sostanziale assume ancora maggiore rilievo ove si consideri l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in punto di necessaria prevedibilità di ogni limite posto al 'diritto di proprietà' di cui all'art. 1, del primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Tale norma stabilisce che «(1) Ogni persona ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del di-

ritto internazionale. (2) Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende» (Conti, 2012; Praduroux, 2010 e 2012; Allen, 2003).

Ai fini del discorso che si sta conducendo vengono in particolare rilievo due profili della disposizione citata: anzitutto, l'ampiezza del suo campo di applicazione, visto che la tutela da essa apprestata riguarda non solo il diritto di proprietà come tradizionalmente e formalmente (da noi) inteso, ma qualsiasi posizione soggettiva di vantaggio individuale avente un contenuto patrimoniale; in secondo luogo, la nozione di 'principio di legalità' che emerge dalla disposizione, parzialmente diversa da quella comunemente accolta nel nostro ordinamento.

Cominciando dal primo profilo, occorre ricordare che, come spesso accade per i termini utilizzati dalla Convenzione europea, la nozione di 'bene' e il 'diritto di proprietà' tutelati dall'art. 1, primo Protocollo CEDU, hanno una portata autonoma rispetto al significato che a essi viene attribuito nei vari ordinamenti nazionali: in particolare, ai fini dell'applicazione della disposizione è irrilevante che il ricorrente sia titolare di un diritto di proprietà secondo il diritto interno. Al contrario, il concetto di 'proprietà' viene assunto in modo piuttosto ampio, fino a ricomprendere tutto ciò che potrebbe essere fatto oggetto di una forma giuridica di appartenenza (Bonatti, 1999)<sup>46</sup>. Così, per esempio, la Corte di Strasburgo ha, in passato, ritenuto che rientrassero nel concetto di 'diritto di proprietà', oltre alla proprietà intellettuale, anche l'avviamento commerciale e professionale di una determinata attività<sup>47</sup>; oppure l'aspettativa al godimento di benefici, incentivi, prestazioni sociali (Allena, 2014: 192) e sussidi in genere erogati dallo Stato e quella correlata al pieno esercizio di attività economiche già autorizzate in via amministrativa.

Pertanto, una privazione della proprietà è integrata, secondo la Corte dei diritti dell'uomo, ogni qual volta una misura statale (a prescindere dal *nomen juris* del provvedimento concretamente adottato) incida, formalmente o in via di fatto, sul diritto di proprietà così individuato comprimendolo o limitandolo<sup>48</sup>. Sicché, in definitiva, una violazione dell'art. 1 del primo Protocollo CEDU ben potrebbe configurarsi a fronte di poteri amministrativi incidenti sull'esercizio del diritto di impresa per finalità ambientali.

Sotto il secondo profilo, dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale si evince che la proprietà è tutelata, tra l'altro, sotto il profilo della necessaria copertura legale della sua privazione o significativa limitazione; in questo contesto, una accentuata attenzione viene posta sul problema della qualità-prevedibilità della legge.

Ciò è bene emerso, per es., in una pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo relativa all'Italia ove si è statuito, con riguardo al titolare di una licenza televisiva a cui era stato impedito, sulla base di una legislazione

confusa, di concretamente operare, che «The first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful [...] In particular, the second paragraph recognises that States have the right to control the use of property, provided that they exercise this right by enforcing “laws”. The principle of lawfulness also presupposes that the relevant provisions of domestic law are sufficiently accessible, precise and foreseeable in their application»<sup>49</sup>.

Insomma, il principio di legalità posto a tutela della proprietà (così latamente intesa) è, nell'ordinamento CEDU, analogo a quello affermato nel contesto del diritto penale: si guarda alla qualità del precetto il quale deve essere tale da consentire al cittadino di prevedere con sufficiente certezza quali saranno le conseguenze delle proprie azioni ed omissioni non solo in relazione a possibili profili penali, ma anche, più in generale, nei suoi rapporti con il potere pubblico.

Tra l'altro, in linea con l'impostazione sostanzialistica propria dell'ordinamento convenzionale, la nozione di 'legge' assunta dalla Corte di Strasburgo è molto ampia e non coincide necessariamente con una fonte di rango primario né, addirittura, con una fonte scritta. Così, purché siano rispettati i parametri di determinatezza e di prevedibilità della fattispecie, anche un regolamento amministrativo o un orientamento giurisprudenziale potrebbe rientrare nel concetto di 'legge'; così come potrebbe rientrarvi, a certe condizioni, pure la prassi amministrativa (Goisis, 2011).

Ebbene, la pretesa alla prevedibilità (dunque, per quanto possibile, certezza) degli effetti dei poteri amministrativi riduttivi della sfera giuridica patrimoniale del cittadino come delineata dalla Corte di Strasburgo si pone in contrasto con l'incertezza che intrinsecamente caratterizza il principio di precauzione.

Non è un caso che, nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo in tema di diritto a un ambiente salubre, tale ultimo principio sia stato valorizzato solo in rarissimi casi: per es., nel caso *Tatar v. Romania*, ove si è riconosciuta come legittima la scelta dell'amministrazione di bandire l'utilizzo di una sostanza (il cianuro di sodio) di nota tossicità e, per di più, riconosciuta come tossica da una relazione scientifica confluita nel relativo procedimento amministrativo: sicché, nel caso di specie era in realtà ben prevedibile che l'autorizzazione all'esercizio di una attività industriale che utilizzava una tecnologia fondata sull'utilizzo di tale sostanza potesse avere un impatto sulla salute umana<sup>50</sup>. Viceversa, di regola, in quell'ordinamento la precauzione non costituisce tanto un criterio alla luce del quale la p.a. deve assumere una determinata decisione (per esempio, se autorizzare o meno una attività rischiosa), ma si traduce piuttosto in una regola procedurale alla luce della quale, per esempio, l'amministrazione deve informare gli interessati circa i rischi probabili connessi allo svolgimento di una determinata attività<sup>51</sup>.

Addirittura, la giurisprudenza di Strasburgo finisce, in massima parte, per escludere la legittimazione a contestare una violazione del diritto umano all'ambiente salubre (tutelato *ex art. 8 CEDU*) da parte di cittadini i quali non siano in grado di dimostrare che un determinato fenomeno di inquinamento leda con certezza la loro salute o, comunque, la loro sfera individuale<sup>52</sup>. Insomma, anche ai soli fini dell'ammissibilità del ricorso alla Corte dei diritti dell'uomo occorre la dimostrazione, come conseguenza dell'inquinamento, di un rischio per la salute umana non solo ipotetico-probabile, ma ragionevolmente sicuro (Hilson, 2009).

In definitiva, dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo emerge bene come, in un sistema attento alla legalità intesa essenzialmente come prevedibilità dell'azione amministrativa (e, dunque, ad una adeguata predeterminazione dei contenuti essenziali del potere esercitabile), il principio di precauzione non possa che giocare un ruolo limitato e, in ogni caso, non tale da porre in discussione la prevedibilità delle scelte adottabili dall'amministrazione in una determinata circostanza. Sicché, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, il principio di precauzione potrebbe senz'altro stare alla base di scelte legislative le quali, per ipotesi, decidano di prevedere una tutela anticipata rispetto a certi pericoli ambientali; viceversa, sarebbe da considerare generalmente con sospetto il fatto che la pubblica amministrazione, adottando un'ottica precauzionale, stabilisca *ad hoc* la disciplina del caso concreto in modo troppo creativo e quindi imprevedibile per il destinatario.

Detto altrimenti, e volendo fare un esempio, certamente il legislatore potrebbe stabilire di bandire completamente l'utilizzo di una sostanza che sia di dubbia sicurezza per la salute umana o per l'ambiente; al contrario, non dovrebbe essere consentito che, in mancanza di una chiara presa di posizione legislativa, siano la pubblica amministrazione o il giudice ad adottare la decisione di vietare l'utilizzo di determinate sostanze per ragioni precauzionali, prescindendo del tutto da quella che potrebbe essere una ragionevole prevedibilità delle scelte pubbliche (fondata, per esempio, sulle tesi 'più accreditate' nel dibattito scientifico o sulle soluzioni adottate in casi analoghi) e al di fuori di un criterio di adeguata proporzionalità.

In questo senso, laddove cioè mostra un profondo rispetto per la scelta di gestione del rischio assunta a livello legislativo o politico-amministrativo, la Corte di Strasburgo si muove secondo percorsi non troppo distanti, a ben vedere, da quelli seguiti dalla giurisprudenza costituzionale italiana quando afferma l'impossibilità per il giudice, anche costituzionale, di sostituirsi al legislatore nell'assunzione di decisioni precauzionali.

Quanto si è appena detto rischia però di lasciare irrisolto il problema della individuazione concreta dei margini entro i quali una determinata azione della pubblica amministrazione (o del giudice) potrebbe ritenersi prevedibile da par-

te dei destinatari della stessa. In tale contesto, assunta dunque la difficoltà, in qualche misura 'ontologica', di conciliare precauzione e legalità-prevedibilità, visto che la prima porta sempre con sé, in qualche misura, il germe di un allentamento della seconda (Chiti, 2006: 7), è però possibile almeno individuare alcuni 'correttivi' che riducano la distanza, apparentemente incolmabile, tra le esigenze di tutela anticipata del rischio e quelle di legalità-prevedibilità.

In primo luogo, un'interessante prospettiva in tal senso potrebbe essere offerta da una impostazione emersa talora nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che tende a distinguere tra attività cd. pericolose le quali, per loro intrinseca natura, dovrebbero indurre l'imprenditore diligente a mettere in conto la necessità di una tutela anticipata al momento in cui si manifesta un mero 'rischio probabile di danno' e, invece, attività ordinarie. In specie, in una serie di pronunce riguardanti il settore farmaceutico, la Corte del Lussemburgo ha statuito che, in caso di adozione, anche in via d'urgenza, di misure precauzionali a tutela della sicurezza dei farmaci, non si pongono particolari problemi di tutela degli imprenditori coinvolti, visto che «in un settore che richiede spesso investimenti considerevoli e in cui le autorità competenti possono essere indotte ad intervenire rapidamente quando insorgono rischi per la sanità pubblica, per ragioni che non sempre sono prevedibili dalle imprese interessate, spetta a queste, per non dover sopportare esse stesse il danno derivante da un simile intervento, premunirsi contro le conseguenze di quest'ultimo mediante una politica idonea». Nello specifico, poiché «l'eventuale revoca di una AIC (autorizzazione all'immissione in commercio) rientra nella sfera dei normali rischi commerciali di qualsiasi casa farmaceutica», spetta a quest'ultima «premunirsi contro le conseguenze finanziarie di una simile revoca (ad esempio, attraverso una diversificazione dei medicinali e un volume d'affari adeguato)»<sup>53</sup>.

Ragionando a contrario, si potrebbe allora sostenere che, viceversa, laddove venga in rilievo un'attività economica non specificamente 'a rischio', e per la quale dunque l'imprenditore (o il semplice cittadino) non sia chiamato a una particolare diligenza nella previsione e nella presa in considerazione di profili di rischio potenziale (si pensi al caso degli allevatori nella vicenda della c.d. 'mucca pazza'), l'eventuale imposizione, in un'ottica precauzionale, di misure interdittive o limitative (per di più con riferimento ad attività che, in precedenza, erano state espressamente autorizzate o erano pacificamente consentite), dovrebbe essere assistita da adeguate garanzie anche di carattere economico (non solo, dunque, procedurali), idonee a compensare la lesione del legittimo affidamento degli operatori.

Un secondo 'correttivo' per ammettere l'adozione di misure precauzionali in situazioni di urgenza nonostante il loro latente contrasto con principio di legalità-prevedibilità potrebbe essere trovato valorizzando la nozione sostanziale di

‘legge’ fatta propria dall’ordinamento convenzionale. Si è detto che in quella sede ciò che davvero conta non è la qualificazione formale di un determinato provvedimento avente un contenuto innovativo, ma il fatto che il cittadino possa ragionevolmente prevedere le conseguenze dei suoi atti: di conseguenza, una eventuale misura adottata dall’amministrazione in attuazione del principio di precauzione (e in assenza di formale copertura legislativa) potrebbe essere considerata accettabile ove si dimostri che il cittadino poteva concretamente ‘aspettarsi’ un tale intervento dell’autorità, perché, per esempio, l’amministrazione era già in passato intervenuta con poteri analoghi a limitare o interdire attività simili.

*6. La giuridificazione del principio di precauzione come obbligo del cittadino nei rapporti pubblicistici e interprivati*

Si è detto che una delle principali novità introdotte nel 2008 dal terzo decreto correttivo al Codice dell’ambiente è la previsione di cui all’art. 3 *ter* per cui «La tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e *privati* e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o *private*, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga”».

Tale disposizione, laddove individua tra i destinatari degli obblighi di precauzione anche direttamente i soggetti privati, pone vari e stimolanti interrogativi. A prescindere dal fatto che, da un punto di vista sociologico, essa sembra inquadrabile in quella tendenza dei pubblici poteri, cui si faceva cenno in apertura del presente lavoro, a ‘condividere’ o addirittura a trasferire sulla società e sui singoli la responsabilità e i costi della precauzione, in questa sede si tenterà di rispondere a due principali quesiti: in primo luogo, se l’esistenza in capo al privato di un obbligo di protezione dell’ambiente in un’ottica precauzionale possa presentare qualche problema sotto il profilo del rispetto del principio di legalità inteso come garanzia dei cittadini con riguardo alla prevedibilità dell’esercizio delle potestà pubblicistiche. In secondo luogo, se la codificazione di tale obbligo possa avere un rilievo diretto anche nei rapporti tra privati.

Ebbene, sotto il primo profilo, non può tacersi che la configurazione in capo al privato di un generico obbligo di precauzione potrebbe indurre l’amministrazione a ritenersi legittimata a un significativo allentamento del principio di legalità nell’imposizione di obblighi di precauzione: infatti, essa potrebbe ritenere che i suoi atti (normativi secondari ovvero provvedimentali), pur con contenuto limitativo della sfera soggettiva individuale del destinatario, siano in realtà meramente dichiarativi di obblighi già esistenti in capo a quest’ultimo in forza della previsione di cui all’art. 3 *ter*.

Una tale lettura forte di tale ultima disposizione sarebbe però senz'altro da respingere: alla luce del principio di legalità sostanziale delineato dalla più recente giurisprudenza costituzionale, in precedenza ricordata, infatti, la presunta copertura legislativa fornita dall'art. 3 *ter* non potrebbe comunque essere ritenuta sufficientemente dettagliata quanto a indicazione dei presupposti, dei contenuti e dei limiti per configurare (seppure *sub specie* di obbligo *ex lege*) l'esigibilità di una data prestazione personale. *A fortiori*, poi, una tale lettura risulterebbe in contrasto con la necessità, discendente dall'art. 1, primo Protocollo addizionale alla CEDU, di chiara e prevedibile predeterminazione delle limitazioni del diritto di proprietà causate da provvedimenti amministrativi o da qualsiasi altro atto di esercizio di un potere pubblico (ivi compreso l'atto legislativo).

Volendo tentare una valorizzazione di obblighi direttamente (ossia senza la necessaria mediazione del provvedimento amministrativo) ricadenti sul privato, semmai, apparirebbe più ragionevole richiamare la distinzione (di cui alle già citate pronunce della Corte di Giustizia in materia farmaceutica) tra privato qualificato, ossia imprenditore che, secondo la diligenza professionale, deve farsi carico degli intrinseci rischi (eventualmente anche solo potenziali) propri della sua attività e, invece, il privato non qualificato, il quale cioè svolga delle attività comuni rispetto alle quali non è dato esigere alcuna particolare attenzione al profilo di un rischio potenziale. Difatti, solo per il primo la necessità di assumere misure precauzionali di propria iniziativa, quindi indipendentemente da provvedimenti della pubblica amministrazione, può trovare una sua giustificazione in un generale obbligo di rispetto della diligenza professionale, cioè in regole tecniche le quali, per quanto difficili da predeterminare, obiettivamente hanno già rilievo come fonti di creazione di obblighi nel contesto di diversi rami dell'ordinamento (si pensi solo alla responsabilità civile *ex art.* 2050 del c.c. che prevede una inversione dell'onere della prova in caso di danno verificatosi in conseguenza di attività pericolose: Izzo, 2004: 504). In particolare, in ambito civilistico, le esigenze, provenienti dalle vittime della società industriale, di una tutela compensativa, ispirata cioè a una logica riparatoria che prescinde da una rimproverabilità soggettiva, hanno in genere determinato un ampliamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva (Trimarchi, 1961; Rodotà, 1964; Calabresi, 1975; Busnelli, 1976; Castronovo, 1979; Ponzanelli, 2002).

Venendo al secondo profilo, ossia all'eventuale rilievo dell'art. 3 *ter* nei rapporti tra privati, potrebbe sostenersi che, in taluni casi, di nuovo coincidenti con l'esercizio di attività pericolose, la mancata adozione di misure di precauzione da parte di un imprenditore sia idonea addirittura a integrare il parametro della negligenza proprio della colpa. Sicché, tale soggetto potrebbe essere chiamato a rispondere non soltanto civilmente, ma pure penalmente, per non avere tenuto in considerazione anche solo la probabilità dell'esistenza di un rischio connesso

allo svolgimento della propria attività. In forza dell'art. 3 *ter*, l'imprenditore diligente sarebbe cioè chiamato, per così dire, a internalizzare i costi della precauzione, per esempio adottando misure di prevenzione, di riparazione e di contrasto in una fase nella quale non solo il danno non si è ancora verificato, ma non esiste neppure la certezza che si verificherà. Il dovere di prevedere e di prevenire un rischio ancora solo probabile finirebbe dunque per rientrare a tutti gli effetti nella sua diligenza professionale quale ragionevolmente parametrata alla intrinseca pericolosità dell'attività.

In tal modo si verrebbe a configurare una sorta di «responsabilità per il da farsi» (Jonas, 1990: 117) i cui connotati appaiono però difficilmente conciliabili con i principi costituzionali (in particolare, di tassatività-determinatezza e di irretroattività) propri della responsabilità penale: infatti, il presupposto della colpa, lungi dall'essere accertato con riferimento alle nozioni conosciute nel momento in cui è stata violata la norma incriminatrice, finirebbe per configurarsi come un addebito retrospettivo che impone all'attore di sopportare rischi che fuoriescono dalla sua prevedibilità in quanto accertati con l'ausilio di conoscenze scientifiche acquisite successivamente al verificarsi del danno (Piergallini, 2004 e 2005; Centonze, 2004)<sup>54</sup>. Non solo, ma la costruzione di una fattispecie penale tramite l'indicazione di un evento come può essere 'il danno alla salute o all'ambiente', rende oggettivamente complicato individuare la regola cautelare alla quale ci si dovrebbe attenere, stante che l'obiettivo al quale conformare la condotta rimane, in se stesso, del tutto generico (Alessandri, 2005; Pardy, 2002; Forti, 2006; Giunta, 2006).

Diverso sarebbe invece sostenere che il principio di precauzione generi una regola di diligenza avente a oggetto non tanto il dovere di evitare eventi possibili ma ancora incerti alla luce dei dati scientifici, quanto piuttosto l'obbligo per l'agente di «condividere il *know-how* rilevante per la valutazione e prevenzione di rischi non ancora pienamente materializzati». In altri termini, si tratterebbe di imporre ai privati 'qualificati', i quali sempre più spesso, come è noto, dispongono di conoscenze maggiori rispetto all'autorità pubblica, di condividere con quest'ultima le informazioni supplementari possedute circa gli effetti dannosi di una determinata attività. Sicché, per esempio, l'area del rischio consentito non dovrebbe ritenersi delimitata una volta per tutte con l'autorizzazione allo svolgimento di una data attività, ma dovrebbe essere modulabile e rivedibile sulla base di un continuo processo di scambio di informazioni tra privato e autorità (Forti, 2006: 217).

Il punto però rimane quello di individuare in che tipo di responsabilità incorrano i soggetti che violino i richiamati obblighi di informazione. L'impressione è che, come rilevato da autorevole dottrina, di fronte alle incertezze della società del rischio le risposte debbano essere sempre più cercate al di fuori del diritto



penale, potenziando gli strumenti del diritto civile (fondati su una logica compensativa) e, per quel che maggiormente interessa in questa sede, quelli del diritto amministrativo, quali le sanzioni interdittive, gli ordini di chiusura di stabilimenti o di interruzione di determinati tipi di produzioni, la revoca di autorizzazioni e così via (Stella, 2003).

Con il che, dunque, si torna al punto di partenza: queste misure amministrative, in quanto particolarmente incisive sulla sfera soggettiva dei destinatari, dovrebbero pur sempre essere adottate nel rispetto del fondamentale parametro di legalità-prevedibilità delle scelte amministrative di cui si è sin qui discusso.

## 7. Conclusioni

Nel corso del lavoro si è tentato di indagare la progressiva emersione – *sub specie* di giuridificazione – del principio di precauzione. Esso, come si è visto, è stato anzitutto elaborato in sede di trattati internazionali, dal diritto internazionale pattizio è poi passato al diritto comunitario e, da quest'ultimo, al diritto nazionale, sia per effetto della legislazione dell'Unione europea, sia grazie alla scelta del legislatore italiano, nel 2005 e nel 2008, di rendere i principi generali del diritto europeo dell'ambiente principi anche nazionali, per di più vincolanti per tutti i soggetti, pubblici e privati.

Peraltro, già dal 2005 l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 aveva sottoposto tutta l'attività amministrativa, e non solo quella afferente alla materia ambientale, all'obbligo di conformarsi ai principi europei e, dunque, al principio di precauzione.

Il principio in questione, pur certo apprezzabile nella tensione che ormai esprime a favore di una tutela (anticipata) della salute e dell'ambiente anche in quanto tale, e quindi espressivo di una sempre più diffusa sensibilità ambientale e della percezione della serietà dei relativi rischi per le generazioni attuali e future (Sunstein, 2010: 81 sgg.), è tuttavia sempre in (si direbbe) intrinseca tensione con il valore, altrettanto sentito dagli operatori economici ed essenziale per lo sviluppo ordinato della società, della certezza e prevedibilità del diritto.

Sicché, nel tentativo di conciliare queste due opposte esigenze, si è ipotizzato che l'obbligo di precauzione, pure ormai apparentemente esteso a qualunque privato quale dovere *ex lege*, debba in realtà ritenersi giuridicamente vincolante essenzialmente solo per i privati 'qualificati', ossia per gli imprenditori che, per ragioni di diligenza professionale, debbono ritenersi naturalmente soggetti a un approccio precauzionale. Solo per questi può ragionevolmente ammettersi, grazie alla diretta imposizione legislativa del dovere di precauzione, un allentamento del principio di legalità sostanziale-prevedibilità in virtù della precauzione la quale viene dunque a configurarsi come una ulteriore estrinsecazione della diligenza professionale loro ordinariamente richiesta.

Un allentamento del vincolo del rispetto delle norme di legge e di regolamento non sembra invece ammissibile in relazione all'esercizio di potestà di ordinanza contingibile e urgente: invero, la mera probabilità dell'avverarsi di un rischio non può mai integrare quella situazione transitoria di urgente necessità di provvedere che, sola, può giustificare, sul piano costituzionale, l'esercizio di poteri *extra ordinem*.

È insomma auspicabile che la giurisprudenza si astenga dall'interpretare gli spunti – pur presenti in legislazione – nel senso di una accentuata genericità-flessibilità della imposizione di obblighi di precauzione.

È vero, difatti, che il principio di precauzione, ove codificato in termini di clausola generale, evita la necessità di una continua rincorsa del legislatore alla introduzione di norme tecniche precauzionali sempre più numerose e intricate (man mano che la scienza crei nuovi pericoli o comunque nuovi dubbi); è cioè, in questo senso, fattore di relativa 'deflazione' delle fonti della risposta normativa al problema della gestione del rischio. Tuttavia, quando si abbia a che fare con l'esercizio di pubblici poteri incidenti anche significativamente nella sfera soggettiva individuale, la precauzione non può rinunciare a ricevere, secondo quanto si è tentato di indagare, un ragionevole bilanciamento con il valore supremo della legalità-prevedibilità.

Ciò significa, come si è cercato di spiegare in questo lavoro, che il principio di precauzione dovrebbe essere attuato innanzitutto a livello legislativo, sulla base di chiare e consapevoli scelte politiche di tutela anticipata di beni fondamentali come l'ambiente o la salute. Viceversa, il tentativo applicare lo stesso *ex post*, in sede di applicazione delle norme di legge, reca sempre con sé il rischio di uno scontro con la pretesa del cittadino o dell'impresa alla prevedibilità delle scelte amministrative, vale a dire con una pretesa che trova infatti oggi nel diritto dell'Unione europea e nell'art. 1, Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un chiaro riconoscimento e importanti profili di garanzia. La sfida della gestione del rischio nella società complessa richiede dunque scelte coraggiose da parte del legislatore che, d'altro canto, rappresenta pur sempre il potere dello Stato per eccellenza legittimato sul piano politico-amministrativo.

## Note

- <sup>1</sup> Cfr. la Direttiva 26 gennaio 1965, n. 65/65/CEE, sul riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, o la Direttiva 27 giugno 1967, n. 67/548 CEE, riguardante la classificazione, l'imballaggio e l'etichettatura delle sostanze pericolose.
- <sup>2</sup> È vero però che, già dagli anni Sessanta del Novecento, la riflessione etica e filosofica aveva cominciato a interrogarsi sul valore della tutela dell'ambiente partendo da una rinnovata percezione del rapporto uomo-natura, riletto in un'ottica di responsabilità del primo nei confronti della seconda.
- <sup>3</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, punto 5 del Preambolo, ove si fa riferimento alla necessità che le decisioni precauzionali siano «trasparenti e idonee a coinvolgere tutte le parti interessate, quanto più precocemente e quanto più ampiamente possibile». Il coinvolgimento dei cittadini «nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio» è del resto valorizzato anche nella giurisprudenza nazionale. Espressamente in tal senso, di recente, Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6250, in *Urb. app.*, 2014, 551 sgg., ove si legge che «la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità del principio di precauzione passano [...] attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione (globalmente rilevante) di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale».
- <sup>4</sup> Contro questo tentativo cfr., correttamente, da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 17 febbraio 2016, n. 2107, che ha respinto l'impugnazione proposta da un Comune pugliese nei confronti di una valutazione di impatto ambientale che aveva autorizzato la realizzazione di un gasdotto finalizzato al trasporto di gas naturale transfrontaliero dall'Azerbaijan verso l'Italia (con approdo in Puglia) e l'Europa occidentale. In tale pronuncia i giudici di primo grado hanno statuito che il principio di precauzione non può divenire «un canone di interpretazione della normativa di settore» con l'effetto di sottoporre la realizzazione dell'impianto a prescrizioni molto più severe di quelle previste dalla legge pur quando non vi sia una incertezza scientifica circa i rischi legati a una determinata attività (nel caso di specie, la realizzazione del gasdotto); infatti, precisa il Tar Lazio, è solo «la mancanza di certezze scientifiche dovute a insufficienti informazioni e conoscenze scientifiche riguardanti la portata dei potenziali effetti negativi di un organismo o di una sostanza che impone l'adozione di misure adeguate al fine di evitare o limitare effetti potenzialmente negativi».
- <sup>5</sup> In tal senso, per esempio, Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2013, n. 2013, che ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione della concreta distribuzione degli obblighi tra l'autore dell'inquinamento (proprietario o meno dell'area) e il proprietario che risulti tale nel momento in cui l'amministrazione ordina le misure imposte dalla legge. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia del 13 novembre 2013, n. 21, pur ritenendo che, sulla base del quadro normativo vigente, l'amministrazione non potesse imporre al proprietario di un'area inquinata, che non fosse anche autore dell'inquinamento, l'obbligo di adottare misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica (essendo costui tenuto, alla luce degli artt. 244, 245, 253 del Codice dell'ambiente, al solo rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito determinato dopo l'esecuzione di tali interventi) evidenziava però che «i criteri di precauzione e prevenzione potrebbero legittimare l'imposizione, a prescindere dalla prova circa la sussistenza del nesso di causalità, in capo al proprietario del sito contaminato, che si trova nelle migliori condizioni per attuarle, non solo delle misure di prevenzione descritte dall'art. 240, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 152/2006, (già previste a suo carico dall'art. 245, comma 2, stesso d.lgs.), ma anche di misure di sicurezza di emergenza. Anche queste misure, infatti, hanno una finalità precauzionale ed una connotazione d'urgenza, essendo

dirette a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito ed a rimuoverle, in attesa di ulteriori interventi di bonifica o messa in sicurezza operativa o permanente».

- <sup>6</sup> Nella sentenza della Corte di Giustizia emerge un forte richiamo al rispetto del principio di legalità: nei par. 61-62 si legge infatti: «È ben vero che l'articolo 16 della direttiva 2004/35 prevede, conformemente all'articolo 193 T.F.U.E., la facoltà per gli Stati membri di mantenere e adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, compresa, in particolare, l'individuazione di altri soggetti responsabili, a condizione che tali misure siano compatibili con i Trattati. Tuttavia, nella specie, è pacifico che, secondo il giudice del rinvio, la normativa di cui trattasi nel procedimento principale non consente di imporre misure di riparazione al proprietario non responsabile della contaminazione, limitandosi al riguardo a prevedere che siffatto proprietario può essere tenuto al rimborso dei costi relativi agli interventi intrapresi dall'autorità competente nei limiti del valore del terreno, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi».
- <sup>7</sup> Ossia nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in particolare come modificato a opera del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.
- <sup>8</sup> A ben vedere, tale tematica non costituisce altro che uno svolgimento del tema, più ampio, del difficile bilanciamento tra i valori contrapposti della tutela dell'ambiente e della salvaguardia delle libertà economiche.
- <sup>9</sup> Cfr. il Principio 2, ove si legge: «Le risorse naturali della Terra ivi comprese l'aria, l'acqua, la terra, la flora e la fauna, e particolarmente i campioni rappresentativi degli ecosistemi naturali, devono essere preservati nell'interesse delle generazioni presenti e future, attraverso un'adeguata pianificazione e gestione».
- <sup>10</sup> Cfr. l'art. 11, par. II, ove si legge: «Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed».
- <sup>11</sup> Cfr. il Principio 15 della Dichiarazione di Rio: «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale». Analogamente, l'art. 3 della Convenzione ONU sui cambiamenti climatici statuisce: «Le parti devono adottare misure precauzionali per rilevare in anticipo, prevenire o ridurre al minimo le cause dei cambiamenti climatici e per mitigarne gli effetti negativi. Qualora esistano rischi di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve essere addotta come pretesto per rinviare l'adozione di tali misure, tenendo presente che le politiche e i provvedimenti necessari per far fronte ai cambiamenti climatici devono essere il più possibile efficaci in rapporto ai costi, in modo da garantire vantaggi mondiali al più basso costo possibile».
- <sup>12</sup> Cfr. l'art. 130R, poi divenuto l'art. 174, par. 2, del Trattato CE e, oggi, l'art. 191, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale dispone: «La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"».
- <sup>13</sup> Per esempio, uno dei settori nei quali il principio di precauzione ha avuto estesa applicazione è quello della legislazione alimentare: il regolamento europeo n. 178 del 2002 prevede, all'art. 7, n. 1, che «qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute, ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della

salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio». Tali misure, prosegue l'art. 7, n. 2, possono consistere anche in restrizioni al commercio, purché proporzionate e necessarie, ed a condizione che siano riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole.

<sup>14</sup> Cfr., la cit. Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione. Il valore di tale Comunicazione è stato successivamente più volte evidenziato dalle Istituzioni comunitarie: tra i primi documenti che ne hanno riconosciuto l'importanza cfr. la risoluzione del Consiglio europeo di Nizza del 4 dicembre 2000 e il parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Il ricorso al principio di precauzione adottato il 2 marzo 2000*.

<sup>15</sup> Cfr. il punto 1 della Comunicazione cit.

<sup>16</sup> L'orientamento richiamato nel testo è stato inaugurato da Corte di Giustizia, 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione c. Regno di Danimarca*, par. 52, che ha ritenuto non giustificata una misura del governo danese limitativa della circolazione di un prodotto addizionato con vitamine poiché non era stata dimostrata la probabilità di un «danno reale» derivante dallo stesso; in senso analogo, *ex multis*, Corte di Giustizia, 5 febbraio 2004, C-95/01, *Greenham e Abel*, par. 43, sempre riguardante l'imposizione di limiti alla circolazione e alla vendita di prodotti alimentari addizionati con vitamine (i quali, secondo i giudici comunitari, sarebbero giustificabili solo in presenza di un «danno reale» per la salute).

<sup>17</sup> In tal senso, oltre alla richiamata Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione (punto 4 del Preambolo) cfr., tra le prime, Tribunale dell'Unione europea, III sezione, 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, par. 172, concernente un regolamento comunitario che revocava l'autorizzazione alla commercializzazione di determinati additivi nell'alimentazione degli animali. L'orientamento è peraltro consolidato nella giurisprudenza comunitaria: da ultimo, cfr. Tribunale dell'Unione europea, IV sez., 11 febbraio 2015, causa T-204/11, *Regno di Spagna c. Consiglio*, par. 131, concernente un regolamento che modificava il metodo europeo di riferimento per la rilevazione della presenza di tossine nei molluschi bivalvi, ove si legge: «Les critiques ainsi formulées mettent en doute la qualité scientifique de l'étude effectuée par Otero et les autres auteurs de l'article en cause. Or, à l'instar de ce qui a été jugé dans le contexte du respect du principe de précaution, l'évaluation scientifique doit se faire sur la base d'avis scientifiques fondés sur les principes d'excellence, de transparence et d'indépendance. En effet, ces exigences constituent une garantie procédurale importante en vue d'assurer l'objectivité scientifique des mesures et d'éviter la prise de mesures arbitraires (voir, en ce sens, arrêt Pfizer Animal Health/Conseil, point 30, point 172)».

<sup>18</sup> In tal senso, tra le prime, Corte europea di Giustizia, 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, par. 99, concernente l'adozione di misure di emergenza in materia di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina; nonché, *ex multis*, Tribunale dell'Unione europea, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, cit., par. 139; Corte europea di Giustizia, 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia e a. c. Commissione*, riguardante il potere degli Stati membri di adottare misure che limitino temporalmente o sospendano la commercializzazione o l'utilizzazione sul proprio territorio di nuovi prodotti alimentari nei quali siano presenti residui di proteine transgeniche, par. 111. Da ultimo, Corte europea di Giustizia, sez. VI, 10 aprile 2014, causa C-269/13, *Acino AG c. Commissione*, par. 57, relativa alla sospensione dell'immissione in commercio e al ritiro di alcuni lotti di medicinali.

<sup>19</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione cit., par. 6.2.

<sup>20</sup> Il primo caso nel quale i giudici comunitari hanno applicato il c.d. test di proporzionalità è Corte di Giustizia, 13 aprile 1994, C-131/93, *Commissione c. Germania*, par. 18, ove, con riferimento al divieto di importazione dei gamberi di acqua dolce disposto dalla Germania, la Corte ha precisato che «una disciplina restrittiva degli scambi intracomunitari è compatibile con il Trattato solo nella misura in cui sia indispensabile per una protezione efficace della salute e della vita degli animali».

- <sup>21</sup> Cfr. il punto 6.4 della Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione cit., ove si precisa che, in molti casi, la legislazione comunitaria e quella di numerosi Paesi terzi prevedono che le «sostanze ritenute a priori pericolose o che possono essere potenzialmente pericolose a un certo livello di assorbimento» sono considerate come «pericolose finché non sia dimostrato il contrario» e tale prova spetta alle imprese, al fabbricante o all'importatore.
- <sup>22</sup> Cfr. il punto 6.3.5 della Comunicazione della Commissione cit., a norma del quale «Le misure debbono essere mantenute finché i dati scientifici rimangono insufficienti, imprecisi o non concludenti e finché il rischio sia ritenuto sufficientemente elevato per non accettare di farlo sostenere alla società. Come conseguenza dei nuovi dati scientifici, è possibile che le misure debbano essere modificate o eliminate prima di un termine preciso. Tutto ciò non è tuttavia collegato ad un mero fattore temporale, ma all'evoluzione delle conoscenze scientifiche».
- <sup>23</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 9 giugno 2016, causa C-78/2016, *Pesce e a.*, concernente una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla validità (alla luce dei canoni di precauzione e di proporzionalità) di una previsione contenuta nella decisione di esecuzione (UE) 2015/789 della Commissione, del 18 maggio 2015, e relativa alle misure adottabili per impedire l'introduzione e la diffusione nell'Unione di un batterio che colpiva alcune piante vegetali tra cui gli ulivi (la *Xylella fastidiosa*).
- <sup>24</sup> Cfr. Corte europea di Giust., ult. cit., par. 59.
- <sup>25</sup> Cfr. Corte europea di Giust., ult. cit., par. 72.
- <sup>26</sup> L'art. 1, c. 1, della legge 22 febbraio 2001, n. 36, statuisce che: «la presente legge ha lo scopo di dettare i principi fondamentali diretti a: a) assicurare la tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'art. 32 della Costituzione; b) promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea; c) assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio e promuovere l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili».
- <sup>27</sup> Cfr. l'art. 107 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.
- <sup>28</sup> Cfr. la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha modificato in tal senso il precedente articolato della legge n. 241 del 1990.
- <sup>29</sup> D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.
- <sup>30</sup> Cfr. il par. 6 del presente lavoro.
- <sup>31</sup> Si tratta del c. 5 dell'art. 301 ai sensi del quale «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare promuove l'informazione del pubblico quanto agli effetti negativi di un prodotto o di un processo e, tenuto conto delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente, può finanziare programmi di ricerca, disporre il ricorso a sistemi di certificazione ambientale ed assumere ogni altra iniziativa volta a ridurre i rischi di danno ambientale».
- <sup>32</sup> Cfr. Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I: 293 sgg.
- <sup>33</sup> Cfr. Corte cost., 8 marzo 2006, n. 116, in *Giur. cost.*, 2006: 1099 sgg.
- <sup>34</sup> In tal senso, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I: 441 sgg.
- <sup>35</sup> Cfr., per es., Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, che ha ritenuto legittima la mancata inclusione dei farmaci componenti il c.d. 'multitrattamento Di Bella' nell'elenco di quelli erogabili a totale carico del servizio sanitario nazionale in quanto non sottoposti a tutti i necessari studi clinici prescritti dal legislatore. In termini analoghi, Corte cost., 22 luglio 1999, n. 351, che ha ritenuto legittime le cautele apprestate dallo Stato nei confronti della encefalopatia animale.
- <sup>36</sup> In particolare, a seguito dei provvedimenti cautelari di sospensione della attività industriale adottati dal giudice penale al fine di prevenire il rischio di una lesione futura del diritto alla

salute dei lavoratori e della popolazione, il Governo italiano era intervenuto sia in via amministrativa, aggiornando, anche alla luce delle migliori tecniche disponibili, l'autorizzazione integrata ambientale rilasciata all'impresa; sia in via legislativa, adottando il decreto legge 3 dicembre 2012, n. 307, convertito in legge 24 dicembre 2012, n. 231, oggetto della sollevata questione di legittimità costituzionale. Cfr. il punto 5.3 del *Considerato in diritto*: «Il rimettente si limita in effetti ad evocare una generica corrispondenza tra le norme di tutela dei diritti fondamentali contenute nella Carta costituzionale, asseritamente violate dalle disposizioni oggetto di censura, ed alcune norme sovranazionali, comprese nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo o nell'ordinamento dell'Unione europea. Non viene proposta alcuna puntuale considerazione, però, sulle specifiche ragioni di conflitto tra il diritto nazionale ed i parametri interposti, dei quali non è illustrata, neppure in termini sommari, la concreta portata precettiva. Il diritto dell'Unione, in particolare, è genericamente evocato in rapporto ai principi di precauzione e di responsabilità per i danni da inquinamento (art. 191 T.F.U.E.), senza tenere in concreta considerazione la specifica produzione normativa in materia di siderurgia, compresi i recenti approdi rappresentati dalla decisione 28 febbraio 2012 (Decisione di esecuzione 2012/135/UE della Commissione [...]) che stabilisce le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili (BAT) per la produzione di ferro e acciaio ai sensi della direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle emissioni industriali, notificata con il numero C[2012] 903) e dalle due risoluzioni assunte dal Parlamento europeo, sempre in tema di esercizio dell'industria siderurgica nell'ambito dell'Unione, il giorno 13 dicembre 2012».

<sup>37</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6660 che ha ammesso l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti in attuazione del principio di precauzione.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost. n. 115 del 2011, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost. n. 115 del 2011, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> Cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6660, che ha ritenuto legittima una simile ordinanza sindacale contingibile e urgente, addirittura ritenendola adottata «in doverosa attuazione del principio di precauzione di matrice comunitaria».

<sup>42</sup> In tal senso, correttamente, Tar Puglia, Bari, 15 giugno 2011, n. 1081, riguardante una ordinanza comunale con la quale era stata imposta a una impresa l'adozione di una serie di misure precauzionali sull'assunto che fosse necessario ricondurre lo stato di qualità dell'aria comunale al di sotto di determinati valori obiettivo il cui raggiungimento era però fissato solo entro il 31 dicembre 2012.

<sup>43</sup> Cfr., per esempio, Tar Trentino Alto Adige, sez. I, Trento, 25 marzo 2010, n. 93, che ha affermato la pericolosità di una sostanza presente nelle acque sotterranee nonostante la sua mancata inclusione nella relativa tabella allegata al Codice dell'ambiente e nonostante l'Istituto superiore di sanità avesse negato l'assimilabilità della stessa a un idrocarburo. Nella stessa logica, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 dicembre 2010, n. 4882, ha ritenuto legittima, sulla base dell'ampia formulazione letterale dell'art. 301 del Codice dell'ambiente, la individuazione, da parte del Ministero, di valori limite di scarico delle acque emunte dalle aree di bonifica più restrittivi di quelli previsti dall'All. 5 al Codice dell'ambiente.

<sup>44</sup> Cfr. Corte cost. 10 marzo 1988, n. 278, in *Giur. cost.*, 1998, I: 1166, in un caso riguardante i poteri attribuiti al Presidente del Consiglio dei Ministri di modificare con proprio decreto l'elenco delle specie cacciabili, ove si legge: «In altri termini, si tratta di elementi o di situazioni che non possono essere tutti e compiutamente predeterminati nella normazione primaria. In tal caso, il legislatore formula un elenco, di per se stesso ampiamente indicativo di un certo orientamento nella scelta della selvaggina cacciabile, e detta principi rigorosi, in relazione ai quali, ed entro l'ambito dei quali, conferisce poi all'Esecutivo o ad un suo organo il potere di adeguarli ai mutamenti inevitabili che la realtà subisce nel tempo».

<sup>45</sup> Cfr. il Considerando 6 della Comunicazione della Commissione cit.

- <sup>46</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 maggio 2006, caso 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 75: «The Court reiterates its case-law according to which the concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law. The issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1 (see, mutatis mutandis, *Zwierzynski v. Poland*, no. 34049/96, § 63, ECHR 2001-VI). Certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (see *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 1999-II, and *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 100, ECHR 2000-I)».
- <sup>47</sup> Cfr., per esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, caso 31107/96, *Iatridis v. Greece*; Id., 8 marzo 1988, caso 391917/86, *Karni v. Sweden*.
- <sup>48</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, caso 75909/01, *Sud Fondi c. Italia*, parr. 124, 136-137, che ha ritenuto integrata una violazione del ‘diritto di proprietà’ ex art. 1, primo Protocollo CEDU, nel caso di confisca dei beni disposta in conseguenza di una lottizzazione abusiva.
- <sup>49</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, caso 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. v. Italy*, par. 187.
- <sup>50</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 2009, caso 67021/01, *Tatar v. Romania*, parr. 104-107.
- <sup>51</sup> Cfr., per esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 dicembre 2013, caso 52806/09 e altri, *Pres. Vajić- Vilnes and Others v. Norvegia*, par. 244, nella quale alcuni sub, impiegati da diverse compagnie petrolifere nelle operazioni di ricerca del petrolio nel mare del Nord nel periodo 1965-1970, lamentavano di avere riportato gravi problemi di salute a causa delle modalità di svolgimento delle immersioni (in particolare, pure in presenza di incertezza scientifica circa gli effetti di lungo periodo connessi alle operazioni di decompressione, le autorità norvegesi avevano autorizzato le compagnie petrolifere a mantenere il segreto sulle regole e sui protocolli da esse adottati con riguardo a tali operazioni). Nella sentenza si legge: «Having regard to all of the above-mentioned considerations, in particular the authorities’ role in authorising diving operations and in protecting the safety of such operations as well as the lack of scientific consensus at the time regarding the long-term effects of decompression sickness and the uncertainty about these matters which existed at the time (see paragraph 147 (h) above), in order to minimise the possibility of damage a very cautious approach was called for (see paragraph 85 above). In the Court’s view it would therefore have been reasonable for the authorities to take the precaution of ensuring that the companies observe full transparency about the diving tables used and that the applicants, and other divers like them, receive information on the differences between tables, as well as on their concerns for the divers’ safety and health, which constituted essential information that they needed to be able to assess the risk to their health and to give informed consent to the risks involved. This the authorities could have done when, for example, granting authorisation of diving operations and upon inspections. Had they done so they might conceivably have helped to eliminate sooner the use of rapid tables as a means for companies to promote their own commercial interests, potentially adding to the risks to divers’ health and safety. By failing to do so the respondent State did not fulfil its obligation to secure the applicants’ right to respect for their private life, in violation of Article 8 of the Convention. There has accordingly been a violation of this provision».
- <sup>52</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 aprile 2000, caso 27644/95, *Athanassoglou v. Switzerland*, par. 51, ove i giudici di Strasburgo hanno negato che alcuni cittadini, residenti nelle vicinanze di una centrale nucleare, potessero proporre ricorso avverso il provvedimento amministrativo che prorogava a tempo indeterminato l’autorizzazione allo sfruttamento del-



la stessa, sull'assunto che non fosse stato dimostrato che l'operatività dell'impianto era idonea a esporre i ricorrenti «to a danger that was not only serious but also specific and, above all, imminent».

<sup>53</sup> Cfr., per esempio, Corte europea di Giustizia, ord. 11 aprile 2001, causa C-475/00, parr. 96 e 101.

<sup>54</sup> Eppure è noto che, talora, il giudice penale ha ricostruito la responsabilità colposa fondandola sulla precauzione, in particolare, in occasione di taluni disastri ambientali che hanno avuto una risonanza, anche mediatica, amplissima: cfr., per es., la sentenza della Corte d'Appello di Venezia, 15 dicembre 2004, sez. II (poi confermata in Cassazione nel 2006), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005: 1670, riguardante il caso del petrolchimico di Porto Marghera.

*Riferimenti bibliografici*

- Acerboni F. 2000, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Dir. reg.*: 252 sgg.
- Alessandri A. 2005, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*: 565 sgg.
- Allen T. 2003, *The Autonomous Meaning of 'Possession' under the European Convention on Human Rights*, in E. Cook (a cura di) *Modern Studies in Property Law*, II, Hart Publishing, Oxford: 56 sgg.
- Allena M. 2014, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubbl.*: 168 sgg.
- Amirante D. 2001, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. amb.*: 16 sgg.
- Antonioli M. 2007, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 51 sgg.
- Auby J.B., *L'évolution du traitement du risque: le passage de la responsabilité à l'ingérence. La responsabilité le traitement préalable ou la précaution, le traitement ex ante ou l'ingérence - L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public*, in *Revue européenne de droit public*, 2001, I: 169 sgg.
- Barone A. 2006, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano.
- Bartolomei S. 2001, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale*, in *Bioetica*: 321 sgg.
- Beck U. 2000, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma.
- Benvenuti F. 2006, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, in Id., *Scritti giuridici*, I, *Monografie e manuali*, Milano: 870 sgg.
- Bertarini B. 2016, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Giappichelli, Torino.
- Boehmer-Christianses S. 1994, *The Precautionary principle in Germany – Enabling Government*, in T. O'Riordan, J. Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, Cameron May, Londra.
- Bonatti S. 1999, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 833 sgg.
- Busnelli F.D. 1976, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*: 41 sgg.
- Butti L. 2007, *The Precautionary Principle in Environmental Law. Neither Arbitrary nor Capricious if Interpreted with Equilibrium*, Giuffrè, Milano.
- 2014, *L'utilizzo della scienza nel diritto ambientale*, in *Riv. giur. dell'amb.*: 129 sgg.
- Cafagno M. 2007, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino.
- Calabresi G. 1975, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Cassese S. 1995, *Diritto ambientale comunitario*, Giuffrè, Milano.
- 2001, *La nuova disciplina sulla protezione dalla esposizione a campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir. amm.*: 239 sgg.

- Castronovo C. 1979, *Problema e sistema del danno da prodotto*, Giuffrè, Milano.
- Cavallo Perin R. 1990, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano.
- 2005, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Dir. amm.*: 777 ss.
- Centonze F. 2004, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano.
- Cerbo P. 2012, *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*: 215 sgg.
- Cerulli Irelli V. 2011, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*: 1600 sgg.
- Chiti M.P. 2006, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 1 sgg.
- Christoforou T. 2002, *Science, Law and Precaution in Dispute Resolutions on Health and Environmental Protection: What Role for Scientific Experts?*, in J. Bourrinet, S. Maljean-Dubois, *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Aix-Marseille-Paris: 232 sgg.
- Cocco G. 1997, *Ambiente*, voce del *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, I, 101 sgg.
- Cognetti S. 2014, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino: 127 sgg.
- Comporti G.D. 2005, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*: 215 sgg.
- Corso G. 2011, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, I: 3 sgg.
- De Leonardis F. 2005, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in <<http://www.federalismi.it/federalismi/document/30102006025016.pdf>> (12/2016).
- 2012, *Il principio di precauzione*, in F. Saitta, M. Renna (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 413 sgg.
- De Sadeleer N. 2001a, *Gli effetti del tempo, la posta in gioco e il diritto ambientale*, in *Riv. giur. dell'amb.*: 598 sgg.
- 2001b, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, in *Cahiers de droit européen*: 91 sgg.
- 2001c, *Les avatars du principe de précaution en droit public. Effet et mode au révolution silencieuse?*, in *RFD adm.*: 548 sgg.
- 2003, *I principi del diritto ambientale, da slogan politici a diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*: 258.
- Dell'Anno P. 2004, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.

- 2016, intervento al Seminario *L'“ambiente” degli altri: esperienze nazionali a confronto*, Università L. Bocconi di Milano, 25 maggio.
- Di Benedetto D. 2006, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Argo, Lecce.
- Douglas M. 1991, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Feltrinelli, Milano.
- Douglas M., Wildavsky A. 1982, *Risk and Culture, an Essay on the Selection of Environmental and Technological Dangers*, University of California Press, Berkeley.
- Falomo L.M. 1992, *L'incidenza del Trattato di Maastricht sul diritto comunitario ambientale*, in *Riv. dir. eur.*: 597 sgg.
- Ferrara R. 2005, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*: 509 sgg.
- 2014a, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*: 651 sgg.
- 2014b, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del diritto*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli), I, Giuffrè, Milano: 19 sgg.
- Fisher E., Jones J., von Schomberg R. 2002, *Precaution, Precaution Everywhere: Developing a Common Understanding of the Precautionary Principle in the European Community*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, I: 7 sgg.
- 2006, *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Oxford.
- Follieri F. 2016, *Decisioni precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in corso di pubblicazione.
- Fonderico F. 2004, *Tutela dell'inquinamento elettromagnetico e amministrazione precauzionale*, in *Giorn. dir. amm.*: 339 sgg.
- Forti G. 2006, *“Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*: 155 sgg.
- Foster C. 2011, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Fracchia F. 2002, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il dir. dell'economia*: 215 sgg.
- 2010, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2013, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Freestone D., Hey H. 1996, *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, L'Aia.
- Galasso G. 2006, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Giappichelli, Torino.
- Gilberti B. 2013, *Il principio di precauzione nel diritto alimentare e farmaceutico*, in <<http://www.giustamm.it/bd/dottrina/4615>> (12/2016).

- Giunta F. 2006, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*: 227 sgg.
- Goisis F. 2011, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-Tar*: 1228 sgg.
- Goisis F., Stefani L. 2016, *The Polluter-Pays Principle and Site Ownership: the European Jurisprudential Developments and the Italian Experience*, in *Journal for European Environmental and Planning Law*: 218 sgg.
- Graggiani A. 2003a, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*: 9 sgg.
- 2003b, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Foro it.*, I: 293 sgg.
- Grassi S. 2001, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gest. dell'ambiente*: 37 sgg.
- Grassi S., Graggiani A. 2003, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino: 149 sgg.
- Grasso G. 2003, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del diritto*: 581 sgg.
- Hilson C. 2009, *Risk and the European Convention on Human Rights: Towards a New approach?*, in *Cambridge Yearbook of European Studies*, Cambridge University Press, Cambridge, 11: 353 sgg.
- Iera R. 2016, *Il nesso di causalità nella responsabilità da danno ambientale: una rilettura sistematica alla luce della sentenza della Corte di giustizia, 4 marzo 2015, causa C-534/13*, in *Il dir. dell'econ.*, in corso di pubblicazione.
- Izzo U. 2004, *La precauzione nella responsabilità civile: analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusione*, Cedam, Padova.
- Jonas H. 1990, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino.
- Krämer L. 2006, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano.
- Lucarelli A. 2016, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*: 5 sgg.
- Luhmann N. 1995, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano.
- 1996, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano.
- Luzzatti C. 1999, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Manfredi G. 2004, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, III: 1075 sgg.
- 2011, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, <<http://www.rqda.eu>> (12/2016).
- 2013, *Poteri di ordinanza, legalità, Stato governativo*, in *Amministrare*: 407 sgg.

- Marchetti B. 2010, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 149 sgg.
- Marini L. 2004, *Il principio di precauzione nell'ordinamento internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano.
- Marino I.M. 2011, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale scientifica, Napoli, III: 2177 sgg.
- Mazzamuto M. 2009, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*: 1571 sgg.
- Merusi F. 2001, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*: 221 sgg.
- Monaco G. 2014, *Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urb. app.*: 551 sgg.
- Morbidelli G. 1996, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, II: 1121 sgg.
- Morris J. 2002, *Retinking risk and precautionary principle*, Butterworth-Heinemann, Oxford.
- O' Riordan T., Cameron J. 1994, *The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle*, in Id., *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, Londra.
- Onida V. 2013, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*: 1494 sgg.
- Pardy B. 2002, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Les Cahiers De Droit*, 43: 66 sgg.
- Piergallini C. 2004, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano.
- 2005, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio. Prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*: 1570 sgg.
- Ponzanelli G. 2002, *La responsabilità civile: tredici variazioni sul tema*, Cedam, Padova.
- Popper K.R. 1970, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino.
- Popper K.R., Lorenz K. 1989, *Il futuro è aperto*, Bompiani, Milano.
- Praduroux S. 2010, *La proprietà privata nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *ISAIDAT Law Review*: 1 sgg.
- 2012, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*: 765 sgg.
- Prosser T. 2005, *The Limits of Competition Law: Market and Public Services*, Oxford University Press, Oxford.
- Ramajoli M. 2011, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale scientifica, Napoli: 795 sgg.
- Renna M. 2009, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*: 649 sgg.
- 2012, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. dell'amb.*: 62 sgg.
- 2016, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*: 1 sgg.

- Rodotà S. 1964, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Romano Tassone A. 2013, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*: 559 sgg.
- Rossi V., Jannuzzi F. 2001, *Considerazioni sul principio di precauzione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*: 91 sgg.
- Sau A. 2013, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, FrancoAngeli, Milano.
- Savona P. 2010, *Dal pericolo al rischio. L'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, I: 355 sgg.
- 2011, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=19344>> (12/2016).
- 2013, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Scovazzi T. 1992, *Sul principio di precauzione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. dir. intern.*: 699 sgg.
- Slovic P. 2000, *The Perception of Risk*, Earthscan Publication, Sterling.
- Sollini M. 2006, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare: profili critico-ricostruttivi*, Giuffrè, Milano.
- Spuntarelli S. 2014, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in <<http://costituzionalismo.it/articoli/493/>> (12/2016), III: 1 sgg.
- Stella F. 2003, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano.
- Sunstein C.R. 2010, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, Bologna.
- Tallacchini M.C. 1996, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino.
- 1999, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, Olschki, Firenze.
- Travi A. 2003, *Droit public et risque: Italie*, in *Revue européenne de droit public*: 491 sgg.
- Trimarchi F. 2005, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 1673 sgg.
- Trimarchi P. 1961, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano.
- Tropea G. 2011, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*: 623 sgg.
- Trouwborst A. 2002, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International, L'Aia-Londra-New York.
- Zander J. 2010, *The Application of the Precautionary Principle in Practice. Comparative Dimensions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Zeï A. 2008, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, III: 670 sgg.





# LA TUTELA DELLA CHANCE OVVERO ALLA RICERCA DEL BENE SPERATO

*Vincenzo Antonelli*

SOMMARIO – 1. Il sorgere del dibattito scientifico e giurisprudenziale. 2. Le motivazioni culturali. 3. I caratteri della giuridificazione. 4. La responsabilità civile della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa. 5. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa. 6. Il diritto come metodo scientifico. 7. La chance oltre il risarcimento. 8. La chance nella giurisprudenza della Corte dei Conti. 9. La prospettiva europea della chance. 10. Alcune considerazioni conclusive.

## *1. Il sorgere del dibattito scientifico e giurisprudenziale*

Il dibattito sulla rilevanza giuridica e sulla conseguente tutela delle chance risale agli anni settanta, periodo in cui compaiono i primi studi dottrinali e le prime decisioni giurisprudenziali.

Si tratta di una riflessione che inizialmente ha occupato il recinto del diritto privato.

Alla base del processo di giuridificazione vi è la situazione di un soggetto che per effetto di un inadempimento o di un illecito altrui ha perso la possibilità concretamente esistente di conseguire un vantaggio (economico), un'utilità, un bene. Il dato fenomenico indagato è, dunque, costituito dall'atteggiamento di chi ragionevolmente attende il verificarsi di un evento favorevole e da ritenersi probabile alla luce delle circostanze attuali, ma che per un fatto o causa ad altri imputabile non si verifica.

Si tratta di una figura, la chance, alla quale la giurisprudenza ha ricondotto fattispecie tra loro diverse. A partire dai primi anni Ottanta – la prima sentenza che ne tratta è Cass. lav. n. 6906/1983 – la figura della chance è stata utilizzata per tutelare 'nuovi' interessi che emergevano in contesti di vita tra loro differenti, quali il rapporto di lavoro, la tutela della salute, la partecipazione ad una controversia in sede giudiziaria, le prestazioni professionali.

Nell'ambito dell'elaborazione giurisprudenziale civilistica si sono consolidate due ricostruzioni: per una prima tesi, cosiddetta ontologica, la chance costituisce un bene suscettibile di valutazione patrimoniale in sé e per sé. Ne consegue che il risarcimento disposto dal giudice ha ad oggetto la perdita della mera opportunità, possibilità ed anche solo speranza, di conseguire un'utilità. Dunque, il risarcimento è volto a ristorare un danno emergente comun-

que attuale e concreto, mentre la probabilità di verificaione dell'utilità finale incide solo sul *quantum* risarcitorio, non sull'*an*. Ciò è stato sostenuto inizialmente dalla Sezione Lavoro della Cassazione per risarcire i dipendenti illegittimamente esclusi dalla partecipazione ad un concorso interno. Secondo questo indirizzo la prova della chance non attiene al nesso eziologico tra condotta ed evento, ma riguarda la consistenza percentuale di un bene già presente nel patrimonio del soggetto.

Siffatta ricostruzione è stata criticata, da un lato, perché con essa si finisce per ammettere la risarcibilità di un danno il cui nesso causale rispetto alla condotta non è certo, dall'altro, perché si tributa una valutazione economica ad un bene che non ha utilità in sé. La chance non è, infatti, una utilità in sé – ed infatti non si può cedere, donare o vendere –, ma è utile solo in quanto realizzata, e la sua perdita non si distingue dalla perdita del risultato finale sperato. È stato, altresì, osservato che proprio per evitare risarcimenti futuri, si chiede di dimostrare che la possibilità di raggiungere il risultato sia seria e non simbolica, ciò che non dovrebbe essere laddove la chance fosse un bene in sé già presente nel patrimonio, generando in tal modo una contraddizione.

Queste critiche hanno portato all'elaborazione di una diversa linea ricostruttiva, conosciuta come tesi eziologica. Secondo questa prospettiva la risarcibilità della chance è ammessa solo quando l'occasione perduta si presenta, se valutata con prognosi postuma, assistita da 'considerevoli possibilità di successo' o 'ragionevole probabilità di verificarsi' da scrutinarsi anche in base a presunzioni<sup>1</sup>.

La chance è, pertanto, assunta quale criterio di verifica della sussistenza del legame eziologico tra la condotta impeditiva e la verificaione del danno patito inteso quale perdita del risultato finale, permettendo così di dimostrare in modo meno rigoroso il nesso causale. La perdita di chance non costituisce, dunque, la perdita di un bene patrimoniale, ma soltanto il venir meno di un presupposto necessario per il conseguimento del bene sperato.

Rispetto a queste due divergenti ed opposte ricostruzioni la giurisprudenza civile ha proposto una terza via ermeneutica (c.d. tesi intermedia) basata sulla distinzione tra perdita del bene futuro e perdita di chance, considerati due beni giuridici diversi, in relazione a ciascuno dei quali va accertato in via autonoma il nesso causale. Il danno futuro derivante dalla definitiva perdita, a causa del comportamento altrui, del bene ultimo avuto di mira è risarcito quale lucro cessante, la chance in senso stretto, intesa quale lesione della possibilità di raggiungere il risultato sperato, è, invece, risarcita come danno emergente. Secondo questo indirizzo giurisprudenziale ne consegue che nel danno futuro l'onere probatorio riguarda il fatto che, ove fosse stato tenuto il comportamento legittimo, il risultato sarebbe stato raggiunto, mentre la lesione di chances riguarda la perdita di una probabilità non trascurabile di raggiungere il risultato.

Viene in tal modo configurato un doppio binario causale, «due dimensioni di analisi del rapporto causale rilevanti ai fini civilistici: la causalità civile ordinaria, attestata sul versante del “più probabile che non”, che ha per oggetto il danno per la perdita del bene leso; e la causalità da perdita di chance, attestata sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato, da intendersi come sacrificio della possibilità di conseguirlo»<sup>2</sup>: nel primo caso, il risarcimento è integrale con riferimento al bene leso, nel secondo caso è parametrato percentualmente sulla chance persa. A questo approdo è giunta la Corte di Cassazione, che ha distinto tra chance e danno futuro sia in materia di responsabilità medica, differenziando la domanda di risarcimento per diminuzione della speranza di sopravvivenza, dalla domanda di risarcimento per morte<sup>3</sup>; sia in materia lavoristica, differenziando il danno da mancata partecipazione ad un concorso, dal danno da mancata promozione in esito a tale concorso<sup>4</sup>.

Il giudice civile si è, altresì, preoccupato di distinguere la chance dalla mera aspettativa di fatto<sup>5</sup>. A tal fine la chance viene definita quale «legittima aspettativa di natura patrimoniale» (in contrapposizione all'aspettativa di mero fatto insuscettibile di tutela giuridica) ovvero come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, che in quanto tale costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente oggetto di autonoma valutazione<sup>6</sup>. La chance è, pertanto, riportata nell'alveo della figura dell'aspettativa, il cui contenuto è individuato nel legittimo ed oggettivo affidamento di conseguire il godimento di un bene finale. Non sembra, invece, richiamata l'aspettativa quale figura tipica della fattispecie a formazione progressiva o parziale, idonea a produrre – al manifestarsi di alcuni elementi della fattispecie – effetti preliminari, protettivi, conservativi. Si tratta di effetti preliminari considerati – da alcune voci dottrinali – autonomi rispetto all'effetto finale ed invocati quali indici positivi di rilevanza giuridica (Falzea, 1965: 481 sgg., trattando della rilevanza giuridica, ritiene che la fattispecie parziale, fino a quando non viene completata e reintegrata nella totalità dell'ordinamento giuridico, non è in grado di esprimere pienamente l'interesse tutelato dal diritto e non può produrre i suoi effetti tipici. Tuttavia, l'Autore prospetta la possibilità che si producano in tal caso «effetti collaterali», quali l'aspettativa o effetti conservativi. Gabrielli, 1974: 52, ritiene che il concetto di aspettativa sia legato a quello di fattispecie a formazione progressiva, in quanto «un'aspettativa nasce quando siano venuti in essere alcuni, ma non tutti gli elementi di una fattispecie unitaria». Rubino, 1939: 316, spiega che «giuridicamente, l'aspettativa designa il semplice complesso degli effetti preliminari singoli disposti in favore di un subbietto, cioè il complesso dei rapporti preliminari in cui un subbietto interviene nel termine attivo»).

Da quanto sinteticamente illustrato emerge come il percorso di giuridificazione della chance avviato dalla giurisprudenza civilistica non sembra giunto ad un approdo unitario sul piano definitorio: le diverse (e a volte contrapposte) ricostruzioni testimoniano la prevalenza di un approccio empirico volto più ad assicurare il riconoscimento del risarcimento del danno a molteplici e differenti pretese del privato che a coniare una nozione unitaria sul piano ermeneutico (Barcellona, 2011: 945 sgg.).

## *2. Le motivazioni culturali*

Se con il termine giuridificazione si intende il passaggio di un fenomeno (sociale) dalla irrilevanza alla rilevanza giuridica la figura della chance ne costituisce un importante banco di prova. Tuttavia, divergenti appaiono le motivazioni culturali che ne hanno accompagnato il percorso di giuridificazione.

I giudici civili hanno fatto ricorso alla figura della chance per ampliare le possibilità di tutela delle istanze economiche dei privati. Soprattutto il dibattito dottrinale si è preoccupato di individuare e circoscrivere gli interessi tutelati: il patrimonio (e la sua integrità), la libertà di impresa e di iniziativa economica, la concorrenza del mercato. Più in generale si è fatto ricorso alla tutela della chance al fine di evitare un pregiudizio economico o un ingiustificato impoverimento.

In letteratura non è mancato chi ha ricondotto il danno da perdita di chance alla categoria del danno meramente patrimoniale, ritenendo che in questi casi il giudice ha riconosciuto il risarcimento di una perdita economica pura e semplice a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica del danneggiato (individuata invece dalla giurisprudenza nel diritto all'integrità del patrimonio)<sup>7</sup>. Quello che manca secondo questa prospettiva interpretativa è una situazione giuridica soggettiva individuata dall'ordinamento (e non dal giudice), la cui lesione – secondo lo schema della tipicità dell'illecito civile – sia fonte di responsabilità (Castronovo, 1991: 15 e 30).

Dunque, la giuridificazione della chance può essere riportata a quella tendenza della cultura giuridica volta ad ampliare le ipotesi e il grado di protezione degli interessi patrimoniali.

Allo stesso tempo l'approccio empirico seguito dalla giurisprudenza mette in evidenza come la tutela della chance sia finalizzata a garantire interessi anche non patrimoniali: è il caso della salute, della capacità lavorativa, dello sviluppo professionale, dell'accesso alla tutela giurisdizionale.

Non sono, infatti, mancati casi in cui fattispecie considerate di danno da perdita di chance sono state ricondotte allo schema del danno biologico: il danno alla vita di relazione, il danno derivante da perdita di chance lavorati-

ve<sup>8</sup>, il danno da riduzione della capacità di concorrere<sup>9</sup>, il danno alla capacità di produrre reddito.

La tutela della chance non sembra, pertanto, volta a dare rilevanza giuridica ad un solo tipo di interesse, ma ad assicurare una protezione giuridica ad una molteplicità di interessi. La chance appare più come una tecnica di tutela e di protezione versatile e in quanto tale una creazione tutta giuridica, che il frutto di un percorso di giuridificazione di uno specifico interesse di fatto.

La rilevanza giuridica della chance ovvero, secondo quest'ultima prospettiva, l'introduzione di una nuova tecnica di protezione può essere inquadrata nella tendenza avviata dalla giurisprudenza civilistica, ed alimentata dalla Corte costituzionale, di ampliare l'area del risarcimento del danno, tendenza che ha trovato nella sentenza n. 184 del 1986 della Consulta un significativo riconoscimento, finalizzato a tutelare specifici valori personali, prioritari, non tutelabili soltanto in funzione dei danni patrimoniali (e non) conseguenti all'illecito: «è la natura (il valore, il significato giuridico) del bene garantito che, riverberandosi sul precetto secondario [dell'illecito], lo condiziona, sottraendolo, ove del caso, ad arbitrarie determinazioni del legislatore ordinario». In alcuni casi il giudice costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi su fattispecie di regola ricomprese nella figura della chance. In particolare nella sentenza n. 219 del 2002 la Corte costituzionale ha riconosciuto che il divieto imposto, a chi sia già in possesso di un diploma di specializzazione o di formazione specifica in medicina generale, di accedere alla formazione in vista del conseguimento di una ulteriore specializzazione non può ritenersi compatibile con i principi costituzionali. Secondo il giudice costituzionale al diritto allo studio si ricollega quello di aspirare a svolgere, sulla base del possesso di requisiti di idoneità, qualsiasi lavoro o professione, in un sistema che non solo assicuri la «tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, della Costituzione), ma consenta a tutti i cittadini di svolgere, appunto «secondo le proprie possibilità e la propria scelta», un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, secondo comma, della Costituzione): ciò che a sua volta comporta, quando l'accesso alla professione sia condizionato al superamento di un *curriculum* formativo, il diritto di accedere a quest'ultimo in condizioni di eguaglianza. Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione. Nella più recente sentenza n. 60 del 2014 il giudice costituzionale ha, invece, dichiarato inammissibile – in quanto sollevata in relazione ad una mera eventualità, perciò in termini ipote-

tici e astratti, che la rendono non rilevante –, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 180 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 1 del 2009, nella parte in cui non prevede anche una sospensione del termine di durata delle idoneità conseguite nei concorsi di ricercatore e professore universitario, per tutto il tempo in cui opera il divieto di assunzione, così determinando l'effetto sproporzionato, irragionevole e in contrasto con il principio di buon andamento dell'amministrazione, che il termine di durata dell'idoneità decorra durante il periodo in cui opera il divieto di assunzione, traducendosi il divieto di assunzione imposto alle università anche in una perdita definitiva, per gli idonei, della chance di assunzione, tutte le volte in cui le università non rientrano nei parametri di legge durante il periodo di validità dell'idoneità.

### *3. I caratteri della giuridificazione*

La responsabilità civile costituisce la via attraverso la quale l'ordinamento ha attribuito rilevanza giuridica alla chance. Come ha ricordato la Corte costituzionale «il risarcimento del danno ex art. 2043 é sanzione esecutiva del precetto primario: ed é la minima (a parte il risarcimento ex art. 2058 c.c.) delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela d'un interesse» (secondo Bianca, 1994: 544, «la norma generale sull'illecito civile non indica i singoli diritti da rispettare. Occorre quindi accertare quali sono gli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione, la cui lesione integra il danno ingiusto»). Castronovo, 1991: 45 mette a confronto la concezione normativa dell'illecito rispetto a quella realistica, l'una sostiene il carattere tipico dell'illecito aquiliano, l'altra l'atipicità).

Si tratta di un traguardo diventato raggiungibile grazie all'evoluzione che ha interessato il modo di intendere la funzione e la struttura dell'illecito civile. La ricostruzione dell'illecito civile, incentrato su una clausola generale primaria, espressa dalla formula 'danno ingiusto', in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza<sup>10</sup>, ha reso, infatti possibile l'autonoma tutela risarcitoria della chance.

Considerata quale concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, la chance è considerata un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, configura una lesione all'integrità del patrimonio (Bianca, 1994: 624, ritiene che «la lesione dell'integrità patrimoniale costituisce danno ingiusto in quanto lesione di uno dei diritti che concorrono a formare il patrimonio. La denominazione di diritto all'integrità patrimoniale non sembra dunque in-

dicare un'autonoma posizione giuridicamente tutelata, ed è opportuno evitarla per evitare occasioni di confusione») la cui risarcibilità è, quindi, conseguenza immediata e diretta del verificarsi d'un danno concreto ed attuale<sup>11</sup>.

Tuttavia, le ricostruzioni giurisprudenziali sono state oggetto di critiche da una parte della letteratura che ha messo in discussione la risarcibilità della chance in quanto tale. Concepito quale norma secondaria a carattere sanzionatorio l'illecito aquiliano – basato sul nesso di colpa e causalità – dovrebbe impedire la risarcibilità della chance quale ipotesi di danno autonomo, in quanto non può essere considerata un danno certo.

Altre voci critiche si basano sulla mancanza di una previsione normativa a carattere più o meno generale che riconosca alla chance o alle ipotesi ad essa riconducibili rilevanza giuridica autonoma (a prescindere dal risarcimento del danno).

#### *4. La responsabilità civile della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa*

La figura della chance ha finito per valicare i confini del diritto privato e per irrompere nello spazio del diritto amministrativo (si veda Vaiano, 2002: 201 sgg.). È proprio in occasione dell'abbattimento della 'pietrificata' giurisprudenza che sanciva l'irrisarcibilità degli interessi legittimi che le sezioni unite della Cassazione nella nota sentenza n. 500 del 1999 additano la risarcibilità del danno da perdita di chance come una tappa (importante) per erodere l'assolutezza del principio che vuole risarcibile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., soltanto la lesione del diritto soggettivo. La chance è ricompresa tra quelle «posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni (sent. n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95), ed in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93)». Posizioni giuridiche soggettive alle quali la Suprema Corte accosta le «legittime aspettative di natura patrimoniale [sorte] nei rapporti familiari (sent. n. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95), ed anche nell'ambito della famiglia di fatto (sent. n. 2988/94), purché si tratti, appunto, di aspettative qualificabili come "legittime" (e non di mere aspettative semplici), in relazione sia a precetti normativi che a principi etico-sociali di solidarietà familiare e di costume»<sup>12</sup>.

Dunque, la chance viene ricostruita quale categoria di interessi (al pari dell'interesse legittimo) ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazio-

ne sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza e la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare un danno ingiusto. «Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto"»<sup>13</sup>.

Tuttavia, la Corte di Cassazione nel delineare il regime giuridico dell'illecito civile per illegittimo esercizio della funzione amministrativa non ricorre alla nozione di chance. Come è noto la risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo è rimesso all'esito positivo del c.d. giudizio di spettanza. Giudizio che porta ad un risultato favorevole nelle ipotesi di illegittimo esercizio di attività amministrativa vincolata e, dunque, nel caso di posizioni a risultato garantito, ma che risulta di problematica applicazione nelle ipotesi di esercizio di poteri discrezionali.

##### *5. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*

Le difficoltà insite nel giudizio di spettanza spingono una parte della dottrina e della giurisprudenza a percorrere la strada del danno da perdita di chance (si veda Cortese, 2007: 174 sgg.). Anche nello spazio del diritto amministrativo la porta di accesso è, dunque, offerta dalla responsabilità civile (si veda Siracusano, 2003: 564 sgg.).

Il giudice amministrativo muove dalla considerazione che nel caso di violazione dell'interesse pretensivo nelle ipotesi nelle quali l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale solo il nuovo esercizio del potere può dare certezze in ordine alla spettanza del bene cui il privato aspira. In tal caso «il giudizio sulla spettanza ossifica eccessivamente [...] l'azione amministrativa e posticipa irragionevolmente le possibilità di ottenere il risarcimento, costringendo il giudice a pronunciare una sentenza di inammissibilità dell'azione risarcitoria per difetto di presupposti e rimettendo in moto l'azione amministrativa, che, nel riesercizio del potere, si presenta paradossalmente scissa fra necessità di ottemperare al giudicato e timore di ingenerare i presupposti per l'esperimento dell'azione di danni. È evidente che in tali casi, ove, a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti ad aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di chance»<sup>14</sup>.



A fronte delle divergenti posizioni ricostruttive che abbiamo registrato nella giurisprudenza civilistica, il giudice amministrativo ha proposto criteri autonomi al fine di attribuire rilevanza giuridica alla chance: affinché un'occasione possa acquisire rilevanza giuridica, ossia ricevere tutela da parte dell'ordinamento, è necessario che sussista «una consistente possibilità di successo, onde evitare che diventino ristorabili anche mere possibilità statisticamente non significative»<sup>15</sup>. La chance ove si configuri quale mera possibilità di ottenere un risultato favorevole non è idonea ad assumere rilevanza per il mondo del diritto e dà vita ad un interesse di fatto, insuscettibile di ricevere tutela per la propria esigua consistenza.

Dunque, non solo la chance viene configurata come bene giuridico autonomo, indipendente dalla situazione di vantaggio verso cui il privato tende, dotato di per sé di rilevanza giuridica ed economica, in quanto componente attiva parte del patrimonio del soggetto che ne ha la titolarità, ma nella costruzione della nozione acquista un rilievo decisivo l'elemento probabilistico, posto quale fattore strutturale e costitutivo, da accertare indefettibilmente al fine di riconoscere ad una mera possibilità la consistenza necessaria per rientrare nella nozione di chance e, dunque, per ricevere protezione da parte dell'ordinamento<sup>16</sup> (secondo Cortese, 2007: 174 sgg., «il dato debole di quest'ultima lettura consiste proprio nel postulare l'esistenza di un "patrimonio" aprioristicamente considerato, ossia a prescindere dalla "poste" che di quel preciso concetto possano e/o debbano essere rimesse, per espressa previsione di legge, ad una previa valutazione amministrativa. Ma se così fosse vero, allora quel "patrimonio" sarebbe sempre e comunque garantito, senza necessità alcuna di doverne dimostrare la giuridica rilevanza e/o la concreta dipendenza da una manifestazione imperativa di potere»).

Anche di recente è stato ribadito che «il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile» e ciò è quello che «distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile»<sup>17</sup> (Siracusano, 2003: 575, ritiene che «se alla base della perdita di chance sta un giudizio probabilistico, questa dice troppo, e subisce l'irrimediabile attrazione dell'interesse materiale; se alla base sta invece un giudizio di mera possibilità, la chance dice troppo poco, e non arriva a configurare una posizione giuridica garantita in via autonoma dall'ordinamento»).

A tal fine, la giurisprudenza amministrativa ha ancorato il risarcimento del danno da perdita di chance a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una 'eventualità' di conseguimento del bene della vita. Ed infatti, in

tale ultimo caso secondo il giudice amministrativo risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall'annullamento e dalle sue conseguenze<sup>18</sup>.

Non è stato, invece, ritenuto configurabile un danno risarcibile per equivalente, allorché, per effetto dell'annullamento del provvedimento amministrativo (come nel caso di aggiudicazione), vi sia ripetizione della attività amministrativa, e quindi il ripristino della chance del concorrente<sup>19</sup>.

### 6. *Il diritto come metodo scientifico*

Il giudizio probabilistico volto a distinguere fra probabilità di riuscita (chance risarcibile) e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata (chance irrisarcibile) pone il problema di individuare le modalità con le quali determinare la soglia di probabilità che dà diritto al risarcimento. A tal riguardo la giurisprudenza amministrativistica ha fatto ricorso all'applicazione di un «metodo scientifico, che si sostanzia in un procedimento di sussunzione del caso concreto che si voglia di volta in volta analizzare sotto un sapere scientifico; ossia, quanto ai sistemi giuridici, sotto un sapere probabilistico, non sorretto da leggi statisticamente universali, ma pur sempre scientifico perché razionalmente fondato sulle conoscenze di una specifica scienza (quella giuridica) e, quindi, anch'esso attendibile»<sup>20</sup>.

A parer del giudice amministrativo, dunque, «secondo tale metodo scientifico la verifica dell'azione o della situazione fattuale esaminata quale condizione, certa o probabile, di un evento favorevole, va effettuata “secondo la migliore scienza ed esperienza”». Si tratta di una valutazione che «ammetta, con giudizio ex ante, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verifica dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%»<sup>21</sup>. Giudizio che deve tener conto della «misura [con cui] la discrezionalità amministrativa incida in ordine all'esito del giudizio prognostico in parola, ovvero con riguardo alla determinazione della consistenza e della rilevanza dell'utilità potenziale e, dunque, della sua concreta tutelabilità. Gli esiti di tale prognosi, infatti, si diversificano a seconda che il conseguimento della posizione di vantaggio, verso cui è teleologicamente orientata la chance, sia correlato ad un'attività vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale pura»<sup>22</sup>.

Dunque, la giurisprudenza nel processo di giuridificazione della chance non ricorre ad un sapere scientifico autonomo da essa, ma si fa essa stessa sapere scientifico (si veda Bobbio, 1950: 342). Le regole probabilistiche che concorrono a strutturare e costituire la nozione di chance non sono attinte dalla scienza statistica, ma elaborate direttamente dal giudice. Non si pone, pertanto, un problema di delimitazione reciproca degli ambiti di intervento di diritto e scienza o della sussunzione nel diritto di conoscenze scientifiche.

### 7. *La chance oltre il risarcimento*

Alla chance intesa quale possibilità di conseguire un risultato favorevole è stata assimilata la posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo.

La nozione di chance, inizialmente introdotta proprio per superare le difficoltà probatorie dell'interesse legittimo a carattere pretensivo, è stata utilizzata in relazione alle ipotesi di interesse legittimo oppositivo, finendo in tal modo per essere immedesimata con l'interesse legittimo sostanziale tout court (Siracusano, 2003: 576 sgg.). Il soggetto che a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo è privo della certezza di conseguire un risultato finale in termini tanto di ampliamento quanto di non riduzione della propria sfera giuridica si ritroverebbe nella medesima situazione del titolare di una chance (Vercillo, 2012: 61). Secondo questa prospettiva ricostruttiva il soggetto verserebbe, dunque, nella situazione di chi confida nel conseguimento di un risultato futuro (Ferrara, 2010: 644, sostiene che la chance «è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole». La 'chance legale' «è un bene previsto dalla legge, che la pubblica amministrazione deve dare al richiedente tramite l'emanazione del provvedimento discrezionale», Ferrara, 2010: 646. Si veda anche Trimarchi Banfi, 2009: 74).

Si tratta della medesima situazione fattuale che è alla base della figura dell'aspettativa (di «aspettativa di provvedimento» parla Stella Richter, 1981: 20. Dell'«attesa del privato» rispetto alla mancata emanazione del provvedimento riferisce Ledda, 1964: 40. Benvenuti, 1954: 173, ricostruisce l'interesse legittimo alla stregua di un'aspettativa immediatamente tutelata, a che l'autore del provvedimento, nell'esercizio del potere consentitogli, non incorra in vizi e quindi attui il potere, astrattamente previsto dalla norma. Criticamente Scoca, 1990: 30, rileva che l'interesse legittimo non può essere ridotto ad una «semplice attesa giuridicamente tutelata» a carattere inattivo. Per Piras, 1962: I, 183, tra cittadini ed autorità amministrativa «esiste – già prima che l'atto venga emanato, e per il solo fatto che si sono verificate quelle circostanze determinate, volute dalla legge, perché quell'atto possa o debba venir emanato – una relazione giuridica, o rapporto, il cui rilievo giuridico è tuttavia immediato per effetto stesso dell'avvenuta subbiettivazione e concretizzazione della norma in ordine alla fattispecie da essa prevista». Si vedano le osservazioni critiche di Cannada-Bartoli, 1972: 15. Police, 1996: 257, ritiene che «se il privato prende parte attiva alla configurazione del "problema amministrativo", se assume un ruolo di rilievo nella rappresentazione degli interessi che saranno posti alla base della decisione, se è presente nel momento in cui si pongono le fondamenta della decisione, è evidente che in lui nasca una *aspettativa di risultato* in relazione alla quale misurerà gli esiti dell'azione»).

L'aspettativa, quale situazione giuridica di pendenza (Scognamiglio, 1958: 227, ritiene che l'essenza dell'aspettativa è l'attesa, giuridicamente protetta, di un evento giuridico più o meno probabile, ma pur sempre incerto e per ragioni estranee alla volontà di chi attende), ha registrato nell'evoluzione interpretativa un progressivo ampliamento della sua portata, esplicandosi in istanze non solo conservative (statiche o inattive), ma anche partecipative e cooperative (dinamiche o attive). Ciò ha permesso di rileggere la situazione del privato che partecipa al procedimento amministrativo alla stregua di un'aspettativa legittima o qualificata. E così un significativo orientamento giurisprudenziale ha posto in rilievo come, nel nuovo modello di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241 del 1990, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, situazioni soggettive di natura strumentale che mirano a orientare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei a ingenerare, con l'affidamento del privato, un'aspettativa qualificata al rispetto di queste regole<sup>23</sup>. Regole quelle procedimentali che non sono riguardate alla stregua di 'norme neutre', inidonee a radicare situazioni soggettive, ma come capaci di contribuire ad enucleare dal novero degli interessi pretensivi, o piuttosto accanto ad essi, degli interessi procedimentali. Sicché l'aspettativa finisce per sdoppiarsi in un'aspettativa al provvedimento finale positivo e in un'aspettativa al rispetto delle regole procedimentali ovvero – volendo mantenere una nozione unitaria – l'aspettativa al bene della vita finisce per arricchirsi degli interessi procedimentali.

L'aspettativa costituisce, dunque, lo spazio concettuale dove si incontrano (e si confondono) le figure della chance e dell'interesse legittimo.

Al contempo la traslazione della nozione di chance nel diritto amministrativo ha contribuito a far emergere nel farsi della funzione amministrativa l'esistenza di posizioni giuridiche autonome rispetto al bene finale (cui tende l'interesse legittimo), posizioni accomunate dal carattere della strumentarietà (Vercillo, 2012: 75, distingue tra «chance c.d. interna», corrispondente a quella particolare situazione di tensione, sotto certi aspetti coincidente con la c.d. aspettativa giuridicamente qualificata, in cui versa il titolare di situazioni giuridiche soggettive statiche di vantaggio strumentali a risultato non garantito nello svolgimento delle relazioni intersubiettive (tanto c.d. obbligatorie, quanto c.d. amministrative), e «chance c.d. esterna», consistente nella componente pretensiva dell'interesse (negativo) del cittadino a non essere coinvolti in procedimenti amministrativi inutili per violazione del principio di buona fede e, in quanto tali, ostativi alla possibilità di conseguire vantaggi favorevoli ed ulteriori da soggetti terzi).

Non possiamo trascurare come il rifiuto di una parte della giurisprudenza e della dottrina di utilizzare il paradigma del danno da perdita di chance

(Barcellona, 2011: 945 sgg., distingue tra aspettative procedurali di risultati oggettivamente inverificabili e aspettative procedurali di spettanze accertabili anche ex post), in quanto eccessivamente limitativo dell'ambito di tutela risarcitoria dell'interesse legittimo alle sole ipotesi di illegittimo esercizio di attività amministrativa vincolata, e, dunque, alle sole posizioni a risultato garantito, abbia spostato l'indagine sulla responsabilità da «contatto amministrativo qualificato» ed abbia contribuito in tal modo a consolidare la ricostruzione del procedimento amministrativo secondo lo schema della relazione giuridica e del rapporto giuridico amministrativo (Benvenuti, 1996: 234; Antonelli, 2007; Protto, 2008; Clarich, 2013: 102). Parte della giurisprudenza riscrive, infatti, la relazione procedimentale secondo lo schema del contatto «giuridico»<sup>24</sup>, assimilato ad «un rapporto giuridico complesso da cui derivano aspettative ed affidamenti di consistenza diversa, ma certamente protetti dall'ordinamento, anche in relazione alla loro componente patrimoniale»<sup>25</sup> ovvero ad una più generica «relazione giuridica di tipo relativo»<sup>26</sup> (per Pajno, 2005: 983, sembra «che, al di là delle formule utilizzate, l'intenzione perseguita dalla giurisprudenza sia quella di prendere in adeguata considerazione tutte quelle situazioni in cui la spendita del potere amministrativo non solo incida direttamente sulla situazione soggettiva del destinatario, ma crei, comunque, una relazione con i soggetti interessati a tale esercizio, o comunque generi in essi una aspettativa o un affidamento»).

Secondo il giudice amministrativo «il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato»<sup>27</sup>. Il procedimento amministrativo offre numerose «occasioni di contatto» tra il privato e l'amministrazione, come ad esempio avviene con la comunicazione dell'avvio del procedimento o con le possibili forme di partecipazione, e genera al contempo un insieme di obblighi. Per una parte della dottrina fonte di questi obblighi è l'affidamento obiettivo ingenerato nel privato dal comportamento dell'amministrazione in seguito al «contatto amministrativo qualificato». È lo stesso interesse legittimo che contiene insito l'affidamento del privato ad un «comportamento legittimo» dell'amministrazione sufficiente a costituire fonte di obblighi generatori di responsabilità indipendentemente dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività (per Protto, 1999: 1092, la situazione di affidamento così delineata, lungi dal costituire di per sé una situazione giuridica soggettiva, permette di graduare il danno risarcibile alla consistenza dell'affidamento che, in relazione alla fattispecie concreta, il privato poteva maturare con riferimento al legittimo esercizio del potere amministrativo). Il principio dell'affidamento, che esprime l'obbligo di corret-

tezza e di buona fede nei rapporti tra amministrazione e cittadino (Racca, 2000: 358), dalla sua prima connotazione di non venire *contra factum proprium*, si sviluppa in tal modo fino a trovare applicazione all'interno del procedimento (sull'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione si leggano, tra gli altri, Merusi, 1970 e 1991: 217 sgg.; Immordino, 1999: 186; Mantero, 1979; Manganaro, 1995; Lubrano, 2003: 1247; Giani, 2005; Antoniazzi, 2005; Tarullo, 2008).

Dal contatto qualificato, che si concretizza con il dispiegarsi del procedimento amministrativo, scaturisce, dunque, un insieme di obblighi di protezione posti a presidio dell'affidamento del privato. L'innesto della figura del contatto nell'esercizio della funzione amministrativa finisce per prefigurarne una relazione giuridica, molto simile ad un rapporto giuridico. Ciò porta una parte della letteratura a parificare il contatto amministrativo qualificato ad un complesso rapporto obbligatorio, nel quale coesistono sia l'obbligazione principale all'adozione del provvedimento sia gli obblighi strumentali di protezione (si veda Cavallaro, 2004: 190). Sul presupposto che le norme regolative del procedimento hanno la finalità di «riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale di base del cittadino stesso» (Romano Tassone, 1998: 985) altra parte della dottrina ritiene che le stesse introducono doveri di protezione tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possano o meno derivare ad essa vantaggi di carattere patrimoniale. A questi doveri dovrebbero corrispondere altrettanti diritti. Si tratta del diritto: di partecipare al procedimento, all'attivazione della procedura in seguito alla propria richiesta, alla conclusione del procedimento tempestivamente e senza aggravamenti, di accesso ai documenti in possesso dell'amministrazione, all'esame delle osservazioni presentate, alla motivazione della decisione. Situazioni tutte, non soltanto «strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale [...] ma [...] diritti in sé e per sé, la cui lesione determina *tout court* un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione» (così Romano Tassone, 1998: 985; Pastori, 2003: 35, sostiene che con la legge sul procedimento è stato individuato «un catalogo di doveri/diritti nei rapporti fra amministrazioni e cittadini, di obblighi dell'amministrazione e diritti degli interessati». Sulla possibilità di configurare le posizioni giuridiche del privato nel procedimento amministrativo alla stregua di diritti si leggano Piras, 1962: I, 183, e II, 348; Pastori: 1989; Benvenuti, 1995: 1732; Clarich, 1995; Pastori, 1996: 483; Zito, 1996: 131; Pubusa, 1996: 81; Figorilli, 1996; Ferrara, 2003: 131; Pubusa: 2004, 946; Renna, 2005: 557; Orsi Battaglini, 2005: 101).

In letteratura si fa, dunque, strada la convinzione che l'esercizio della funzione amministrativa concretizzi un rapporto giuridico tra cittadino ed amministrazione, che raccoglie una molteplicità di situazioni giuridiche non più astrette dalla logica della contrapposizione, ma tra loro collegate al fine di regolare gli interessi coinvolti dalla decisione amministrativa. Si tratta di situazioni giuridiche soggettive di diversa natura e consistenza: diritti, interessi legittimi, aspettative, doveri, obblighi. Essi conferiscono rilevanza all'interno del procedimento ad una pluralità di interessi e beni, che la teoria del contatto ha cercato di tradurre in meri obblighi di protezione o in un generico dovere di correttezza, e che sarebbe riduttivo limitare a quelli procedimentali o formali. Nel rapporto procedimentale trova, invece, rispetto la persona in quanto tale. Il rapporto procedimentale garantisce la persona ben oltre i confini che possono essere raggiunti dal contatto fondato sulla buona fede. La struttura complessa del rapporto procedimentale non solo contiene le pretese del cittadino alla correttezza comportamentale dell'amministrazione, ma consente soprattutto la realizzazione dei beni della persona costituzionalmente riconosciuti (criticamente Falcon, 2009: 241, che, nell'escludere che il procedimento amministrativo possa dar luogo ad un obbligo specifico tra le parti e, dunque, a un rapporto giuridico, sostiene che «il senso che la legge dà al “dovere” che essa impone all'amministrazione non consiste nella costruzione di una relazione specifica tra essa ed il suo interlocutore; in altre parole, il trovarsi dell'interlocutore in quella determinata situazione costituisce soltanto un elemento di individuazione del destinatario del dovere, e non la ragione di una relazione determinata che la legge voglia istituire tra i due soggetti»).

#### *8. La chance nella giurisprudenza della Corte dei Conti*

La nozione di chance ha superato anche i confini della giurisprudenza amministrativa per approdare a quella contabile. Essa è stata utilizzata dalla Corte dei Conti per circoscrivere una tipologia di danno erariale: secondo il giudice contabile, infatti, il danno erariale può consistere nella perdita, da parte dell'amministrazione, della possibilità di conseguire un'entrata, cosiddetta «perdita di chance», configurandosi così una lesione del diritto all'integrità del patrimonio<sup>28</sup>.

Si tratta di uno schema ermeneutico che ha dato luogo ad una multiforme casistica<sup>29</sup>. A titolo esemplificativo il danno da perdita di chance è stato rinvenuto nel caso in cui il comportamento di rilevanza penale (corruzione e concussione) ha indotto al recesso i privati contraenti con l'ente locale per la realizzazione di una discarica<sup>30</sup>; nel caso della perdita della possibilità di perseguire una operazione di elusione fiscale<sup>31</sup>; nel caso di mancato aumento dei cano-

ni di locazione<sup>32</sup>; nel caso di accertata turbativa del regolare svolgimento di una gara pubblica a beneficio di un concorrente<sup>33</sup>; nel caso di mancato espletamento di una procedura concorsuale aperta<sup>34</sup>; nel caso di probabile perdita di clientela per gli enti pubblici operanti nel mercato<sup>35</sup>.

Per la Corte dei Conti la «perdita di chance» è una figura che considera il venir meno della possibilità, da parte dell'amministrazione, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sia di ottenere un risultato economico più favorevole (ossia un'entrata, come probabilità effettiva e congrua) sia di effettuare un minore esborso (mediante la riduzione dei prezzi negoziati)<sup>36</sup>. Il venir meno di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene assume secondo il giudice contabile i caratteri di un pregiudizio certo (anche se non nel suo ammontare) che consiste non in un lucro cessante bensì nel danno emergente – sulla base di elementi, frutto di giudizio di tipo prognostico, desumibili dal calcolo delle probabilità – e dà luogo ad un danno ingiusto cui l'ordinamento positivo collega un'obbligazione di risarcimento<sup>37</sup>.

Le decisioni della Corte dei Conti tendono a muoversi nel solco dell'indirizzo interpretativo che colloca la chance nell'ambito della tutela delle istanze economiche e finanziarie e più in generale dell'integrità del patrimonio (in tal caso 'pubblico')<sup>38</sup>.

### 9. La prospettiva europea della chance

L'attenzione del diritto comunitario per la tutela della concorrenza ha certamente contribuito ad ampliare le forme di tutela a livello nazionale delle istanze economiche e patrimoniali, soprattutto di quelle inerenti all'iniziativa economica.

Tanto la disciplina comunitaria delle modalità di scelta del contraente quanto quella dell'accesso ai possibili rimedi giurisdizionali hanno concorso a definire sul piano giuridico la situazione del soggetto che coinvolto in un processo decisionale pubblico aspira ad un esito positivo.

L'antefatto normativo è costituito dall'art. 2, par. 7 della Direttiva 92/13/CEE che ha previsto che «qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa».

La disposizione europea è stata dapprima tradotta nell'art. 245 *quinquies* del Codice dei contratti pubblici e poi trasposta nel 2010 nell'art. 124 del Codice



del processo amministrativo. Si ritiene che la nuova formulazione dell'art.124, eliminando l'inciso per il quale il risarcimento per equivalente potesse essere riconosciuto esclusivamente «su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione», abbia implicitamente codificato il risarcimento del danno da perdita di chance (Renna, 2010): «se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato». Si tratta del risarcimento che nella formulazione originaria del d.lgs. n. 53/2010 poteva essere riconosciuto in capo all'interessato nel solo caso in cui lo stesso avesse diritto all'aggiudicazione ovvero all'aggiudicatario illegittimamente pretermesso.

Dunque, la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo avrebbe esteso la tutela risarcitoria (per equivalente) anche al titolare di una chance (della concreta probabilità di conseguire l'aggiudicazione), riconoscendo in tal modo normativamente quanto sostenuto già da tempo dalla giurisprudenza. Tuttavia, la formulazione letterale della disposizione e la sua collocazione sistematica inducono a ritenere che più che introdurre una norma che attribuisca rilevanza giuridica alla chance in quanto tale (norma primaria) si limiti a regolare l'esercizio di uno strumento di tutela (norma secondaria).

La problematica della tutela della chance è approdata anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'occasione è offerta dalla lamentata violazione del diritto al rispetto dei beni, sancito dall'articolo 1 del Protocollo n.1 (che recita: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende»), da parte di un privato che, per quasi dieci anni, non ha potuto esercitare i diritti derivanti dalla concessione per la radiodiffusione televisiva a livello nazionale che le è stata attribuita. La Corte ha chiarito «che la nozione di “bene” evocata al primo comma dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma, che non si limita alla proprietà dei beni materiali e che è indipendente rispetto alle qualifiche formali del diritto interno: alcuni altri diritti e interessi che costituiscono degli attivi possono anche passare per “diritti patrimoniali” e dunque per “beni” ai fini di tale disposizione. In ciascuna causa, è importante esaminare se le circostanze, globalmente considerate, abbiano reso il ricorrente titolare di un interesse sostanziale tutelato dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 (Iatridis c. Grecia [GC], n. 31107/96, § 54, CEDU 1999-II, Beyeler c. Italia [GC], n. 33202/96, § 100, CEDU 2000-I, e Broniowski c. Polonia [GC], n.

31443/96, § 129, CEDU 2004-V)». Secondo la Corte sebbene l'articolo 1 del Protocollo n. 1 valga solo per i beni attuali, ragione per cui un reddito futuro può dunque essere considerato un 'bene' solo se è già stato guadagnato o se è oggetto di un credito certo, così come la speranza di vedersi riconoscere un diritto di proprietà che ci si trova nell'impossibilità di esercitare effettivamente non può essere considerata un 'bene', tuttavia, «in alcune circostanze, anche l'«aspettativa legittima» di ottenere un valore patrimoniale può beneficiare della tutela dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Così, quando l'interesse patrimoniale è dell'ordine del credito, si può considerare che l'interessato disponga di una aspettativa legittima se un tale interesse presenta una base sufficiente nel diritto interno, ad esempio quando è confermato da una giurisprudenza ben consolidata dei tribunali»<sup>39</sup>.

#### *10. Alcune considerazioni conclusive*

L'assenza di una disciplina positiva che tuteli la chance in quanto tale o che qualifichi la chance come posizione giuridica soggettiva autonoma ha finito per condizionare il dibattito non solo sulla sua risarcibilità, ma anche sulla possibilità di delineare un unitario contenuto concettuale. Come è stato osservato da una parte della giurisprudenza sostenere che essa costituisca un bene autonomo vorrebbe dire creare un bene che per il diritto rileva solo se leso (si veda Siracusano, 2003: 536 sgg.).

Più che un concetto giuridico autonomo la chance appare una tecnica di tutela approntata dal giudice. Ciò potrebbe spiegare la mancanza di rigore lessicale che la circonda e il rischio paventato da parte della dottrina di accreditare una nuova figura della mitologia giuridica.

Se per il diritto civile il campo di elezione per l'applicazione della nuova figura di danno è costituito dalla tutela della salute, per il diritto amministrativo è rappresentato dalle procedure pubblicistiche dell'evidenza pubblica. Si tratta di due ambiti esperienziali che hanno dato vita a due veri e propri microsistemi di responsabilità civile, basati sulla nozione apparentemente unitaria di chance. Se, infatti, nel sistema della responsabilità medica la chance ha permesso di tutelare la parte considerata debole (il malato) ricorrendo ad una ricostruzione in termini meramente probabilistici del nesso di causalità (rispetto ai rigidi criteri causali della responsabilità penale), nel sistema della responsabilità civile connessa alla scelta da parte della pubblica amministrazione del contraente privato ha finito per assicurare tutela a interessi a carattere patrimoniale troppo spesso sacrificati sull'altare del potere amministrativo.

L'indagine svolta ha, in particolare, messo in evidenza il rilevante contributo dei giudici nel promuovere la giuridificazione della chance. Con un approc-

cio prevalentemente casistico si sono preoccupati più di delineare strumenti di protezione di istanze (interessi) provenienti dalla società, che di cogliere il fondamento normativo dei nuovi diritti (situazioni giuridiche legali), così come testimoniato dalle difficoltà (e divergenze) incontrate dalla dottrina sul piano della ricostruzione teorica e dogmatica della figura della chance.

*Note*

- <sup>1</sup> Cass. n. 9598/1998, Cass. n. 17940/2003, Cass. n. 23304/2007, Cass. n. 10111/2008, Cass. n. 1767/2009, Cass. n. 4052/2009, Cass. n. 11353/2010, Cass. n. 20351/2010, Cass. n. 11609/2011, Cass. n. 4793/2013, Cass. n. 11548/2013.
- <sup>2</sup> Cass. n. 4440/2004, Cass. n. 21619/2007.
- <sup>3</sup> Cass. n. 4400/2004. Si vedano anche Cass. n. 23846/2008 e Cass. n. 21245/2012 circa la ritardata diagnosi comportante la lesione di chance di vivere quantitativamente più a lungo o qualitativamente meglio, nonché di decidere 'che fare' nel poco tempo che rimane da vivere. Cass., 7195/2014 distingue tra la «perdita di chance» intesa come danno, in sé, risarcibile (danno evento), e «danno da perdita di chance» quale conseguenza dannosa risarcibile di un evento di danno, dato dalla lesione di altro bene giuridico, qual è il danno alla salute (danno conseguenza).
- <sup>4</sup> Cass. n. 734/2002, Cass. n. 123/2003, Cass. n. 852/2006.
- <sup>5</sup> Cass. n. 4440/2004, Cass. n. 3999/2003, Cass. n. 2667/1993.
- <sup>6</sup> Cass., n. 7228/2006.
- <sup>7</sup> Cass., n. 6506/1985.
- <sup>8</sup> Cass., n. 755/1995.
- <sup>9</sup> Cass., n. 6023/2001.
- <sup>10</sup> Cass., SS.UU., n. 500/1999.
- <sup>11</sup> Cass., n. 15759/2001.
- <sup>12</sup> Cass., n. 6506/1985.
- <sup>13</sup> Cass., SS.UU, n. 500/1999.
- <sup>14</sup> Cons. Stato, n. 5323/2006.
- <sup>15</sup> Cons. Stato, n. 686/2002.
- <sup>16</sup> Cons. Stato, n. 5323/2006.
- <sup>17</sup> Cons. Stato, n. 490/2008; n. 131/2015.
- <sup>18</sup> In tal senso, Cons. Stato, n. 5440/2004; n. 1014/2003; n. 4628/2009; n. 674/2014.
- <sup>19</sup> Cons. Stato, n. 854/2011; n. 462/2011; n. 5105/2009.
- <sup>20</sup> Cons. Stato, n. 5323/2006.
- <sup>21</sup> Cons. Stato, n. 686/2002.
- <sup>22</sup> Cons. Stato, n. 53237 n. 5323/2006.
- <sup>23</sup> Cass., n. 157/2003.
- <sup>24</sup> Cons. Stato, n. 9366/2003.
- <sup>25</sup> Cons. Stato, n. 4239/2001.
- <sup>26</sup> Cons. Stato, n. 204/2003.
- <sup>27</sup> Cass., n. 157/2003.
- <sup>28</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Lombardia, n. 436/1998; Sez. Riun., n. 22/A/1996.
- <sup>29</sup> Si veda Corte conti, sez. giurisdiz. Veneto, n. 127/2014.
- <sup>30</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Veneto, n. 177/1996.
- <sup>31</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Lombardia, n. 436/1998.
- <sup>32</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Lazio, n. 2338/2003.
- <sup>33</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Veneto, n. 957/2004; sez. giurisdiz. Liguria, n. 152/2010.
- <sup>34</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Liguria, n. 196/2013; Corte conti, sez. giurisdiz. Campania, n. 141/2013.
- <sup>35</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Lombardia, n. 153/2010.
- <sup>36</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Sicilia, n. 1282/2003.
- <sup>37</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Trentino-Trento, n. 130/2006, ma anche n. 80/2005.
- <sup>38</sup> Corte conti, sez. giurisdiz. Lazio, n. 2921/2005.
- <sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2012 – Ricorso n. 38433/09 Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia.

*Riferimenti bibliografici*

- Antonelli V. 2007, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Cedam, Padova.
- Antoniazzi S. 2005, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Barcellona M. 2011, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e diritto privato*: 945 sgg.
- Benvenuti F. 1954, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- 1995, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano: 1723 sgg.
- 1996, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Cedam, Padova.
- Bianca C.M. 1994, *Diritto civile*, V, Giuffrè, Milano.
- Bobbio N. 1950, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 342 sgg.
- Cannada-Bartoli E. 1972, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano: 1 sgg.
- Castronovo C. 1991, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffrè, Milano.
- Cavallaro M.C. 2005, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino.
- Clarich M. 1995, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Cortese F. 2007, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Gior. Dir. Amm.*: 183 sgg.
- Falcon G. 2009, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 241 sgg.
- Falzea A. 1965, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano.
- Ferrara L. 2003, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- 2010, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*: 637 sgg.
- Figorilli F. 1996, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Gabrielli G. 1974, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano.
- Giani L. 2005, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Immordino M. 1999, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino.
- Ledda F. 1964, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Lubrano B. 2003, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. proc. amm.*: 1240 sgg.

- Manganaro F. 1995, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche, Napoli.
- Mantero A. 1979, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Merusi F. 1970, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano.
- 1991, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Giuffrè, Milano: 215 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Giuffrè, Milano.
- Pajno A. 2005, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*: 965 sgg.
- Pastori G. 1989, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo – Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano: 29 sgg.
- 1996, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. soc.*: 483 sgg.
- 2003, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano: 34 sgg.
- Piras A. 1962, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Giuffrè, Milano.
- Police A. 1996, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*: 229 sgg.
- Protto M. 1999, *Crolla il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica ed appalti.*: 1067 sgg.
- 2008, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Pubusa A. 1996, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- 2004, *Lettera immaginaria a Oreste Ranalletti sull'affievolimento dei diritti e sul risarcimento degli interessi legittimi*, in *In memoria di Franco Ledda*, II, Giappichelli, Torino: 933 sgg.
- Racca G. 2000, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli.
- Renna M. 2005, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*: 557 sgg.
- 2010, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in *Giustizia Amministrativa* (<<http://www.giustamm.it>>, 12/2016).
- Romano Tassone A. 1998, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano: 966 sgg.
- Rubino D. 1939, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano.
- Scoca F.G. 1990, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano.
- Scognamiglio R. 1958, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. Dir.*, III, Milano.
- Siracusano P. 2003, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. Pubbl.*: 533 sgg.
- Stella Richter P. 1981, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim., dir. pubbl.*: 3 sgg.
- Tarullo S. 2008, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino.

- Trimarchi Banfi F. 2009, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino.
- Vaiano D. 2002, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Vercillo G. 2012, *La tutela della «chance» profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Zito A. 1996, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.





# JURIDIFICATION, SOCIETÀ CIVILE E IDENTITÀ NAZIONALI NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

*Francesco Bilancia*

SOMMARIO – 1. Il fenomeno della c.d. *juridification*. 2. «Giuridificazione» e nuovo diritto. Rinnovo o supremazia? 3. (*segue*) Il fenomeno della *juridification-legalization* di modelli e categorie di origine privatistica. 4. «Giuridificazione», etica pubblica e identità culturale nazionale. 5. Identità giuridica nazionale e crisi attuale (del diritto) dell'Unione europea.

## *1. Il fenomeno della c.d. juridification*

Dal progetto di ricerche e studi per la celebrazione del centocinquantesimo delle leggi di unificazione amministrativa emergono molti profili di indagine e molti spunti di riflessione. Il confronto tra le diverse prospettive e tra i contributi di diversi taglio ed oggetto induce ad un'assai interessante comparazione di metodologie differenti, atte ad illuminare volta a volta aspetti, caratteri e problemi molto distanti ma comunque concorrenti nell'alimentare gli sviluppi evolutivi dell'ordinamento giuridico italiano, se non addirittura nel corso degli ultimi 150 anni, comunque già nei periodi più recenti. Già nel piano di lavoro a suo tempo sottoposto dai coordinatori ai partecipanti al progetto si suggerivano prospettive molto diverse tra loro. Ad esempio, e con riferimento a questa specifica parte della ricerca, con l'etichetta convenzionale di «giuridificazione» (*juridification*) si richiamavano, infatti, e solo a titolo di esempio: la formalizzazione in norme giuridiche (positivizzazione, *legalization*) «di consuetudini sociali, di regole di gruppo o ricadenti in fattispecie generali del diritto privato» ecc., constatando un costante processo attivato dal «diritto di occuparsi di fatti che prima non lo riguardavano»<sup>1</sup>. Ci si interrogava, quindi, sul «se anche a questo proposito abbiano rilievo gli sviluppi delle scienze e della tecnologia»; invitando, ancora, a prestare «un'attenzione particolare al ruolo che in tutto ciò hanno giocato i giudici interni ed europei ed eventualmente di altri ordinamenti».

Il quadro problematico che ne emerge è, evidentemente, molto complesso. E la complessità muove dalla stessa categoria fondamentale assunta a paradigma di questa parte del progetto di ricerca: la *giuridificazione, juridification*, appunto. Presumo che il concetto sia mutuato dalla cultura giuridica anglosassone, ragione per cui la sua declinazione in riferimento alla specifica esperienza italiana dovrebbe già in sé rappresentare un primo livello di analisi (Febbrajo,

---

B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, ISBN (online) 978-88-6453-439-8, ISBN (print) 978-88-6453-438-1, CC BY-NC-ND 4.0 IT, 2016 Firenze University Press

1987; Rebuffa, 1987; Taruffo, 1987). Dagli esempi svolti nello schema di progetto per rappresentarne il portato di senso, e dai precedenti deducibili – seppur al costo di qualche marcata semplificazione – dalla letteratura anglosassone<sup>2</sup>, emergono almeno tre diversi approcci, tutti molto interessanti. La prima ipotesi è quella di considerare le interrelazioni tra politica e diritto nei processi di *positivizzazione* di norme ed altre regole o di attrazione alla sfera del diritto di fenomeni che prima ne erano esclusi. Questa dimensione, forse la più complessa, implica naturalmente un'indagine evolutiva, sostenuta da incursioni esemplificative<sup>3</sup> nella storia recente e nei rapporti tra società civile e diritto (statale). In questa prospettiva la riflessione concorre certamente a dare risposta ad uno dei quesiti sollevati dai coordinatori del gruppo di ricerca, vale a dire se «la *giuridificazione* porti con sé anche una determinata identità culturale». Ovviamente sì, come mi proverò ad ipotizzare in conclusione, ma aprendo un nuovo fronte tematico.

Come vedremo il consolidamento per accrescimento, integrazione e qualificazione sostanziale del fenomeno giuridico attraverso la sintesi storica, materiale e politica in un ordinamento dato di fenomeni e settori della vita sociale che prima ne erano esclusi, se contemplati nell'ambito dei processi storici aperti in Europa con la modernità e conformati dall'Illuminismo, avrebbe comportato, da un lato, un effetto di *civilizzazione* della società<sup>4</sup>; e dall'altro, ed a seguire con gli sviluppi delle dottrine del costituzionalismo, una tensione verso il processo di *democratizzazione* dell'ordinamento stesso. Democratizzazione non soltanto per aperture procedurali alla partecipazione di percentuali sempre più ampie della popolazione alla vita politica attiva, ma anche per osmosi, per via dell'assorbimento nelle trame materiali dell'ordinamento giuridico di interessi, istanze e pretese filtrate dalla società civile; con il riferimento che *procede*, quindi, dai contenuti dell'ordinamento, ancor prima che dalla struttura dei processi decisionali<sup>5</sup>. Ma in questa prospettiva *civilizzazione* e *democratizzazione* rappresentano non soltanto un obiettivo da raggiungere, ma elementi di una continua e solida tensione in atto per un inesauribile processo mai compiuto. Per le alterne vicende, i cambi di passo, gli accidenti della storia, che in più fasi e con opposte fortune hanno via via rappresentato gli sviluppi dell'ordinamento come non sempre caratterizzati da processi lineari di crescita e consolidamento di tali valori positivi. Laddove, a fasi di evoluzione matura, solida e stratificata lungo i virtuosi sentieri della modernità, gli sviluppi legislativi sono frequentemente apparsi altresì come portatori di istanze ed approcci individualistici e votati alla selezione di interessi *singolari* in funzione dell'affermazione – o del consolidamento – di posizioni *particolari* e di privilegi. Ma di ciò, come premesso, accennerò in conclusione, seppur criticamente ed in forma dubitativa.

## 2. «Giuridificazione» e nuovo diritto. Rinnovamento o supremazia?

Un interessantissimo aspetto critico tradizionalmente connesso al fenomeno della *juridification*, molto spesso utilizzato quindi in un'accezione negativa, attiene alla dimensione di sovrapposizione di un nuovo sistema di valori alle consuetudini e tradizioni, in precedenza dominanti su un determinato territorio, che l'avvento di un «nuovo» diritto reca sempre con sé. Nuovo nel senso di diritto di provenienza altra rispetto alle istituzioni politiche e sociali tradizionali, per via di una conquista territoriale o, più di frequente nella storia recente, di una integrazione per fusione o incorporazione di territori già appartenenti a ordinamenti diversi. Gli ultimi centocinquanta anni di storia hanno, ad esempio, riservato all'Italia due importanti esperienze di questo tipo. In occasione della unificazione statale, con l'espansione del sistema istituzionale, giuridico ed economico (Bilancia, 2011) del Regno di Sardegna, prima, e del nuovo Regno d'Italia, in seguito, al resto del territorio del nuovo Stato unitario<sup>6</sup>, per sovrapposizione ed assorbimento delle precedenti esperienze giuridiche locali (e straniere). E, in una dimensione ancora più ampia e pervasiva, per il tramite del processo di integrazione europea, dal mercato unico fino all'attuale Unione economica e monetaria.

L'accezione negativa del processo di *juridification*, in questa prospettiva teorica, è fatta esemplarmente propria da Jürgen Habermas, nel celebre saggio *The Theory of Communicative Action*<sup>7</sup>, riprendendo le note categorie elaborate da Marx con riferimento al concetto di «colonia interna». Ma lasciando da parte questa pur interessante prospettiva critica, è indubbio che il processo di *juridification* per fusione-incorporazione di ordinamenti porti con sé una riformulazione dei presupposti di valore e dei concetti giuridici di regime, determinando profonde trasformazioni sul piano della rilevanza di nuovi fenomeni, prima negletti ed ora assorbiti nel sistema giuridico, e del deperimento di precedenti elementi di struttura ordinamentale non più compatibili con il nuovo ordine materiale positivizzato<sup>8</sup>. Indubbiamente generando, comunque, un fenomeno di *legal domination*, di *supremacy* del nuovo sistema ordinamentale su quelli tradizionali in esso e da esso, appunto, «incorporati». Da questo punto di vista, anch'esso interessantissimo, la *juridification* porta con sé l'acquisizione al fenomeno giuridico di nuovi paradigmi, di nuovi concetti normativi, di nuove categorie giuridiche che impongono una rimodulazione per adattamento e per via dell'integrazione tra ordinamenti dei processi interpretativi.

Qui può essere esemplare quanto accaduto, di recente, in Europa in occasione del recepimento nei sistemi costituzionali statali del principio del *balanced budget*, con la conseguente *juridification* delle categorie economiche presupposte dal nuovo modello di composizione degli equilibri finanziari e di bilancio<sup>9</sup>.

Tanto sul piano delle definizioni normative, quanto su quello della ricostruzione dei concetti di riferimento. Ma guardando anche un po' più lontano nel tempo, il fenomeno è tipico di tutti i processi di unificazione statale e di integrazione interstatale regionale. Essi recano con sé, infatti, anche una integrazione giuridica che quasi sempre si risolve in un obbligo di adattamento gravante su un ordinamento nei confronti dell'altro. Adattamento che spesso comporta processi di *juridification* interpretabili in entrambe le accezioni. Di *positivizzazione* di nuovi ambiti materiali – in relazione all'*Europa del diritto* ciò è accaduto con riferimento sia alla società che ai mercati; e di costruzione (*legalization*) di una nuova supremazia giuridica, composta per via di gerarchia tra le fonti del diritto, nonché attraverso l'azione di una giurisdizione «suprema»<sup>10</sup>, entrambe gravanti in chiave egemonica sui tradizionali assetti ordinamentali, politici e sociali degli Stati-membri.

### *3. (segue) Il fenomeno della juridification-legalization di modelli e categorie di origine privatistica*

Il presupposto di questa parte dell'analisi risiede nella necessità di isolare convenzionalmente intanto uno tra i molti profili evolutivi dell'ordinamento, per riflettere brevemente su una delle diverse componenti della esperienza giuridica contemporanea. Mi riferisco all'apporto dato ai processi di c.d. «giuridificazione» statale dall'autonomia privata, in una attitudine creativa di norme ed una spinta innovativa dell'ordinamento che in alcuni contesti tendono, però, ad assorbire i tradizionali profili della libertà individuale in rinnovate forme di potere privato. Un processo di assorbimento nel fenomeno giuridico che quindi, almeno in parte, coincide con una diversa collocazione della potestà nomogenetica.

Sintomo evidente di questa emersione di nuove forme di esercizio dell'autonomia privata con effetti asimmetrici sui diritti contrattuali individuali è, ad esempio, l'elaborazione di un diritto speciale di matrice statale e comunitaria proprio a protezione di quella categoria particolare di cittadini che l'ordinamento qualifica come «consumatori»<sup>11</sup>. La elaborazione di un nuovo diritto privato dei consumi, di matrice statuale ed europea, si è resa infatti necessaria a fronte della creazione di una disciplina materiale dei rapporti contrattuali in ampi settori del diritto dei consumi ad opera di una soltanto delle parti del rapporto, la c.d. «parte professionale». In tale settore dell'ordinamento la disciplina dei contratti si andava, infatti, sempre più consolidando quale diritto creato dalla stessa autonomia dei privati – ma di un'autonomia contrattuale sostanzialmente «asimmetrica» – e successivamente imposto alla parte debole quale diritto comune dei contratti di consumo. Il diritto comunitario e dell'UE ed il diritto statale hanno dovuto, quindi, ricomporre le relazioni contrattuali dei soggetti interessati rista-

bilendo, attraverso diritto di produzione legislativa (*legalization*), delle condizioni minime di riequilibrio nei rapporti di forza tra i soggetti interessati, per via di contenimento del potenziale potere assunto dai soggetti professionali nello svolgimento della propria autonomia privata. Con ciò evitando rischi di degenerazione di tale forma di libertà contrattuale in vero e proprio potere privato.

Ma laddove il processo di *juridification* ad opera dell'autonomia dei privati pare essere del tutto sfuggito al controllo delle autorità politiche, statali, sovratatali (CE e poi UE) ed internazionali, è nella disciplina dei prodotti e dei mercati finanziari. La nostra riflessione dovrebbe, infatti, soffermarsi non poco sul fenomeno dei c.d. «prodotti finanziari», tra le più importanti creazioni contemporanee delle nuove forme di manifestazione dell'autonomia di alcuni soggetti privati. Come da tempo posto in rilievo da Galgano (2000: 195 sgg.), oggi il contratto non è più soltanto un mezzo utile ai fini della circolazione della ricchezza, ma diviene esso stesso strumento per la creazione di ricchezza immateriale. «La parola “prodotto” si è dematerializzata, viene impiegata per indicare i “prodotti finanziari”» (Galgano, 2005: spec. 17 sgg., 32 sgg.) che, in quanto negoziabili, sono ormai divenuti strumento idoneo ad ampliare la quantità di ricchezza finanziaria in circolazione e, incidendo pertanto sulla liquidità dei mercati, a determinare fortissime pressioni sulla stessa leva monetaria e, quindi, sulla stabilità dei mercati finanziari.

La consapevolezza dei pericoli che, dalla commercializzazione dei c.d. titoli derivati, ultima frontiera finanziaria dell'autonomia privata, possono prodursi in capo ai risparmiatori, soprattutto se inesperti, rappresenta il fondamento dei continui interventi normativi statali (di derivazione dell'UE) in materia di «intermediari» e di «mercati», con apertura dei riflettori, appunto, soprattutto sulla commercializzazione dei titoli. Tutte le nuove misure sono destinate ad accrescere notevolmente gli strumenti a disposizione dei singoli risparmiatori al cospetto degli operatori professionali nelle contrattazioni aventi ad oggetto i prodotti finanziari, elevando in misura assai rilevante i livelli di protezione dei primi nelle relazioni contrattuali con i secondi. Le nuove disposizioni, però, accentuano anche il livello di liberalizzazione del settore<sup>12</sup>, attribuendo ulteriori importanti spazi di manovra alla stessa autonomia privata, con specifico riferimento agli operatori professionali sui mercati dei prodotti finanziari.

Guardando, quindi, al ruolo dell'autonomia privata quale strumento di *juridification* in questo importante settore di integrazione dei mercati finanziari se, da un lato, l'ordinamento dell'UE (attraverso gli Stati membri) tenta di circoscriverne gli esiti ed i vantaggi asimmetrici nei rapporti tra i soggetti professionali ed i risparmiatori, non può però negarsi che il sistema normativo evolva oggi guardando ad alcuni aspetti soltanto del complesso patrimonio dei diritti degli individui. Gli interventi statali e dell'UE si muovono, infatti, al mero

scopo di proteggere i risparmiatori dagli sviluppi ordinamentali elaborati e prodotti da soggetti di diritto privato. Signori, questi ultimi, delle nuove forme di esercizio del potere finanziario (privato), degenerazione di queste forme di *autonomia privata asimmetrica*, nei cui confronti ormai i pubblici poteri – il legislatore europeo e nazionale insieme – riescono a comporre soltanto dei meri correttivi esterni.

Questo è, allora, il punto: la definizione – *juridification? legalization?* – di nuovi rapporti tra ordinamento giuridico statale e dell'Unione europea, da un lato, ed autonomia privata, dall'altro, *nella nuova dimensione finanziaria globale*. Conformata, quest'ultima, dagli esiti dei processi di liberalizzazione della circolazione dei capitali, sempre più caratterizzata oggi dalla negoziazione di prodotti finanziari sui mercati liberi, ricchezza immateriale frutto della *creazione della stessa autonomia privata*.

Ma nella dimensione macroeconomica l'autonomia privata è in grado di compromettere la tenuta stessa del sistema finanziario internazionale, generando crisi di liquidità alle quali le banche centrali nazionali riescono a mala pena a porre provvisorio rimedio. Così come dimostrato dalla recente crisi finanziaria, originata dal sistema degli strumenti di cartolarizzazione dei crediti c.d. *subprime*, originata in prima battuta dal sistema bancario e finanziario privato statunitense.

Un sistema alimentato da un'immensa liquidità circolante, via via accresciuta mediante la creazione di ricchezza virtuale attraverso la produzione di contratti derivati sui titoli in circolazione, fuori da ogni controllo da parte delle istituzioni pubbliche, statali, europee ed internazionali, ha finito col cedere a fronte di una, peraltro fondata, crisi di fiducia generata dalla conseguente catena di insolvenze. Le quali, hanno, poi, concorso ad esportare gli effetti della crisi finanziaria a livello planetario. La crisi finanziaria di molti singoli risparmiatori essendo stata, alla fine, generata non dall'aumento del costo del denaro deciso dall'istituto di emissione per ragioni di politica monetaria, ma dalla crescita dei tassi interbancari causata dalla crisi del mercato dei titoli derivati, prodotti contrattuali dell'autonomia privata.

Gli effetti dell'azione di questa nuova forma di autonomia contrattuale asimmetrica, creativa di ricchezza immateriale, così, si sono potuti riversare sui sistemi del debito pubblico, fino al punto da generare, a seguito del consolidarsi della crisi di liquidità e di fiducia su scala globale, la attuale gravissima fase di diffusa recessione economica, foriera di una drammatica conseguente crisi di occupazione su base planetaria. Con ciò riportandoci ai quesiti iniziali: qual è la relazione attuale tra sistema dei pubblici poteri e sistema dei poteri privati, prodotto delle degenerazioni di alcune forme di esercizio di autonomia privata? E quale dovrebbe essere la relazione ottimale tra processi di *giuridificazione* statale (*legalization*) ed autonomia normativa delle istituzioni private? In che rappor-

to si collocano *juridification* pubblica/*legalization* e *juridification* privata quali formanti dei modelli di Stato contemporanei nei processi di transizione in atto, quando la seconda è in grado di compromettere l'esercizio della stessa sovranità monetaria in alcuni ordinamenti? Interrogativi che qui scaturiscono dall'osservazione degli sviluppi dei rapporti tra poteri pubblici e leva finanziaria, ma che potrebbero verosimilmente riformularsi guardando anche ad altri settori rilevanti della convivenza civile.

Quel che appare evidente è il pesante rilievo dei limiti delle forme attuali di contenimento dei potenziali effetti degenerativi di alcune forme di esercizio di un'autonomia privata in ambito finanziario priva (di) o con ridotti limiti giuridici, laddove gli strumenti di *giuridificazione* pubblica tradizionale appaiono del tutto inefficienti nel sistema aperto della globalizzazione, a causa della assoluta mancanza di competenza della legislazione statale nel regolare i rapporti tra istituzioni private, mediati in quel contesto dalla sfera finanziaria globale.

#### 4. «Giuridificazione», etica pubblica e identità culturale nazionale

Ma la questione più complessa sembra, ormai, essere quella, strettamente connessa alla «problematica democratica», della ricerca delle fonti di legittimazione, sociale prima ancora che politica, dei processi di *juridification*, mettendo in relazione tali processi con la società prima<sup>13</sup>, ed il popolo poi, per il consolidamento di un'etica *positiva* condivisa. Riflessione immanente alla tematica giuridica, ma che si rende oggi più pressante per via della generale crisi di legittimazione in cui versano le istituzioni pubbliche, statali ed europee, il sistema politico, il diritto e la sua giustizia. Di una, forse, introvabile «etica costituzionale» – elemento cardine di quella «identità culturale» di cui, con riferimento ad una comunità civile, la *juridification* dovrebbe rappresentare il precipitato – dovrebbe far parte anche l'atteggiamento delle élites governanti nei confronti delle regole giuridiche, in ciò rinvenendosi elementi di quella morale civile di ascendenza anglosassone, strumento del radicamento del diritto nella società stessa. In ciò l'esempio italiano potrebbe dare prova immediata di questa intuizione.

Lo sfondo problematico di questa parte della riflessione è rappresentato dal posto del diritto nella cultura di una determinata comunità politica, ispirati dalla consapevolezza dell'importanza assunta, per l'ordinamento giuridico, dall'idea che una determinata società abbia del diritto. Compresi il riconoscimento, la considerazione ed il rispetto che la comunità mediamente esprima nei confronti del fenomeno giuridico e dei contenuti del diritto vigente (Friedman, 1969: 34). Dimensione analitica che concorre a chiarire le ragioni della differente resa delle medesime soluzioni normative in contesti sociali e culturali differenti tra loro e che si manifesta in tutta la sua importanza soprattutto nelle fasi di tran-

sizione (Cotterell, 2006a e 2006b: spec. 79 sgg.). In particolare nelle eccezionali stagioni in cui veda la luce una nuova entità statale, la composizione di un ordinamento giuridico nuovo, l'affermazione di una nuova statualità per assorbimento in un contesto unitario di realtà giuridiche preesistenti, espressione di distinte comunità politiche originarie (Cassese, 2014: spec. 41 sgg., 115 sgg., 327 sgg.). Come acutamente osservato da Friedman (1969: 37 sgg.) i fondamenti culturali di una società politica sono essenziali per comprendere gli sviluppi delle innovazioni giuridiche spontanee e, soprattutto, la resa delle innovazioni ordinamentali imposte dal diritto in riferimento alla questione della conseguente effettività di tali innovazioni. Mutamento istituzionale e giuridico, effettività dell'ordinamento e cultura giuridica di una determinata comunità politica essendo essenzialmente connessi tra loro, e verificabili nelle reciproche relazioni soltanto all'esito di approfondite e meditate analisi empiriche<sup>14</sup>. Analisi che, però, vengono repute ancora più importanti nelle fasi di evoluzione storica caratterizzate da processi di assorbimento e sintesi, in un ordinamento giuridico nuovo, di comunità politiche o parti di esse che prima ne erano escluse. Come negli ultimi due secoli è accaduto in quei contesti – come l'Italia – nei quali una nuova classe dirigente ed un nuovo regime politico hanno pervasivamente proceduto a *giuridificare* comunità sociali e territori prima esclusi, mediante l'estensione della sfera di efficacia del nuovo ordinamento statale unitario all'intera penisola<sup>15</sup>.

Nel tentativo di ricomposizione di un'idea di etica pubblica quale elemento fondante dei processi di *giuridificazione*, vale a dire di *positivizzazione* normativa dei comuni elementi identitari di una comunità politica nel farsi dell'ordinamento che la rappresenti, i caratteri antropologici e sociali di tale comunità sono quindi essenziali elementi condizionanti. In un suo celebre saggio Paolo Grossi (2003: spec. 12 sgg.) parte proprio dal carattere fondamentale della relazione tra diritto e società o, il che è lo stesso, dal carattere della socialità del diritto<sup>16</sup>. La *giuridificazione* di una società comporta in genere l'assorbimento nel fenomeno giuridico degli elementi caratterizzanti la generale attitudine di riconoscimento dei componenti di tale comunità nei confronti delle regole giuridiche. È quella che Paolo Grossi chiama la «dimensione oggettiva» del diritto, il suo farsi a prescindere da un comando (2015: 16), da un ordine dall'alto. Starei per dire, appunto, la sua dimensione etica, la generale condivisione di valori normativi comuni, l'accettazione della prescrittività di un ordinamento dato. Quel fondamentale elemento materiale rappresentato dal consenso sociale, per lo meno dalla diffusa accettazione, nei confronti del sistema giuridico positivo. Elemento per la cui analisi la riflessione costituzionalistica è da sempre debitrice alla riflessione storico-materiale, come dagli studi di Carlo Esposito<sup>17</sup> in poi abbiamo consapevolmente imparato a capire.



La relazione condizionante tra la proiezione di un'etica condivisa sul sistema ordinamentale e la realtà materiale fondata sul consenso sociale dei partecipanti alla comunità politica, destinatari delle norme giuridiche, è notoriamente essenziale alla ricostruzione di cui al celebre saggio di Albert Venn Dicey (2003) sul diritto costituzionale inglese. In un regime a costituzione flessibile le leggi in contrasto con la Costituzione, nella nozione che del concetto è ricavabile secondo la tradizione di *Common Law*, non vengono infatti affidate alla competenza di un giudice ma alle «sanzioni morali» della pubblica opinione<sup>18</sup>. Da qui, dunque, emerge il valore dei limiti costituzionali al potere legislativo nella storia della tradizione giuridica anglosassone: «massime dell'etica della cosa pubblica, le quali mutuano tutta la forza che le caratterizza dall'essere formalmente inserite nel testo costituzionale e dal conseguente sostegno che trovano nel seno della pubblica opinione»<sup>19</sup>. Il diritto costituzionale stesso si assume a paradigma, cioè, del senso comune, della morale comune, contribuendo esso stesso a conformare l'etica pubblica e concorrendo a consolidare un'etica costituzionale quale comune rispetto del senso del diritto, della sostanza della giuridicità delle regole non altrimenti fondate che sull'interesse *comune*.

Il nostro punto di partenza oggi dovrebbe, in sostanza, essere questo: la constatazione, generalmente diffusa, che la violazione delle regole giuridiche si risolva di fatto nella rottura dell'etica repubblicana, assumendo il disvalore proprio di quella che Dicey chiamava «un'infrazione della moralità costituzionale» (Dicey, 2003: 379). Una *juridification* a tal punto fondata su un'etica condivisa da conformare addirittura la concezione della morale comune, tanto da far apparire la violazione del diritto come un conflitto culturale con lo stesso senso comune, da invocare dinanzi ai giudici, custodi imparziali di quel diritto e di quella etica pubblica.

Osservando il sistema politico italiano dall'Unità ad oggi, salva forse qualche breve parentesi eroica, ed insieme a questo il sistema sociale sottostante (Cassese, 2014: 335 sgg.)<sup>20</sup>, quale insegnamento trarre? Quale modello etico identitario? Se ci fermassimo all'oggi, al contingente contemporaneo, al linguaggio mediatico-populistico che caratterizza la più diffusa percezione della convivenza civile, temo purtroppo che decadrebbe perfino il più banale concetto di buona educazione, a prendere ad esempio il tenore della discussione nel corso dei dibattiti politici pubblici, per tacere della più vasta programmazione delle principali reti televisive nazionali<sup>21</sup>. Per poi procedere con la constatazione della diffusa mala fede nella interpretazione delle regole giuridiche e della composizione di un paradigma normativo non più ispirato dalla costruzione di un comune senso etico<sup>22</sup>.

Temo che, in alti termini percentuali, la storia italiana più recente stia costruendo una *giuridificazione* ispirata dal superamento del «principio di buona fede legislativa» travolgendo il senso etico prodotto dal comune rispetto del me-

todo giuridico quale strumento di governo. È l'abbandono dell'opzione del «governo delle leggi»<sup>23</sup> a favore di un'opzione che centri sulla visione personale, sulla separazione in parti della comunità sociale, sulla *polemica*, il processo di elaborazione dei contenuti normativi fondamentali, spesso in tensione con lo spirito e la lettera della Costituzione. È ciò che Mario Dogliani denuncia come il superamento dell'etica civile a vantaggio dell'ottica del «sibi et suis» (Dogliani, 2004: rispettivamente 222, 224, 223). Il disprezzo per la dimensione comune e condivisa delle regole giuridiche, la ricerca del privilegio, l'etica del conflitto quale metodo della politica mediatizzata, il paradigma dell'appropriazione nel suo proprio *particolare* degli strumenti di produzione giuridica stanno diffusamente orientando, oggi, il senso comune intorno al fenomeno giuridico, concorrendo a caratterizzarne i contenuti con connotati identitari, a volte aberranti.

In questo filone interpretativo inserirei, criticamente, anche la sempre più diffusa attitudine alla professione di elusione delle regole costituzionali, lasciando riemergere quale carattere fondante i processi di legittimazione giuridica l'elemento del carisma personale. Con facili scivolamenti verso quei populismi forieri di un generalizzato atteggiamento eversivo delle prescrizioni giuridiche, fino alla stessa delegittimazione del costituzionalismo come limite all'arbitrio nell'esercizio del potere politico. Tutti elementi che concorrono oggi, in maniera evidente, alla consumazione di una gravissima crisi di effettività e di legittimazione dell'ordinamento giuridico in quanto tale, e con riferimento poi anche a specifici dati di contenuto. Per tacere della odiosa «sindrome da maggioritario» acritico e *sleale* – o *unfair*, come si direbbe nel mondo anglosassone – (Bilancia, 2005: 313 sgg.).

Il rischio di perdere la fiducia nella democrazia per via delle sue false rappresentazioni di comodo è già molto alto. La ottusa credenza nell'efficacia dell'etica del conflitto in termini di immediatezza del successo personale produrrà con il tempo conseguenze irreversibili nella definizione dei connotati identitari della cultura giuridica dominante. Anche a causa del linguaggio politico prevalente, nelle istituzioni e nella società civile, ispirato da egoismi, crudeli semplificazioni populiste, rottura della solidarietà reciproca, violenza verbale e di sintesi<sup>24</sup>, per solleticare il terribile potenziale efficientista della pubblica emozione popolare, quale categoria del discorso sociale, strumentalmente indotta e quindi inconsapevole.

Da ciò si genera l'attuale crisi dell'etica costituzionale, l'affievolimento della percezione della Costituzione quale limite all'arbitrio del potere che sta da tempo alimentando, in Italia come in altre importanti democrazie occidentali, la ricerca di un sostegno ideologico preconfezionato del regime giuridico quale alternativo fondamento del potere, che nei sistemi politici non democratici è oggi la causa principale del ritorno degli integralismi quale categoria del Politico.

### 5. Identità giuridica nazionale e crisi attuale (del diritto) dell'Unione europea

I complessi processi di integrazione, nella fenomenica giuridica, degli elementi caratterizzanti la realtà sociale e politica sottostanti, fin qui evocati con riferimento ad una esperienza statale particolare, assumono un tenore ancor più rilevante se ricondotti alla dimensione europea. L'integrazione, attraverso il diritto dei mercati, dei sistemi nazionali in un contesto giuridico unitario che sempre più assume il compito di procedere – oltre i mercati – ad una conformazione complessiva del fenomeno giuridico costruito come patrimonio comune, mostra oggi infatti tutto il peso dei suoi difetti di fondo. Un peso che la zavorra delle differenze di ordine etico tra i diversi sistemi nazionali trascina con sé in senso centrifugo, lungo i paradigmi delle matrici storico-sociali dei singoli ordinamenti statali. L'ipotesi assunta è che la più recente *juridification* europea, a centocinquant'anni dalla difficoltosa nascita in Italia di una nuova comunità politica e sociale nazionale, trovi nella proiezione storica dei caratteri antropologico-sociali<sup>25</sup> di tale comunità una forza di resistenza all'innovazione e trasformazione che sarebbero invece necessarie in funzione della più ampia condivisione di rinnovati – per quanto antichi – valori di convivenza.

Il dato formale di partenza di questa linea di tendenza dei processi di *giuridificazione-legalization* potrebbe essere rappresentato dai contenuti di quel florilegio di leggi ed altri atti normativi più o meno recenti, tutti ispirati da particolarismi ed interessi singolari<sup>26</sup>, leggi *ad personam* in testa, ma anche connessi ad un processo rappresentativo falsato e foriero di punti di vista settoriali, frammentari, instabili e di parte. Tra i difetti endemici della legislazione italiana, infatti, la instabilità normativa è rivelatrice proprio del diffuso intento di usare la legge non per progettare modelli astratti di intervento nella società, né per sistematizzare una disciplina generale e duratura, quanto piuttosto spesso per regolare situazioni materiali concrete, puntuali vicende, o per gestire singoli interventi, interessi *particolari*, occasionali questioni (Cassese, 2014: 341 sgg., con riferimento alla legislazione unitaria, parla di «giuridicità debole»). Estemporaneità, particolarismo, conflitto di interessi sono soltanto alcuni dei difetti di parti rilevanti della legislazione italiana più recente, rivelatori di un'attitudine non sempre servente l'interesse generale. L'Italia è, in fondo, l'unico Paese al mondo nel quale ogni vittoria certa alle elezioni politiche viene interpretata come diritto a riscrivere le «regole del gioco», ad emendare la Costituzione, rimodellando la forma di governo ed i poteri di garanzia, ad elaborare una legge elettorale che consenta il consolidamento del regime politico occasionalmente dominante<sup>27</sup>.

Ma, per quanto qui di maggior interesse, la connotazione identitaria dell'Italia giuspolitica rischia di avere oggi importanti riflessi anche in relazione al processo di integrazione europea. Sotto due profili, almeno. La deriva populistica di

una parte significativa della classe politica – e, ahimè, quindi dell'elettorato – da un lato. Basti pensare ai toni dell'ultima campagna elettorale per l'elezione della quota di rappresentanti italiani al Parlamento europeo nella primavera 2015, per la prima volta, dal 1979, caratterizzata da temi polemici articolati proprio «contro» la stessa Europa unita e addirittura alcuni degli altri Stati membri. E in secondo luogo, questione forse ancor più rilevante, in merito all'interpretazione e conseguente gestione degli esiti della disciplina degli elementi di fondo dell'Unione economica e monetaria.

Certo anche a causa degli effetti della crisi economica scaturita dalla crisi finanziaria del 2008, i cittadini europei stanno incontrando grandi difficoltà a condividere un percorso di costruzione di un tessuto giuridico comune ricomponendo ad unità, intorno a temi quali la spesa pubblica, l'indebitamento ed i condizionamenti legati alla necessità di onorarne l'impegno, l'intervento finanziario dello Stato nell'economia e nei rapporti sociali, consuetudini sociali e politiche storicamente difformi. Guardando all'Europa di oggi ed al tenore dei discorsi politici e della discussione pubblica intorno a questi temi si ha, infatti, l'impressione che la crisi attuale del processo di unificazione/integrazione europea – evidente soprattutto sul piano dell'instabilità degli assetti economici e monetari, e conseguentemente sociali e politici – sia anche dovuta al mancato assorbimento nel tessuto normativo UE (starei per dire nei processi di *juridification* europea) di un'etica civile condivisa. Nel senso di una morale comune, secondo il noto paradigma giuridico anglosassone: di una comune causa, di una comune missione, di una comune funzione del diritto europeo a fronte delle aspettative sociali più diffuse (Dani, 2015). Il processo di unificazione europea sembra, in sostanza, aver perduto di vista le storiche aspettative motore della sua prima origine, che esso incarnava nello spirito e nella lettera dei trattati e dei discorsi politici originari e che non ha, di recente, più sviluppato né costruito.

Almeno guardando alla dimensione politico-legislativa del sistema istituzionale europeo. Laddove, all'opposto, le giurisdizioni sembrano ancora assumere occasionalmente quei punti di riferimento quale fondamento delle loro decisioni, per quanto condizionate dagli sviluppi della legislazione più recente. Soltanto i giudici, quindi, e soltanto occasionalmente, in quanto fonti di elaborazione di un diritto casistico non sempre lineare e costante, giusta la sua natura di strumento correttivo del sistema giuridico generale. Nella giurisprudenza, in effetti, è dato ancora spesso riscontrare elementi di quel processo di composizione, mediante «*giuridificazione*»<sup>28</sup>, di tracce di una morale sociale comune – di nuovo in senso anglosassone, di un senso comune socialmente condiviso – come immanente al diritto dell'UE, tracce del tutto assenti laddove questo processo sia analizzato dalla prospettiva più tradizionalmente legislativa<sup>29</sup>.

Compito immane, in assenza di elementi di integrazione materiale, sociale e politica, e muovendo da un contesto ad alto tasso di tecnicizzazione dell'indirizzo politico. Nella discussione pubblica, nel farsi del discorso politico, nell'interpretazione giuridica entrano a far parte questioni e problemi di natura tecnico-economica di rilevante momento rispetto al sistema dei bisogni e degli interessi dei cittadini, a partire dalla valutazione degli effetti finanziari della crisi sui sistemi di protezione sociale. Insieme a problematiche altrettanto rilevanti e con un impatto sulla dimensione etica comune forse ancor più significativo, come l'invecchiamento della popolazione originariamente residente, la decrescita demografica, l'assedio disperato dei rifugiati e l'immigrazione economica, gli effetti della globalizzazione dei mercati sulla struttura produttiva e sul mercato del lavoro. Tutti elementi fortemente condizionanti il prossimo futuro dell'Europa unita ma che non sembrano ancora entrati a far parte con il dovuto peso nella riflessione collettiva sul destino stesso dell'Unione europea. Temi complessi, essenziali, ma travolti dall'ondata dei populismi nazionali, portatori di una ricostruzione narrativa del presente semplificatrice e banalizzante, drammatico ostacolo alla ricomposizione di un progetto comune.

Così come appare destrutturare l'armonica convivenza tra i popoli europei la stessa crisi finanziaria asimmetrica che, generando effetti diversi, per non dire opposti, lungo la frattura territoriale del mercato unico, genera spinte reattive che, calate nel singolo contesto sociale nazionale, diventano fondamentali nella decostruzione di un senso comune di ciascuna comunità intorno alle problematiche evocate. Fino a diventare parte importante delle spinte disgregatrici di quell'etica pubblica condivisa che, lungo la linea dei confini nazionali, si scompone in posizioni di forza antagoniste.

Si tratta di quella che altrove ho definito «deriva asimmetrica» (Bilancia, 2014) degli effetti della politica monetaria (europea) e delle politiche di finanza pubblica (statali) nel contesto del mercato unico. Il riferimento va alle importanti disfunzioni strutturali anche nella resa delle prestazioni sociali in conseguenza delle misure, tanto espansive quanto di *austerity*, adottate dai singoli Stati membri e con effetti rilevanti sul sistema macroeconomico complessivo – starei per dire *comune*. Nell'intrecciato contesto di relazioni sistemiche tra moneta e mercato, da un lato, e bilanci pubblici e debiti sovrani, dall'altro, i tentativi di riequilibrio macroeconomico dell'area Euro producono, infatti, disuguaglianze lungo l'asse dei confini nazionali tra Paesi in *surplus* e Paesi in *deficit* nella garanzia delle prestazioni al servizio dei diritti sociali, laddove il costo del lavoro, i tassi di occupazione e disoccupazione, la redistribuzione di ricchezza a mezzo dei diritti sociali si assumano quali fattori di riequilibrio sistemico nella correzione degli sbilanci commerciali e, di conseguenza, finanziari tra i Paesi membri.

E sullo sfondo di tali vicende, allora, si colloca il ruolo – inconsapevole ma determinante – del dato storico-sociale caratterizzante ciascuna comunità nazionale. Che contrappone, di fatto, popoli austeri e votati alla parsimonia, eticamente preoccupati dai debiti e forieri di politiche di rigore e di un'etica del lavoro che, senza arrivare a scomodare Max Weber, indubbiamente separa l'etica protestante da quella cattolica, da una parte. E popoli meno rigorosi, più instabili sul piano finanziario a partire dalla gestione delle risorse personali, più flessibili sul fronte dell'indebitamento e dei condizionamenti generati dalla responsabilità per i debiti contratti. Una rappresentazione fortemente evocativa di tali differenze di fondo nella costruzione di un'etica pubblica comune è, ad esempio, esemplarmente fornita dallo studio di Max Engammare (2004) sulle origini della puntualità in Europa, per la significativa attenzione dedicata all'importanza della matrice culturale religiosa della riforma calvinista nel marcare una originaria, radicale, differenza sulle abitudini dei popoli europei nella misurazione e nel rispetto del fattore tempo. Con le fondamentali immaginabili conseguenze sul valore della puntualità, e sul diverso ruolo di questa nella definizione dei tratti caratteristici dell'etica civile. Compreso, direi, il rilievo del fattore temporale e della puntualità nell'onorare, alla scadenza, i propri debiti.

Una riflessione di sintesi che muova da queste constatazioni rappresenta una via di fuga retorica troppo semplicistica, è ovvio. Ma credo che indichi uno dei possibili punti di partenza per la ricomposizione di un'etica comune, condivisa sul piano europeo, che il processo di *ri-giuridificazione* potenziale che darà avvio alla riforma del sistema Euro dovrà impegnarsi a costruire. Un processo di federalizzazione più accentuato, oltre la mera cessione della sovranità monetaria, insieme ad un governo condiviso della questione economica ed ai processi di redistribuzione territoriale di ricchezza quali correttivi delle denunciate asimmetrie finanziarie. Tutto ciò dovrà provvedere a stimolare la nascita solidale di un comune, rinnovato spirito europeo, sotto forma di un senso comune condiviso, primo elemento di un'etica civile forte, che faccia da sfondo alla controversa *juridification* imposta dall'alto, forma di supremazia egemonica delle istituzioni, ma separata – se non contrapposta – allo spirito vivo ed irrequieto delle comunità statali. Per tornare a discorrere di democrazia, declinata però nelle forme della responsabilità in comune di un nuovo destino – questa volta non certo in senso etico, ma materiale, giuridico e sociale, prima ancora che economico – dell'Europa unita.

Note

- <sup>1</sup> Rinvio, tra gli altri, alle considerazioni critiche di Friedman, 1994: 122 sgg.
- <sup>2</sup> Con riferimento alla declinazione del concetto nel senso di cui al progetto di ricerca a fondamento di questa raccolta di studi mi limito a richiamare soltanto alcuni lavori recenti, tra i quali Blichner, Molander, 2008, con specifico riferimento ai possibili significati nell'utilizzo del concetto; Magnussen, Banasiak, 2013; Magnussen, Nilssen, 2013; Loick, 2014.
- <sup>3</sup> Nell'uso di questa categoria seguiremo, come è evidente, un approccio comunque empirico ed esemplificativo, *esplorativo*, per dirla con Magnussen, Banasiak, 2013: 325.
- <sup>4</sup> Riprendendo le riflessioni di recente elaborate da Pinelli, 2012: 113 sgg., spec. 125 sgg. che, riferendosi anche al pensiero di Carlo Cattaneo già in epoca preunitaria, dai testi normativi fondamentali di una comunità politica deduce, appunto, «una concezione della civile convivenza», il precipitato identitario di una convivenza costruita intorno al riconoscimento reciproco.
- <sup>5</sup> In effetti anche il tema della relazione tra *juridification* e *rule of law* meriterebbe un adeguato approfondimento, impossibile in questa sede. Mi limito a riportare un passo del citato saggio di Blichner, Molander, 2008: 38 a proposito di «the complex relationship between juridification and the rule of law. The two concepts are closely related and some would even tend to equate the two. We believe that they are best kept apart. In descriptive terms, the rule of law represents one type of juridification; in normative terms the rule of law constitutes a standard that may be used to evaluate tendencies of juridification or dejuridification, and juridification or dejuridification may be used as means to improve the rule of law situation».
- <sup>6</sup> Qui le prospettive di analisi sono quasi infinite, ma nella dimensione problematica indicata nel testo rinvierei senz'altro alla raccolta di saggi di cui al volume Bilancia *et al.*, 2011.
- <sup>7</sup> Vol. 2, 1987: spec. 310 sgg., 357 sgg. Sull'argomento l'interessantissima riflessione critica di Loick, 2014, che in proposito parla dei rischi di una «colonization of the lifeworld» ad opera della *juridification*. Si veda anche quanto osservato da Blichner, Molander, 2008: 48 sgg. e, nella specifica prospettiva del diritto del lavoro, Vardaro, 1987: 601 sgg.
- <sup>8</sup> Per tornare alla polisemia del concetto rinvio alle significative esemplificazioni di cui all'attenta ed informata ricognizione condotta nel saggio Blichner, Molander, 2008.
- <sup>9</sup> Proprio per i riferimenti alla necessità di elaborare canoni ermeneutici appropriati alle nuove categorie economiche ormai positivizzate dallo stesso testo costituzionale rinvio, per non ripetermi, a Bilancia, 2014b: 45 sgg., fin dalle battute introduttive.
- <sup>10</sup> Un intero capitolo della nostra analisi dovrebbe essere, in effetti, dedicato al tema «Corte di Giustizia UE e *juridification* dell'Europa» fin dagli anni '50 del Novecento, almeno con riferimento ai mercati delle merci, dei servizi e dei capitali, per non parlare della tutela della concorrenza, delle libertà di circolazione e delle sempre crescenti politiche comunitarie (oggi dell'UE).
- <sup>11</sup> Ho ricostruito l'evoluzione del diritto dei privati nell'evoluzione delle forme di Stato, e del diritto dei consumatori in questa prospettiva, in Bilancia, 2009.
- <sup>12</sup> Si veda quanto sosteneva, prima della crisi finanziaria più recente, Draghi, 2007: 13.
- <sup>13</sup> Provo qui ad inserirmi nell'interessantissimo filone di riflessione culturale aperto da Friedman, 1969, che illumina in chiave critica la complessa ma essenziale questione dell'attenzione della dottrina giuridica e sociologica sui rapporti tra diritto e società, su cui *infra*, nel testo. Sul pensiero ed i lavori di Friedman in argomento si v. Carrillo, 2007.
- <sup>14</sup> Ad esempio rispondendo al quesito: «is there much corruption and maladministration and why?», Friedman, 1969: 40, con una conseguente problematizzazione della differente attitudine della società statunitense a rispettare la legislazione fiscale rispetto a quella italiana.
- <sup>15</sup> In riferimento ai nuovi Stati-nazione Friedman, 1969: 43 parla infatti di «penetration of their central legal system [...] legal unity, legal penetration, and centralization». Si vedano, altresì, le considerazioni di Grossi, 2015: 4 sgg., sullo statalismo e la relazione tra diritto e potere politico in alcune fasi del processo di unificazione italiana.

- <sup>16</sup> Grossi, 2015: XI torna sulla «*socialità* quale carattere inabdicabile del diritto».
- <sup>17</sup> Penso innanzi tutto agli studi sul valore nomogenetico della *consuetudine*. Si v., almeno, Esposito, 1934 e 1992: 283 sgg.
- <sup>18</sup> «By means of moral sanctions» nella versione originale, Dicey, 2003: 109.
- <sup>19</sup> Dicey A.V., 2003, 112, guardando alla costituzione francese. Nella versione originale: «Maxims of political morality, which derive whatever strength they possess from being formally inscribed in the constitution and from the resulting support of public opinion».
- <sup>20</sup> Per un'interessantissima analisi delle riflessioni sul Meridionalismo, Cassese, 2016.
- <sup>21</sup> Il riferimento al ruolo dei media nella conformazione e nella rappresentazione pubblica della cultura giuridica è ispirato dalla nota riflessione di Friedman, 1989.
- <sup>22</sup> Seppur in un differente contesto si v. le considerazioni critiche di Friedman, 1994: 124 sgg., in riferimento all'utilizzo strumentale del diritto al servizio di interessi *particolari* e corporativi come carattere della contemporaneità.
- <sup>23</sup> Per un'ampia riflessione critica sui temi, all'opposto, del «governo degli uomini», tirannide, dispotismo, regime patriarcale, patrimonialismo, assolutismo e molto altro ancora si veda ora il saggio di Chiarelli, 2005.
- <sup>24</sup> «Abbiamo i numeri! Abbiamo ragione noi, perché abbiamo la maggioranza».
- <sup>25</sup> Tutti gli studi sul «carattere degli italiani» sono notoriamente in debito nei confronti della riflessione storica di Antonio Gramsci, ma si vedano, almeno, già Leopardi, 2011; ed ancora Crainz, 2009; Luciani, 2010. Altro interessantissimo filone culturale è quello ispirato dalla «dimensione antropologica del giurista italiano», alla ricerca di un dato identitario degli studi giuridici tradizionali, di un c.d. «Italian style», così qualificato negli anni '60 dal giurista americano John Henry Merryman. Si v., ad esempio, Cassese, 2008: 23 sgg.; Lacché, 2015: 233 sgg. e più in generale la Parte dei Saggi del fasc. 6/2015 della *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*.
- <sup>26</sup> È la degenerazione dell'ideale di *rappresentanza* da sempre denunciato negli studi di Gianni Ferrara, fin da 2002: 17 sgg.
- <sup>27</sup> Avevo a suo tempo denunciato queste forme di abuso del potere legale in Bilancia, 2008; e con riferimento specifico alla riforma non condivisa ma «di parte» della legge elettorale in Id., 2006 con argomenti che, *mutatis mutandis*, possono senz'altro declinarsi con riferimento anche ai corrispondenti processi di riforma condotti dal governo nel corso della XVII Legislatura.
- <sup>28</sup> Magnussen, Banasiak, 2013: 326, osservano in effetti che «Processes of juridification comprise both legal regulation of new areas, with conflicts and problems increasingly being framed as legal claims, and *penetration of judicial ways of thinking and acting into new fields*», corsivo mio.
- <sup>29</sup> In tutt'altro contesto trovo però molto utili le riflessioni di Resta, 1999 sul differente approccio risolutivo della legalità e della giustizia di fronte ai conflitti. Esempio, sul punto, l'analisi di Azzariti, 2010.



*Riferimenti bibliografici*

- Azzariti G. 2010, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari.
- Bilancia F. 2005, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, in Chieffi L. (a cura di) 2005, *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Giappichelli, Torino: 313 sgg., nonché in <<http://www.costituzionalismo.it>>, 3/2005.
- 2006, *Legalità, legittimità e parità di chances nell'accesso al potere politico*, in <<http://www.costituzionalismo.it>>, 1.
- 2008, *La legalità: il tramonto di una categoria giuspolitica*, in <<http://www.costituzionalismo.it>>, 3.
- 2009, *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica*, in <<http://www.costituzionalismo.it>>, 1.
- 2011, *Unificazione monetaria, mercato unico ed egemonia economico-finanziaria. Ripensando alla "questione meridionale"*, in F. Bilancia et al. (a cura di), *Fardelli d'Italia. L'unità nazionale tra coesione e conflitti*, Edizioni Scientifiche, Napoli: 39 sgg.
- 2014a, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2.
- 2014b, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 1: 45 sgg.
- Bilancia F., Di Sciullo F.M., Gianelli A., Paternò M.P., Rimoli F., Salerno G.M. 2011 (a cura di), *Fardelli d'Italia. L'unità nazionale tra coesione e conflitti*, Edizioni Scientifiche, Napoli: 39 sgg.
- Blichner L.C., Molander A. 2008, *Mapping Juridification*, in *European Law Journal*: 36 sgg.
- Carrillo J. 2007, *Links and choices: popular legal culture in the work of Lawrence M. Friedman*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*: 1 sgg.
- Cassese S. 2008, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, il Mulino, Bologna.
- 2014, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna.
- (a cura di) 2016, *Lezioni sul Meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, il Mulino, Bologna.
- Chiarelli R. 2005, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, I, Giappichelli, Torino.
- Cotterrell R. 2006a, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford: 710 sgg.
- 2006b, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot.

- Crainz G. 2009, *Autobiografia di una Repubblica*, Donzelli, Roma.
- Dani M. 2015, *The subjectification of the citizen in European public law*, in *European University Institute Working Papers*, 2.
- Dicey A.V. 2003, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, tr. it. della versione inglese del 1959, ristampa del 1964 (London-New York), il Mulino, Bologna.
- Dogliani M. 2004, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova: 201 sgg.
- Draghi M. 2007, *Transformations in the European Financial Industry: opportunities and risks*, Center for financial studies, Presidential Lecture Series, Francoforte.
- Engammare M. 2004, *L'Ordre du temps. L'invention de la punctualité au XVI siècle*, Droz, Genève, tr. it. 2015, *L'ordine del tempo: l'invenzione della puntualità nel XVI secolo*, Claudiana, Torino.
- Esposito C. 1934, *La validità delle leggi. Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Cedam, Padova.
- 1992, *La consuetudine costituzionale* (1962), ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano: 283 sgg.
- Febbrajo A. 1987, *Tre interpretazioni della giuridificazione*, in *Pol.dir.*: 25 sgg.
- Ferrara G. 2002, *Rappresentanza e governo nazionale* (1988), ora in Id., *L'altra riforma, nella Costituzione*, Feltrinelli, Roma, 17 sgg.
- Friedman L.M. 1969, *Legal Culture and Social Development*, in *Law and Society Review* IV (1): 29 sgg.
- 1989, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, *Yale Law Journal*: 1579 sgg.
- 1994, *Is there a modern legal culture?*, in *Ratio Juris*, VII (2): 117 sgg.
- Galgano F. 2000, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*: 195 sgg.
- Grossi P. 2003, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- 2005, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna.
- 2015, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Habermas J. 1987, *Theory of Communicative Action*, vol. 2, *Lifeworld and System: a critique of functionalist reason*, (Frankfurt am Main, 1981) tr. ingl. T. McCarthy, Beacon Press, Boston.
- Lacché L. 2015, *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian Style tra '800 e '900*, in *Riv.it Sc.giur.*: 233 sgg.
- Leopardi G. 2011, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli italiani* (1823), con un saggio di F. Cordero ed il sottotitolo *Seguito dai pensieri d'un italiano d'oggi*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Loick D. 2014, *Juridification and Politics: From the dilemma of juridification to the paradoxes of rights*, in *Philosophy and Social Criticism*: 757 sgg.

- Luciani M. 2011, *L'Italia rinnovata grazie ad un poeta? Politica e forme di governo nel pensiero di Giacomo Leopardi*, in *Rivista AIC*, n. 0/2010, nonché in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Edizioni Scientifiche, Napoli: 1977 sgg.
- Magnussen A.-M., Banasiak A. 2013, *Juridification: disrupting the relationship between Law and Politics*, in *European Law Journal*: 325 sgg.
- Magnussen A.-M., Nilssen E. 2013, *Juridification and the Construction of Social Citizenship*, in *Journal of Law and Society*: 228 sgg.
- Pinelli C. 2012, *L'incivilimento degli Italiani e la Costituzione della Repubblica*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza, Scritti scelti 1985-2011*: 113 sgg.
- Rebuffa G. 1987, *Giuridificazione*, in *Pol.dir.*: 571 sgg.
- Resta E. 1999, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Pol.dir.*: 541 sgg.
- Taruffo M. 1987, *Note sui modi della giuridificazione*, in *Pol.dir.*: 581 sgg.
- Vardaro G. 1987, *Giuridificazione, colonizzazione, e autoreferenza nel diritto del lavoro*, in *Pol.dir.*: 601 sgg.



GIURIDIFICAZIONE E TUTELA MULTILIVELLO  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI:  
RUOLO E STRUMENTI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

*Andrea Cardone*

SOMMARIO – 1. Alcune premesse di metodo sull’inserimento del giudice amministrativo nel circuito della tutela multilivello quale fattore di giuridificazione. 2. L’applicazione diretta delle norme della CEDU e della Carta di Nizza: uno strumento ancora largamente inutilizzato. 3. L’interpretazione conforme al diritto convenzionale e a quello UE: il vero motore della giuridificazione. 4. Il regime della norma interna contrastante: controllo di validità (in ambito convenzionale) e disapplicazione (in ambito UE) come strumenti di rimozione degli ostacoli alla giuridificazione degli interessi ultrastatali. 5. Brevi considerazioni conclusive.

*1. Alcune premesse di metodo sull’inserimento del giudice amministrativo nel circuito della tutela multilivello quale fattore di giuridificazione*

Una riflessione sui percorsi della giuridificazione nel diritto amministrativo non può prescindere dal tentativo di dar conto, per quanto sinteticamente, del ruolo e degli strumenti con cui il giudice amministrativo ha contribuito e contribuisce al processo di continua costruzione dell’ordinamento per come esso risulta inserito nella fitta trama di rapporti inter-ordinamentali che deriva dalla partecipazione dell’Italia all’Unione europea e dai vincoli internazionali assunti dalla medesima con la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

Nel complesso dell’articolata e più lunga vicenda dell’unificazione, in cui si inserisce, quella della giuridificazione giurisdizionale amministrativa ‘oltre lo Stato’ – la si potrebbe chiamare così – interessa un periodo di tempo che copre appena la metà dei 150 anni che la presente iniziativa editoriale intende celebrare. Gli effetti della proliferazione delle sedi ‘ultrastatali’ di tutela giurisdizionale hanno, però, conosciuto una progressiva e costante intensificazione, tanto da rappresentare il tratto maggiormente qualificante dell’evoluzione che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive ha conosciuto nel nostro ordinamento costituzionale (Cardone, 2011). La considerazione del ruolo svolto dal giudice amministrativo nel contesto della tutela multilivello assume, dunque, nella prospettiva del presente volume, una rilevanza primaria perché la fenomenologia di tale fattore di edificazione dell’ordinamento giuridico concorre in maniera decisiva a rispondere ad alcune domande di fondo, che costituiscono il *trait*

*d'union* dell'impostazione che, in questa ricerca corale, si è inteso dare allo studio della giuridificazione degli interessi nei vari campi del diritto amministrativo. Ci si riferisce, in particolare, alle questioni attinenti alla periodizzazione, alla ricostruzione delle cause, alla determinazione del ruolo dei giudici, al peso degli *input* internazionali e sovranazionali, al carattere pubblicistico o privatistico che ha caratterizzato l'emersione e la protezione degli interessi all'interno del nostro ordinamento nel corso dei 150 anni trascorsi dall'unificazione amministrativa.

Risulta intuitivo comprendere che, rispetto all'analisi del fenomeno della giuridificazione nei vari settori del diritto amministrativo, la riflessione sul ruolo del giudice amministrativo riveste carattere trasversale, interessando allo stesso modo i diversi rami dell'ordinamento giuridico e permeando di sé la tutela e, quindi, l'effettività di tutti gli interessi che via via sono stati oggetto di riconoscimento da parte dei pubblici poteri. Il fenomeno, peraltro, investe non solo il contenuto della tutela ma anche le forme di somministrazione della stessa. Emblematico in tal senso, ad esempio, il riconoscimento dell'ammissibilità della tutela cautelare *ante causam*, effettuato dal giudice amministrativo italiano in materia di contratti pubblici – in attuazione della giurisprudenza della Corte di giustizia – ancor prima della sua introduzione per via legislativa (De Pretis, 2010)<sup>1</sup>.

Tale carattere di 'trasversalità' rende ragione del perché pare opportuno centrare l'attenzione sui 'canali', *rectius* sugli strumenti e le tecniche decisorie, attraverso cui il giudice amministrativo ha svolto, svolge e, presumibilmente, svolgerà anche in futuro questa opera di costruzione dell'ordinamento giuridico. Da un lato, infatti, tale analisi non potrebbe essere condotta sistematicamente con riferimento a tutti i possibili ambiti materiali interessati dal fenomeno della giuridificazione amministrativa se non al prezzo di un impiego di risorse di tempo e di spazio (editoriale) incompatibile con le caratteristiche fondamentali dell'opera che ospita il presente contributo, dall'altro, essa finirebbe in parte per sovrapporsi inutilmente allo studio del fenomeno nei vari settori, condotto appunto – come si è già evidenziato – con precipuo riferimento, tra le altre cose, sia alla dimensione sovranazionale e internazionale degli interessi 'giuridificati', sia alla sfera della tutela giurisdizionale.

Al tema si guarderà, dunque, cercando di fare il punto sull'evoluzione che lo strumentario interpretativo e decisionale del giudice amministrativo ha conosciuto nel periodo di tempo considerato (che nel nostro caso, come si accennava, inizia ad assumere rilievo a partire dagli anni '50, con la stipula della CEDU nel 1950 e dei Trattati di Roma nel 1957) per effetto del progressivo inserimento del giudice amministrativo nel circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

È appena il caso di dire che, da questo punto di vista, la vicenda in oggetto si colloca nella più ampia questione del nuovo ruolo che il giudice comune

è venuto assumendo per effetto della diffusione del controllo di legittimità costituzionale, la quale ha incardinato nella rimozione in concreto della lesione – più che sull'espunzione dall'ordinamento della legge incostituzionale – la «giurisdizione delle libertà», secondo la celebre definizione di Cappelletti della giustizia costituzionale interna (Cappelletti, 1955). Ed è opportuno chiarire subito al riguardo, anche per non alimentare aspettative destinate altrimenti a rimanere deluse, che l'analisi giurisprudenziale dimostra che la posizione del giudice amministrativo è, da questo punto di vista, del tutto omogenea a quella degli altri giudici comuni.

Esistono, però, perlomeno tre ragioni che inducono a ritenere che, all'interno di questa 'storia', il giudice amministrativo meriti una considerazione specifica, che giustifica la limitazione dell'ambito di indagine prescelto con motivi ulteriori rispetto al mero mantenimento del parallelismo tra diritto processuale e diritto sostanziale, in ossequio al quale alla giuridificazione degli interessi nel campo del diritto amministrativo si deve guardare con riferimento al giudice naturale di quegli interessi.

La prima è che il giudice amministrativo italiano si è dimostrato particolarmente attento alla tutela dei diritti fondamentali, anche in prospettiva sovranazionale, tanto da meritare di essere efficacemente definito «un giudice che mette in parola, che dice i valori e i bisogni profondamente radicati nel disegno costituzionale, e che almeno in questa misura [...] ne corrobora le potenzialità di riconoscimento» (Niccolai, 2012: 252). La seconda è che la giurisdizione del giudice amministrativo (nelle sue varie declinazioni), nella misura in cui rappresenta il luogo naturale in cui si perimetra il rapporto tra autorità e libertà<sup>2</sup>, costituisce una delle sedi più qualificate in cui si esprimono le tutele 'ultrastatali', come si ricava agevolmente, nel contesto convenzionale, dalla circostanza che la CEDU impone direttamente obblighi allo Stato italiano e, quindi, alle pubbliche amministrazioni della Repubblica nei confronti dei suoi cittadini (e solo indirettamente ai privati nei confronti di privati) (Caretti, 2011), e, nell'ambito dei rapporti con l'Unione europea, dal fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce effetti diretti solo verticali alle direttive<sup>3</sup> e agli accordi internazionali conclusi dall'Unione<sup>4</sup>. A ciò si aggiunga – ed è questa la terza ragione – che alcuni degli istituti attraverso cui si realizza questa opera di giuridificazione giurisdizionale degli interessi tutelati dal diritto internazionale e sovranazionale assumono nel contesto del giudizio amministrativo una veste particolare<sup>5</sup>, destinata a rimanere in ombra all'interno di un discorso unitario e generale riferito al giudice comune.

Alla luce delle sintetiche considerazioni metodologiche fin qui svolte, e con ciò palesando le ragioni della struttura del presente saggio, pare opportuno chiarire fin da subito che tre sembrano essere i canali attraverso cui il giudice am-

ministrativo – in ciò operando, come si diceva, a tutti gli effetti come giudice comune – ha svolto in passato, svolge nel contesto attuale e sempre più svolgerà in futuro, questa funzione di giuridificazione degli interessi in veste di ‘giudice multilivello’. Tali canali rappresentano altrettanti strumenti che concorrono ad ampliare il margine di operatività del giudice amministrativo nella conformazione dell’ordinamento per come esso è inserito nei due contesti, convenzionale e dell’Unione europea, con caratteristiche talmente peculiari all’interno di ciascuna delle due realtà da meritare un’analisi che favorisca l’emersione del diverso modo in cui il medesimo istituto funziona a seconda che operi nella dimensione internazionale o sovranazionale.

## *2. L’applicazione diretta delle norme della CEDU e della Carta di Nizza: uno strumento ancora largamente inutilizzato*

Un primo strumento attraverso cui il giudice amministrativo si trova nella condizione di poter significativamente concorrere alla giuridificazione di nuovi interessi derivanti dalla dimensione ultrastatuale è l’applicazione diretta delle norme delle Carte internazionali e sovranazionali. Con tale espressione si intende compendiare il complesso di ipotesi in cui da tali atti normativi il giudice ricava direttamente la norma regolativa della fattispecie concreta, considerando fondata su di essa la pretesa azionata in giudizio.

Vale la pena chiarire subito che, dei tre strumenti cui si è accennato, quello in questione è, ad oggi, certamente il meno sfruttato nelle sue attuali potenzialità; e ciò per ragioni che meritano di essere approfondite in relazione ai due diversi contesti della Convenzione e dell’Unione europea.

Con riferimento alla CEDU, come noto, proprio il giudice amministrativo si è reso protagonista in relazione a questo istituto di una molto criticata ‘fuga in avanti’. Si intende fare riferimento, in particolare, a due note decisioni di primo e secondo grado – TAR Lazio, sez. II *bis*, 18.5.2010, n. 11984 e Cons. St., sez. IV, 2.3.2010, n. 1220 – con cui si è ritenuto che in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona si sia determinata una ‘comunitarizzazione’ della CEDU, il cui effetto sarebbe stato quello di consentire la sua applicazione diretta da parte del giudice nazionale anche a preferenza della fonte legislativa interna contrastante e mediante il ricorso all’istituto della disapplicazione (ma si vedano anche le successive decisioni di analogo tenore citate da Carlotto, 2013). Come si avvertiva, si tratta di una decisione che, pur non arrivando a praticare in concreto la disapplicazione (Ramajoli, 2012), è stata oggetto di forti critiche in dottrina (*ex multis*, Celotto, 2010; Colavitti, Pagotto, 2010; D’Angelo, 2010), le quali hanno evidenziato che, per lo meno fino all’adesione dell’Unione europea alla CEDU (diventata, peraltro, ad oggi particolarmente problema-



tica dopo il parere 2/13, con cui la Corte di Giustizia ha negato la compatibilità del progetto di adesione con i Trattati), la disapplicazione della norma interna contrastante con quella convenzionale deve ritenersi preclusa da quanto affermato dalla Corte nella celebre sentenza n. 349 del 2007 in cui si statuisce chiaramente che le norme della CEDU non hanno «effetto diretto, “nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto”, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne confliggenti»<sup>6</sup>.

Ciò, però, non toglie nulla al fatto che, al di là del divieto di disapplicazione, non vi sono argomenti giuridici per revocare seriamente in dubbio che il giudice amministrativo, in quanto giudice comune, abbia l'obbligo di applicare la CEDU perché le sue norme, in quanto recepite con la legge di esecuzione (l. 4.7.1955, n. 848), fanno parte pienamente dell'ordinamento interno. E da ciò deriva la conseguenza che esse sono tutte applicabili «nel senso di imporre ai soggetti, alle autorità e ai giudici nazionali l'obbligo di non dar luogo con i loro atti a violazioni dei diritti in essa statuiti» (Randazzo, 2003: 255).

Per comprendere la portata dell'obbligo di applicare la Convenzione come regola di giudizio per la risoluzione del caso concreto vale la pena ricordare che l'affermazione di questo obbligo si è dipanata, come noto, nel nostro ordinamento attraverso una vicenda piuttosto travagliata, stante la tradizionale ricostruzione dottrina per cui le norme internazionali sui diritti possono al più essere considerate strumenti interpretativi per le sole corti supreme (Barile, 1984: 54) e stante la prolungata negazione da parte della giurisprudenza della diretta applicabilità della Cedu ai rapporti giuridici interni (fondata sulla considerazione che, trattandosi di norma pattizia, sarebbe stata vincolante solo per le parti contraenti) (Montanari, 2003: 131 sgg.; Gardino Carli, 2005: 63 sgg.). Tale atteggiamento di ritrosia veniva certamente favorito dalla giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo, la quale – a differenza di quanto faceva negli stessi anni la Corte di Giustizia per il diritto (allora) comunitario – riteneva che l'applicazione diretta delle norme pattizie fosse soltanto uno dei modi (non necessariamente l'unico, quindi), attraverso cui lo Stato poteva rispettare l'obbligo previsto dall'art. 13 CEDU<sup>7</sup>. Si comprende, dunque, agevolmente perché si è soliti considerare come un momento di rottura nell'evoluzione dei rapporti tra sistema convenzionale e giurisdizione comune la sentenza «Polo Castro» delle sezioni unite della Cassazione penale<sup>8</sup>, con cui il giudice di legittimità riconosce per la prima volta in termini generali «l'immediata operatività, in Italia, delle norme della Convenzione» ma – generando una certa confusione tra il piano della fonte in quanto tale e quello della singola disposizione convenzionale (Randazzo, 2003: 259) – distingue, quanto all'utilizzabilità della medesima per la costruzione della regola del caso concreto, i casi in cui «l'atto o il fatto normativo in-

ternazionale contenga il modello di un atto completo nei suoi elementi essenziali» da quelli in cui, invece, «l'atto internazionale [...] non sia *self-executing*, [per cui] le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, perché si realizzino, di una specifica attività normativa dello Stato». Da questa sentenza si è, conseguentemente, originata una sorta di riproposizione della distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, interpretata da alcuni nei termini di 'un rapporto di complementarità' tra la norma interna e la norma europea non *self-executing* (Raspadori, 2000: 293), da altri come trasposizione in ambito convenzionale del regime delle direttive dell'Unione europea sprovviste di effetti diretti (Messineo, 2007: 270; Spadaro, 2003, il quale però ragiona della Carta di Nizza).

Nella prassi degli organi della giurisdizione comune ne è derivato uno sporadico utilizzo della CEDU come regola della decisione<sup>9</sup> mentre, assai più frequentemente, la giurisprudenza ha concluso per il carattere programmatico delle norme convenzionali in considerazione (Montanari, 2003: 134 sgg.), tutt'al più affermando di essere dinnanzi a norme di mera specificazione di quelle costituzionali interne (Pace, 2001: 10 sgg.). Peraltro, la dottrina non ha mancato di osservare come le già non frequenti volte in cui il giudice comune sembra aver inteso dare applicazione diretta alla CEDU, ciò sia quasi sempre avvenuto in costanza di una giurisprudenza europea che operava in suo favore una sorta di 'delega di bilanciamento', chiarendo come dovessero essere bilanciati in concreto due o più diritti fondamentali<sup>10</sup>.

Per quanto qui di più prossimo interesse, è dato constatare che, per le ragioni sopra esposte, l'infrequente uso della CEDU come norma del caso concreto sembra essersi accompagnato in alcuni rami della giurisdizione, e particolarmente proprio nel campo del diritto amministrativo, ad una tendenziale insensibilità nei confronti delle istanze convenzionali, per lo più richiamate a mero conforto di interpretazioni e conclusioni basate su altre norme o, al massimo, per chiarire il significato attribuibile ad una data disciplina costituzionale (Gallo, 1996)<sup>11</sup>. E ciò con un atteggiamento tanto radicato da far commentare in dottrina che il giudice amministrativo «reputa necessario – o comunque preferisce – rimettere i casi dubbi alla Corte costituzionale, che, dunque, risulterebbe l'unico giudice nel nostro ordinamento delle norme della Convenzione (peraltro soltanto sotto il limitato profilo degli apporti interpretativi e integrativi, che esse eventualmente operano sulle norme costituzionali)» (Greco, 2000). Né le cose sono cambiate per effetto del riconoscimento alla Convenzione del ruolo di norma interposta nel giudizio di costituzionalità operato dalla celeberrima giurisprudenza della Corte.

In questo quadro di sostanziale atrofia dell'istituto, anche le prima ricordate 'fughe in avanti' del giudice amministrativo sono state in gran parte abbando-

nate quando la Corte costituzionale con la sentenza n. 80 del 2011, dopo aver ribadito le *rationes decidendi* della sentenza n. 349, ha chiarito a proposito dei presunti effetti della comunitarizzazione della CEDU che «nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta»<sup>12</sup>. Non sono mancati, però, casi di decisioni del giudice amministrativo che ha interpretato la giurisprudenza costituzionale come espressiva di uno dei possibili orientamenti in materia, come se fosse praticabile una interpretazione diversa, quella appunto conducente al riconoscimento di un potere del giudice di disapplicare (Carlotto, 2013: 204 sgg.).

L'effetto netto di tale vicenda è che gran parte dell'attenzione della giustizia amministrativa si è concentrata sugli effetti della comunitarizzazione della Convenzione, finendo per far coincidere l'obbligo di dare diretta applicazione alla CEDU con la legittimazione a disapplicare la norma interna contrastante in frode al sindacato accentrato di legittimità costituzionale e, per questa via, confondendo la diretta applicabilità della fonte convenzionale con gli effetti diretti tipici delle norme dell'Unione<sup>13</sup>.

Come altrettanto noto, il medesimo istituto dell'applicazione diretta trova oggi applicazione nel contesto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione. E ciò per effetto dell'art. 6 Trattato UE come novellato dal Trattato di Lisbona, il quale sancisce, al comma 1, che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» e precisa, al comma 2, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati».

Al riguardo è, infatti, necessario sottolineare, per quanto possa apparire banale, che le norme della Carta, in quanto espressamente dotate della forza dei Trattati, rappresentano delle vere e proprie 'norme costituzionali dell'Unione europea'. Questo significa innanzitutto che, *a fortiori*, per esse non può non valere lo statuto giuridico che è stato faticosamente costruito dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale per le altre norme dell'Unione. In particolare, deve valere anche per le norme costituzionali dell'Unione europea, come per i regolamenti, il principio della diretta applicabilità (Cartabia, 2004: 70), così come vale per esse il principio di supremazia (sul fatto che la supremazia della Costituzione europea non può tradursi in una ricostruzione gerarchica del rapporto con le Costituzioni nazionali, cfr. adesivamente Cartabia, 2005). Ciò, naturalmente, a meno di non voler riproporre con riferimento alle norme della Carta la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche che ha accompagnato l'entrata in vigore della nostra Costituzione (Azzariti, 1951; Crisafulli, 1985 e

1952; Pensovecchio Li Bassi, 1972; Mortati, 1974; Bin, 1988). Il che rischierebbe, però, di apparire, per un verso, contrario allo ‘Spirito dei Tempi’, per l’altro, del tutto privo di qualsiasi riferimento alla concreta struttura delle norme costituzionali europee, le quali recano – nella maggior parte dei casi – una formulazione linguistica sufficientemente precisa e dettagliata perché si possa predicare l’esistenza di un obbligo di previo intervento normativo del legislatore dell’Unione o nazionale. Per quanto, infatti, a quest’ultimo spetti – ai sensi dell’art. 52 comma 1 – determinare il contenuto dei limiti ai diritti stabiliti dalla Carta, non vi è dubbio che il giudice comune può comunque procedere al bilanciamento in concreto dei diritti fondamentali che essa attribuisce (Butturini, 2009). Per di più tale bilanciamento, proprio perché manca una predeterminazione legislativa dei limiti (Caretti, 2001: 946) e perché la Carta è formulata per principi (Pace, 2001), appare quanto mai ‘libero’.

Dalla considerazione che la Carta, come fonte di diritto costituzionale dell’Unione europea, è direttamente applicabile dal giudice comune, deriva che residua molto poco spazio per la ferrea lettura della separazione per ambiti materiali di competenza accolta nell’art. 51 comma 1, ai sensi del quale, come noto, l’applicazione della Carta è limitata alle istituzioni comunitarie ed «agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione» (Azzena, 2001: 615; Marini, 2004; Cartabia, 2001, quest’ultima, però, non senza avanzare dubbi di tenuta legati alla forza espansiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia), secondo la nota dottrina dell’*incorporation* elaborata per via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia (Temple Lang, 1991)<sup>14</sup>.

L’affermazione pare tutt’altro che azzardata se si pone mente al fatto che le norme della Carta non sono oggi più suscettibili di applicazione solamente quando il giudice dirime una controversia in base ad altre norme dell’Unione *self-executing* ma sono esse stesse direttamente applicabili al caso concreto in regime di preferenza rispetto a quelle interne, secondo i meccanismi ormai consolidati (Spadaro, 2003, il quale sottolinea che sarebbe singolare ammettere che le norme del diritto derivato abbiano un più pieno regime di applicabilità delle norme della Carta, che rispetto alle prime sono «certamente più rilevanti»). La diretta applicabilità della Carta pone, dunque, la limitazione formale del suo ambito materiale di applicabilità in grave crisi, tanto da revocare seriamente in dubbio che la clausola dell’*incorporation* sia strutturalmente idonea a raggiungere il suo scopo. D’altro canto, come è stato opportunamente osservato (Ferraro, 2005: 514), la rigida separazione tra ambito interno ed ambito attuativo del diritto dell’Unione è in evidente contrasto con la logica dell’integrazione europea (Caretti, 2014). Queste constatazioni dovrebbero, dunque, indurre in futuro a giudicare in maniera diversa da come è giustamente avvenuto prima del Trattato di Lisbona tutti quei casi in cui la regola della diretta applicabilità

viene utilizzata dal giudice comune per assegnare prevalenza non ad una norma del diritto derivato ma ad una norma costituzionale dell'Unione (*id est* della Carta di Nizza) che abbia una struttura linguistica tale da poter essere applicata come regolativa del caso sottoposto alla sua cognizione.

Analogamente a quanto riscontrato con riferimento alla applicazione diretta della CEDU, tali considerazioni non possono non valere per il giudice amministrativo e costituiscono la premessa di un radicale ampliamento del suo ruolo di 'costruttore' dell'ordinamento giuridico. Ma, allo stesso modo, anche in relazione alla Carta di Nizza, si tratta di uno strumento ancora largamente 'trascurato' nella giurisdizione amministrativa come nelle altre giurisdizioni. Nella maggior parte dei casi, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea viene utilizzata dal giudice amministrativo a fini meramente interpretativi, piuttosto che per l'individuazione della norma direttamente regolativa del caso concreto (Guarnier, 2013)<sup>15</sup>. Anche se merita di essere ricordato che non sono mancati casi, come ad esempio TAR Lazio, sez. I, 24.10.2012, n. 8746, in tema di equo processo, in cui la diretta applicabilità della Carta è stata richiamata per fondare sulla clausola di equivalenza contenuta nell'art. 52, comma 3, l'applicazione diretta, anche in funzione di disapplicazione della norma interna contrastante, della disciplina di un omologo diritto contenuto nella CEDU.

Nel complesso, dunque, come si accennava, quello dell'applicazione diretta appare un istituto ancora in larga parte inesplorato dal giudice amministrativo, ma le cui potenzialità in termini di giuridificazione degli interessi appaiono molto rilevanti, attese le prospettive di integrazione tra le tutele dei tre livelli (nazionale, sovranazionale e internazionale) derivanti dalle novità introdotte o rese futuribili dal Trattato di Lisbona sia sul piano convenzionale (essenzialmente, l'adesione dell'Unione alla CEDU), sia su quello del diritto UE (principalmente, l'efficacia giuridica della Carta di Nizza).

### *3. L'interpretazione conforme al diritto convenzionale e a quello UE: il vero motore della giuridificazione*

Un secondo strumento con cui il giudice amministrativo, come giudice comune, contribuisce al fenomeno di giuridificazione dei nuovi interessi che derivano dall'inserimento della Repubblica nel contesto internazionale e sovranazionale è quello dell'interpretazione conforme. Come noto, la diffusione di quest'istituto, anche ed originariamente nel contesto nazionale nella versione dell'"interpretazione conforme a Costituzione", è uno dei frutti diretti della proliferazione degli atti normativi e della rottura dell'unità del sistema delle fonti, che a sua volta rappresenta il più evidente dei fattori di crisi dello stato moderno (Grossi, 2012: 76 sgg.).

Nel contesto internazionale e sovranazionale, però, esso ha assunto fin dall'inizio un significato diverso da quello che ne ha contraddistinto la genesi nel diritto interno. Mentre, infatti, l'interpretazione conforme a Costituzione nasce nell'ordinamento nazionale (e resta tale fino alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 356 del 1996) come strumento *soft* attraverso cui il Giudice delle leggi coinvolge progressivamente il giudice comune nell'opera di inserimento del testo costituzionale nel novero dei materiali utilizzabili nella decisione del caso concreto (Lamarque, 2013), il medesimo istituto si sviluppa in ambito ultrastatale come fattore 'necessitato' di integrazione degli ordinamenti e di flessibilizzazione del dato normativo interno (Ruggeri, 2011). La sua principale e comune caratteristica nell'ordinamento convenzionale e in quello dell'Unione europea, infatti, è quello di essere uno strumento di *hard law*, attesa la sua obbligatorietà per il giudice comune, il quale è tenuto – e non semplicemente esortato – a praticare una interpretazione del diritto interno conforme al diritto della Convenzione e al diritto dell'Unione europea.

I profili di divergenza del modello tra il diritto interno e quello ultrastatale, però, si sono col passare del tempo attenuati, non solo perché, per effetto della ricordata sentenza n. 356 del 1996 la giurisprudenza della Corte costituzionale ha cominciato a pretendere il previo esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione come requisito di ammissibilità della questione promossa in via incidentale (Cardone, 2001), ma anche perché è progressivamente emerso il suo statuto logico unitario – consistente nell'obbligo imposto al giudice di interpretare ed applicare al caso concreto la norma interna in modo conforme ad altra norma «non coincidente per origine e legittimazione» (Luciani, 2009: 425) – e perché si è lentamente diffusa nell'operato dei giudici la convinzione che l'interpretazione conforme abbia la natura di «open instrument» (Martinico, 2013), finalizzato all'apertura della Costituzione rispetto a tutti i documenti normativi in grado di integrare la tutela che essa appresta ai diritti fondamentali.

In questo quadro di tendenziale omogeneizzazione dell'istituto nei tre contesti (nazionale, CEDU e UE) permangono comunque alcune significative peculiarità ordinamentali, che, anche in questo caso, consigliano di tenere distinto il discorso nelle due realtà della Convenzione e del diritto UE, per meglio apprezzare così le differenti sfumature che caratterizzano il ruolo del giudice amministrativo. In proposito va premesso che, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, l'istituto viene a connotarsi in maniera diversa rispetto a quanto avviene nella giurisdizione penale e civile, perché qui il modello processuale impugnatorio fa sì che il giudice si trovi non tanto a dover individuare il significato più corretto da attribuire alla disposizione alla luce del diritto internazionale e sovranazionale – cioè, a dichiarare la norma del caso concreto in maniera con-

forme a quegli ordinamenti – ma a verificare se la p.a. nel determinare il contenuto del provvedimento ha ‘utilizzato’ una norma individuata secondo questo canone interpretativo (Manfrellotti, 2009).

Quanto al diritto convenzionale, è noto che la Corte europea ha affermato che il giudice comune deve, per quanto possibile, applicare ed interpretare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che di essa «costituisce parte integrante» (Tega, 2008, per la giurisprudenza europea secondo cui allo stesso obbligo soggiace anche il giudice costituzionale)<sup>16</sup>. La medesima ha, inoltre, chiarito che le norme della Convenzione devono essere interpretate dal giudice comune facendo applicazione degli stessi criteri ermeneutici espressi dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>17</sup> e che l’obbligo di interpretazione conforme importa anche che si debba considerare retroattiva la norma nazionale introdotta per effetto delle decisioni di condanna pronunziate dalla Corte, in modo da ridurre le ipotesi di ‘violazione strutturale’ della Convenzione (*systemic violation of human rights*)<sup>18</sup>. La giurisprudenza europea, infine, è giunta ad affermare la responsabilità dello Stato verso il privato per omessa interpretazione conforme anche laddove il giudice comune ha ritenuto di doversi arrestare dinnanzi al limite della lettera della legge<sup>19</sup>.

È, quest’ultimo, un aspetto fondamentale per apprezzare la posizione che il giudice amministrativo italiano è venuto assumendo nei confronti dell’obbligo di interpretazione conforme a CEDU, perché, come altrettanto noto, ponendo fine ad un precedente «atteggiamento ondivago della giurisprudenza costituzionale» sul fondamento interno dell’istituto (Ruotolo, 2000: 311) e facendo leva sulla nel frattempo intervenuta costituzionalizzazione dei vincoli internazionali del 2001, la celeberrima e già citata sentenza n. 349 del 2007 ha riconosciuto l’esistenza dell’obbligo di interpretazione conforme e ha circoscritto tale pratica ermeneutica a tutte e sole le ipotesi in cui essa sia consentita proprio dalla lettera della legge.

Nella stessa decisione, poi, ed è questo ulteriore elemento da valutare ai fini dell’esatta ricostruzione del margine di discrezionalità di cui gode oggi il giudice amministrativo nella pratica dell’interpretazione conforme, la Corte costituzionale ha aderito a quanto il giudice di Strasburgo, come visto, andava già predicando da tempo e, cioè, che la funzione nomofilattica nell’ordinamento convenzionale è di esclusiva spettanza della Corte europea, con la conseguenza che i giudici nazionali, in qualità di ‘giudici comuni della Convenzione’, devono applicare il catalogo europeo dei diritti così come interpretato ‘dal suo giudice’ e devono interpretare la norma interna in maniera conforme alla CEDU così come interpretata dalla Corte europea. Una successiva sentenza del 2008 ha precisato al riguardo che «le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell’ambito di siffatta categoria, con-

siste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»<sup>20</sup>. L'orientamento in questione è stato, poi, consolidato da una pronuncia del 2009, in cui si esplicita che anche alla stessa Corte costituzionale «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve»<sup>21</sup>. Ancora, il monopolio interpretativo della Corte europea sulla CEDU è stato ribadito, sotto altro ma non meno significativo profilo, da un'altra sentenza del 2009, la quale, per un verso, ha affermato ancora una volta che il giudice delle leggi «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione»<sup>22</sup>, per l'altro, ha negato che la CEDU sia interpretabile in maniera conforme alla Costituzione interna<sup>23</sup>. A ciò si aggiunga, infine, che le Sezioni unite della Corte di cassazione sono giunte a ritenere che la propria interpretazione convenzionalmente conforme, basata sulla giurisprudenza di Strasburgo, rappresenti «diritto vivente» vincolante per tutti i giudici comuni (Biondi, 2010)<sup>24</sup>.

In questo quadro di vincoli, ma anche di rilevanti potenzialità interpretative, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha espresso una piena consapevolezza dell'obbligo di interpretare il diritto interno in maniera conforme al diritto convenzionale per come interpretato dalla Corte europea<sup>25</sup> e, con la clamorosa eccezione rappresentata dalle pronunce precedentemente citate a proposito dell'applicazione diretta 'a preferenza' della legge contrastante<sup>26</sup>, anche della circostanza che l'unica via praticabile, in caso di impossibilità di procedere ad interpretazione conforme del diritto interno alla CEDU nel rispetto della lettera della legge, è il promovimento della questione di costituzionalità<sup>27</sup>. E, in tale consapevolezza, quindi, non appare affatto restio a sollevare le questioni<sup>28</sup>.

Non sono, però, mancati casi in cui il giudice amministrativo, è sembrato forzare il dato letterale o direttamente della norma interpretata o di altra norma ad essa sistematicamente collegata. Come esempio del primo tipo di deviazioni dal modello delineato dalla giurisprudenza costituzionale si può citare la giurisprudenza amministrativa in materia di rinnovo dei permessi di soggiorno, secondo cui l'interpretazione del diritto nazionale in maniera conforme ai dettami della giurisprudenza convenzionale sull'art. 8 CEDU obbliga a concludere che il mancato possesso dei requisiti previsti dal testo unico dell'immigrazione non giustifica il diniego del rinnovo, ma obbliga la pubblica amministrazione a verificare che non ricorrano altre condizioni, come la presenza di figli minori sul territorio italiano (Cassese, 2012)<sup>29</sup>. Come esempio del secondo 'tipo'



di 'forzatura' si può citare, invece, quella giurisprudenza del giudice amministrativo che, interpretando il dettato interno in conformità agli artt. 6 e 13 della Convenzione come interpretati dalla Corte europea, ha affermato che il commissario *ad acta* può adottare i provvedimenti necessari per garantire l'effettività del diritto dedotto in giudizio anche se esulano dalla sua competenza e sono riservate ad altra amministrazione<sup>30</sup>.

In termini più generali, però, pare potersi dire che il giudice amministrativo, come gli altri giudici comuni, mostra un atteggiamento di cautela nel 'maneggiare' la giurisprudenza di Strasburgo e che aderisca ad essa 'con riserva', rimodulando gli obblighi convenzionali alla luce dell'ordinamento costituzionale (Lamarque, 2009). Il che concorre a dimostrare come quello dei rapporti tra interpretazione conforme a CEDU e interpretazione conforme a Costituzione, che tanto ha animato la dottrina è, dal punto di vista del giudice comune, un falso problema, non soltanto perché la prima deve comunque precedere la seconda per evitare la responsabilità dello Stato<sup>31</sup>, ma anche perché le ipotesi di contrasto sarebbero remote e limitate al caso della legge interna considerata da Strasburgo incompatibile con la Cedu e dalla Corte invece costituzionalmente necessaria (Randazzo, 2006: 316 sgg.). Al riguardo si potrebbe poi aggiungere che quando il giudice comune interpreta in maniera conforme alla CEDU, per ciò stesso interpreta in maniera conforme anche all'art. 117, comma 1, Cost., per cui, se anche una norma interna assumesse un significato diverso a seconda che fosse interpretata alla luce di un diritto fondamentale come ricostruito in base alla Convenzione (e alla giurisprudenza di Strasburgo) oppure di quello stesso diritto come interpretato alla luce della Costituzione (e della giurisprudenza costituzionale), l'interpretazione conforme alla CEDU sarebbe sempre anche costituzionalmente orientata perché conforme al bilanciamento tra la previsione costituzionale sul diritto fondamentale e la previsione costituzionale del vincolo internazionale (bilanciamento, quest'ultimo, impretermisibile ed ordinariamente effettuato dal giudice perché le norme costituzionali non si possono interpretare come monadi). Il limite di queste operazioni di bilanciamento, come chi scrive ha già provato a sostenere altrove (Cardone, 2012: 118 sgg.), è rappresentato dalla non manifesta infondatezza dell'eventuale contrasto tra la norma interna interpretata in maniera conforme a Convenzione e la Costituzione, perché allora il giudice è obbligato a sollevare la questione, spettando in tal caso alla Corte effettuare il bilanciamento tra il vincolo internazionale ed i diritti costituzionalmente garantiti (Sciarabba, 2007: 3587, che ritiene, invece, che il giudice debba sempre praticare l'interpretazione conforme a Costituzione anche quando la norma così interpretata risulti in contrasto col vincolo internazionale). Se non si esaspera quella che a prima vista pare una netta suddivisione (per cui il giudice interpreta in maniera conforme 'solo ed esclusivamente' alla CEDU),

dunque, la giurisprudenza costituzionale non esclude affatto che il giudice comune interpreti in maniera conforme 'anche' a Costituzione (Sorrentino, 2009; Guazzarotti, Cossiri, 2008: § 4). Ed in questo senso l'esperienza della giurisprudenza amministrativa appare paradigmatica.

Anche nel contesto del diritto UE, come si avvertiva, l'interpretazione conforme rappresenta un obbligo per il giudice nazionale. Essa è, però, configurata in maniera differente da quanto avviene nel diritto convenzionale, a causa del maggior livello di integrazione che contraddistingue la dimensione sovranazionale e che trova, a questo riguardo, il suo punto di emersione nel diretto collegamento che il rinvio pregiudiziale interpretativo istituisce tra la soluzione del caso concreto davanti al giudice dello Stato membro e la funzione nomofilattica della Corte di Giustizia UE (Zampetti, 2014, con particolare riferimento all'applicazione dell'istituto nel giudizio amministrativo).

Come noto, tale obbligo viene ricavato dalla giurisprudenza di Lussemburgo dal principio generale di cooperazione, il quale impone a tutte le autorità statali di non adottare atti e/o comportamenti che possano determinare l'inadempimento di obblighi comunitari. L'obbligo di interpretazione conforme, infatti, non è altro che l'applicazione del principio in questione al nucleo fondante della funzione giurisdizionale, ossia l'interpretazione delle disposizioni per l'individuazione e l'applicazione della norma regolativa del caso concreto. Se si ricostruisce così l'eziogenesi dell'obbligo di interpretazione conforme si comprende agevolmente perché esso sia stato oggetto di una continua estensione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Dal punto di vista dell'Unione, infatti, la fonte dell'obbligo che può risultare inadempito a causa dell'interpretazione giudiziaria del diritto interno è irrilevante. Così, se, da un lato, si comprende che originariamente l'obbligo di interpretazione conforme sia stato posto a carico del giudice solo nei confronti di atti normativi sprovvisti di diretta applicabilità e di effetto diretto, perché minore è la loro autonoma capacità di perseguire gli obiettivi dell'Unione, dall'altro, non meraviglia che esso abbia progressivamente abbracciato pressoché tutti gli atti dell'Unione generativi di obblighi per gli Stati membri, proprio perché la violazione di ogni obbligo dà luogo ad inadempimento. In un primo momento, infatti, l'obbligo in questione è stato affermato con riguardo all'interpretazione delle norme interne che danno attuazione alle direttive, per evitare che a tali norme venisse attribuito un significato pregiudizievole degli effetti che proprio la direttiva attuata intendeva perseguire (Drake, 2005)<sup>32</sup>. In un secondo momento, però, l'obbligo di interpretazione conforme è stato esteso alle direttive non attuate (Gaja, 2003)<sup>33</sup>, per poi essere riferito anche alle decisioni-quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione (Marchegiani, 2006; Condinanzi, 2008)<sup>34</sup> e finanche alle raccomandazioni<sup>35</sup>.

Ad oggi, conseguentemente, si può affermare che esiste in capo al giudice un generalizzato obbligo di interpretare il diritto interno «quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario»<sup>36</sup>, praticando, quindi, ove siano possibili più interpretazioni, quella che consente di ottenere il miglior soddisfacimento degli obblighi dell'Unione. Sul punto vale la pena considerare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha individuato una sola ipotesi di esenzione dall'obbligo di interpretazione conforme, recentemente ribadita in C. giust. CE, 3.5.2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*<sup>37</sup> (Munari, 2006; Gaja, 2008: 116, sulla difficoltà di distinguere, a questo fine, l'insorgenza di un obbligo dall'esistenza di mere conseguenze sfavorevoli), che ricorre ogni qual volta l'attribuzione del significato più idoneo al perseguimento dei fini del diritto dell'Unione comporta l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale del trasgressore della norma o, più in generale, causi l'insorgenza di un obbligo a carico di una delle parti.

Al di fuori dell'eccezione così ricostruita, dunque, l'obbligo di interpretazione conforme spiega una straordinaria potestà conformativa del diritto interno, rispetto al quale la lettera della legge e la pratica dei criteri di interpretazione interni all'ordinamento sembrano offrire una scarsa resistenza: la prima perché, come le moderne teorie dell'interpretazione giuridica dimostrano, risulta dotata di una capacità di limitare l'interprete intrinsecamente debole (Chessa, 2008) e la seconda perché, da un lato, la tradizione giuridica occidentale ha lentamente omologato i propri criteri ermeneutici, i quali non presentano significative differenze da ordinamento ad ordinamento (compreso quello dell'Unione europea) (Gorla, 1981: 444 sgg.), dall'altro, la struttura logica di questa tecnica decisoria sfuma i confini che normalmente separano la selezione della disposizione da applicare e l'individuazione della norma mediante i criteri ermeneutici (Bin, 2011).

Il problema fondamentale che l'istituto pone nella sua dimensione attuale, per come essa risulta dalla *ratio* evidenziata e dall'evoluzione sinteticamente ricostruita, è quello di determinare quali sono le interpretazioni 'possibili', perché la Corte di Giustizia ha non di rado suggerito al giudice nazionale interpretazioni eversive della lettera della legge (Gaja, 2004: 44; Pistorio, 2012), salvo affermare, però, in linea di principio che l'obbligo di interpretazione conforme «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»<sup>38</sup> e che, anche quando interpreta al fine di consentire il perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea, il giudice deve comunque applicare i criteri ermeneutici ordinariamente previsti dal proprio ordinamento<sup>39</sup>.

Le considerazioni fin qui svolte sul piano generale dei rapporti tra ordinamenti trovano specifica conferma proprio nell'esperienza della giustizia am-

ministrativa. Essa, infatti, testimonia la grande capacità dell'istituto di permeare in concreto l'esercizio della funzione giurisdizionale, con tutte le sue implicazioni, prima fra tutte quella di determinare il carattere solo sussidiario della disapplicazione, cui il giudice amministrativo dimostra consapevolmente di ricorrere solo quando non è possibile interpretare il diritto interno in maniera conforme a quello UE<sup>40</sup>. E ciò sia quando vengono in considerazione norme legislative<sup>41</sup>, sia quando si tratta di interpretare norme di rango costituzionale<sup>42</sup>.

Va, infine, sottolineato, analogamente a quanto si è avuto modo di fare in relazione all'istituto dell'applicazione diretta<sup>43</sup>, che restano, invece, ancora in gran parte inesplorate da parte del giudice amministrativo le potenzialità che l'interpretazione conforme viene a manifestare per effetto del Trattato di Lisbona. L'istituto assume, infatti, un nuovo e più pregnante significato perché il giudice amministrativo, con l'acquisita efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha a disposizione un 'materiale ermeneutico comunitario' non solo dotato di efficacia giuridica in ogni sua parte ma anche eccedente la primigenia dimensione economicistica assegnata dalla giurisprudenza di Lussemburgo ai diritti fondamentali e particolarmente rilevante in tema di rapporti con la p.a.<sup>44</sup>

Al riguardo, però, non si deve sottacere che gli effetti di questa sorta di 'duplicazione' delle discipline costituzionali potrebbero non essere indifferenti sul piano delle 'strategie interpretative' del giudice amministrativo. *Rebus sic stantibus*, infatti, l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione potrebbe divenire uno strumento per eludere l'obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna che si assume in contrasto con la costituzione. Alla ricerca di una soluzione normativo-valoriale ritenuta maggiormente soddisfacente per la soluzione del caso concreto, il giudice amministrativo, come ogni altro giudice comune, potrebbe, cioè, posporre in termini logici e cronologici la ricerca di un'interpretazione della norma interna conforme a costituzione all'individuazione di una diversa interpretazione della medesima norma conforme ai principi costituzionali dell'Unione europea e ciò, peraltro, in piena sintonia con quella giurisprudenza costituzionale secondo cui la questione di compatibilità comunitaria ha la precedenza logica e giuridica rispetto alla questione di costituzionalità (Cardone, 2005; Zanon, 2006: IX, il quale denuncia che «non sembra preso sul serio il rischio che si profili realmente [...] una sorta di tutela dei diritti "à la carte", in cui i giudici scelgono piuttosto liberamente, a seconda del caso (e delle proprie convinzioni), a quale dichiarazione dei diritti riferirsi»). Va, tuttavia, dato atto che allo stato attuale la giurisprudenza amministrativa non segnala casi ascrivibili a questa tipologia di strategia argomentativa.

*4. Il regime della norma interna contrastante: controllo di validità (in ambito convenzionale) e disapplicazione (in ambito UE) come strumenti di rimozione degli ostacoli alla giuridificazione degli interessi ultrastatali*

Un terzo rilevante profilo che concorre a definire il quadro degli strumenti attraverso cui il giudice amministrativo svolge un ruolo nella giuridificazione degli interessi tutelati dal diritto internazionale e sovranazionale è rappresentato dal regime giuridico della norma interna che, nel momento della sua applicazione, si scopra in contrasto con il diritto convenzionale o con il diritto dell'Unione. In entrambi i casi la giuridificazione opera attraverso la rimozione dell'ostacolo legislativo interno che impedisce al giudice amministrativo di somministrare tutela alla situazione soggettiva dedotta in giudizio e già prevista come qualificata e differenziata da una fonte del diritto ultrastatale. In entrambi i contesti si tratta, quindi, a differenza della mera applicazione diretta delle Carte sovranazionali di cui si è detto precedentemente<sup>45</sup>, di un meccanismo destinato ad operare non solo sulla fattispecie ma anche sulla legislazione nazionale; per quanto non 'in positivo' come nel caso dell'interpretazione conforme, che consente di tutelare l'interesse che 'attraversa' i confini dello Stato mediante l'applicazione 'orientata' della norma interna<sup>46</sup>, ma, al contrario, 'in negativo', ossia impedendo che la regola del caso concreto sia ricavata dal diritto interno. Come noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ricostruito il regime giuridico della norma contrastante in maniera profondamente diversa a seconda che l'antinomia si riferisca al diritto della Convenzione europea o al diritto dell'Unione. Per quanto, come si accennava, si tratti di vicende arcinote, ad esse conviene brevemente accennare per valutare il differente ruolo che contraddistingue la posizione del giudice amministrativo nei due contesti e dar conto della giurisprudenza che è seguita agli arresti della Corte costituzionale in materia.

Quanto al diritto convenzionale, come hanno chiarito le più volte citate 'sentenze gemelle' n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, il giudice comune ha l'obbligo di sollevare la questione di costituzionalità della norma interna contrastante con la Cedu quando il relativo contrasto non può essere composto per via interpretativa. In proposito deve essere chiarito che, pur nel silenzio della Corte, l'obbligo di sollevare la questione può essere considerato sussistente anche nel caso (in concreto, comunque, difficilmente realizzabile) di fattispecie non regolata dal diritto interno e disciplinata, invece, da norma convenzionale *self-executing* che il giudice comune ritenga in contrasto con la Costituzione. In quest'ipotesi, poiché l'esistenza di una lacuna evita che si pongano problemi di disapplicazione di legge interna contrastante, la questione di costituzionalità dovrebbe, però, essere sollevata sulla legge di esecuzione.

La stessa Corte costituzionale<sup>47</sup>, invece, ha espressamente affermato la propria competenza anche sulle leggi anteriori alla CEDU, pur potendo astrattamente il conflitto tra norma convenzionale e norma interna precedente essere risolto in maniera diffusa dal giudice comune attraverso l'abrogazione implicita (Mastroianni, 2008); con ciò generando critiche di ordine 'pratico', relative principalmente all'accresciuto carico che essa viene a determinare sul ruolo della Corte costituzionale. Tale obiezione, però, deve essere valutata alla luce anche delle esigenze teoriche che derivano dalla ricostruzione operata dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le quali paiono andare al di là del mero consolidamento del controllo accentrato. In particolare, si deve osservare che, una volta chiarito che l'art. 117 Cost. va inteso come norma 'di' produzione e non come norma 'sulla' produzione (per l'opposta Sorrentino, 2005: 86) e, quindi, che il mancato rispetto degli obblighi internazionali vizia la costituzionalità della legge, l'abrogazione non rappresenta più una soluzione efficace perché essa opera *ex nunc* e con efficacia *inter partes* (Sciarabba, 2008: 3).

Nel quadro così delineato dalla giurisprudenza costituzionale, il giudice amministrativo, come si è già accennato a proposito delle conseguenze che derivano dall'impossibilità di sanare il conflitto tra norma interna e convenzionale sul piano dell'interpretazione conforme<sup>48</sup>, non lesina il proprio contributo nel promuovere questioni di costituzionalità e, per questa via, si mostra impegnato nell'opera di rimozione del diritto interno che impedisce di accordare tutela alle situazioni soggettive garantite dalla Convenzione<sup>49</sup>. E ciò anche quando a venire in rilievo sono norme legislative espressive di istituti particolarmente radicati nell'ordinamento giuridico, come ad esempio l'intangibilità del giudicato<sup>50</sup>.

Quanto, invece, al contesto dell'Unione, è altrettanto noto che grava sul giudice comune l'obbligo di chiarire se, ed in quale misura, si deve dar luogo nel caso concreto alla «non applicazione» del diritto interno contrastante con il diritto dell'Unione europea, ricorrendo qui alla celebre espressione utilizzata in C. cost., 18.4.1991, n. 168<sup>51</sup>, in cui viene chiarito che il meccanismo delineato nella celebre pronuncia dell'8.6.1984, n. 170, non deve essere interpretato nei termini di una disapplicazione in senso stretto, poiché essa presupporrebbe un previo giudizio di legittimità e l'individuazione di vizi «in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti» (Celotto, 1999; Barbera, 2008). A tal fine, quindi, il giudice amministrativo (per quanto qui di più prossimo interesse) deve innanzitutto accertare la capacità della norma dell'Unione di produrre effetti diretti, indagando se – a prescindere dal fatto che essa sia contenuta in una fonte direttamente applicabile o meno (quindi, regolamento o direttiva) – l'idoneità della norma a fondare pretese azionabili sia stata già affermata dalla Corte di Giustizia oppure, in difetto di precedenti giurisprudenziali, se essa possa essere comunque desunta dalla precisione e dalla chiarezza

za della disposizione (Bin, Caretti, 2005, sulla differenza tra diretta applicabilità, come predicato della fonte, ed effetto diretto, come carattere della norma). Nel caso in cui riconosca alla norma dell'Unione effetto diretto, infatti, il giudice è sempre tenuto a non applicare l'eventuale diritto interno contrastante. Quando, invece, il diritto interno viene ad essere in contrasto con una norma dell'Unione sprovvista di effetto diretto, come la Corte costituzionale ha chiarito fin dai tempi della già ricordata sentenza «Granital» (Mastroianni, 2006)<sup>52</sup>, si verte in un'ipotesi «in cui la Comunità non ha esercitato con uguale intensità la sua competenza normativa e che si traduce in una violazione dell'art. 11 della Costituzione, dunque in una normale questione di costituzionalità da rimettere al giudice costituzionale»<sup>53</sup>. Conseguentemente, in tale ipotesi, il giudice ha l'obbligo di promuovere la questione di costituzionalità della norma interna contrastante – non solo *ex art. 11 Cost.* ma, dopo la novella costituzionale del 2001, anche *ex art. 117, comma 1, Cost.*, per violazione «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» – e la Corte di dichiararne l'incostituzionalità, come avvenuto, ad empio, in occasione della sentenza 28.1.2010, n. 28 (Celotto, 2010b: 382 sgg.).

Secondo la giurisprudenza dell'Unione, invece, il giudice comune è obbligato alla non applicazione anche quando la fonte nazionale è in contrasto con una norma dell'Unione europea che, ancorché sprovvista di efficacia diretta nel caso concreto, come avviene ad esempio nell'ipotesi della direttiva nella controversia tra privati<sup>54</sup>, richiede degli adempimenti nel procedimento di formazione della norma interna che non sono stati rispettati dall'ordinamento nazionale (Amadeo, 2001)<sup>55</sup>.

Come noto, poi, la Corte di giustizia si è spinta fino a teorizzare un generale obbligo dell'ordinamento interno di 'pre-conformazione' alle direttive in attesa di recepimento (anche prima della scadenza del relativo termine), ricavando da esso, per un verso, il divieto per il legislatore di adottare una normativa interna che possa pregiudicare la futura attuazione della direttiva pendente<sup>56</sup>, per l'altro, l'onere per il giudice di controllare se la norma interna determini necessariamente questo pregiudizio o se sia, piuttosto, interpretabile come disciplina transitoria in attesa del recepimento (Klamert, 2006)<sup>57</sup>.

Va adeguatamente sottolineato ai nostri fini che la Corte di Lussemburgo non è, invece, ancora giunta ad affermare *apertis verbis* l'obbligo del giudice nazionale di non applicare la norma interna che compromette la futura attuazione della direttiva non scaduta, lasciando intendere che l'eventuale contrasto con la *recipienda* direttiva deve, se possibile, essere risolto mediante la pratica dell'interpretazione conforme. È anche vero, però, che, proprio in un caso di norma interna contrastante con una direttiva non scaduta, la giurisprudenza (allora) comunitaria ha sancito l'obbligo di non applicazione del giudice facendo leva,

più comodamente, sulla circostanza che nella fattispecie concreta la norma nazionale fosse in contrasto con un principio cui la direttiva intendeva dare attuazione (Ronchetti, 2010; Lazzerini, 2010; Lorenzon, 2010)<sup>58</sup>.

Al complesso delle indicazioni che provengono dalla richiamata giurisprudenza (sia interna che sovranazionale) il giudice amministrativo si è nel corso degli anni progressivamente uniformato, pur con qualche incertezza (Torricelli, 2013: 157), mostrando attitudine a dare diretto accesso alla tutela accordata dagli atti normativi dell'Unione anche 'a preferenza' della legge interna contrastante<sup>59</sup>. Si può, ad esempio, oggi considerare pacifico nella giurisprudenza amministrativa che l'obbligo di non applicazione riguardi anche gli atti normativi interni di rango regolamentare (Cintioli, 2007; Massa, 2011) e che il giudice amministrativo non possa 'opporre' direttamente i controlimiti – ma si veda il caso isolato rappresentato da Cons. St., sez. V, 8.8.2005, n. 4207, con la quale il giudice amministrativo ha preteso di omettere il promovimento della questione di costituzionalità e ritenuto esso stesso di poter dichiarare l'esistenza di controlimiti che ostano nel caso concreto alla disapplicazione (Morbidei, 2005, il quale criticamente osserva come la 'diffusione' nell'applicazione dei controlimiti determini un rischio di disgregazione dell'ordinamento dell'Unione europea) –, mentre il profilo che continua a restare maggiormente problematico è quello relativo alla praticabilità dell'istituto in relazione agli atti amministrativi generali, stante la giurisprudenza amministrativa che richiama la necessità di non consentire l'aggiramento del termine perentorio di impugnazione (Dipace, 2011).

##### *5. Brevi considerazioni conclusive*

In estrema sintesi, concludendo, pare di poter dire che l'analisi effettuata conferma l'idea che la conformazione assunta dal sistema di protezione dei diritti fondamentali in Europa ha dato un contributo fondamentale alla giuridificazione di interessi originariamente non protetti dal diritto nazionale e che in tale processo il giudice amministrativo ha svolto un ruolo centrale, per quanto non significativamente differenziato da quello degli altri giudici comuni.

In particolare, l'analisi ha consentito di individuare negli istituti dell'applicazione diretta, dell'interpretazione conforme e del controllo di validità del diritto interno contrastante i tre fondamentali strumenti con cui il giudice amministrativo ha contribuito e contribuisce al processo di continua costruzione dell'ordinamento nazionale nei suoi rapporti con la Convenzione europea e con il diritto UE, integrando sempre di più la tutela interna in quella europea, in un quadro fatto di progressiva omogeneizzazione ma anche di rispetto delle diversità (De Pretis, 2005, che distingue tra «diversità rispettate» e «diversità coltivate»).



Si è, infatti, avuto modo di mettere in evidenza che tutti e tre gli strumenti in questione, pur presentando caratteristiche differenti nei due contesti del diritto convenzionale e del diritto dell'Unione europea, hanno manifestato in entrambe le realtà ordinamentali la medesima attitudine a consentire l'emersione di tutti quegli interessi che il diritto nazionale non prendeva da principio in considerazione e che trovavano, invece, la propria originaria sede di tutela nel diritto internazionale e sovranazionale.

Si è, però, potuto anche rilevare che il processo in questione non è esente da contraddizioni e non può certo dirsi concluso perché, per un verso, la consapevolezza del ruolo che il giudice amministrativo occupa nel quadro della tutela multilivello dei diritti fondamentali si afferma nella giurisprudenza alternando ritrosie e fughe in avanti, per l'altro, i tre strumenti considerati presentano ancora molte potenzialità inesprese (e molte altre ne svilupperanno dopo l'adesione dell'Unione alla CEDU) (Cardone, 2012: 167 sgg.).

Pur nell'ambito di un fenomeno che stenta ad essere compreso nei suoi esatti contorni da un interprete, come il giurista, che è al suo interno profondamente immerso, però, un dato sembra emergere con una certa nettezza se il tema viene affrontato, come si propone di fare l'opera che raccoglie il presente contributo, in prospettiva storica e nel contesto di uno studio volto ad evidenziare i percorsi più recenti dell'unificazione amministrativa.

Si intende fare riferimento alla circostanza che la ricostruzione delle forme e dei modi con cui il giudice amministrativo utilizza i tre fondamentali strumenti che definiscono il suo ruolo nel circuito della tutela multilivello dimostra come la giuridificazione operata dalla sua giurisprudenza concorra alla 'creazione' dell'ordinamento secondo una prospettiva molto diversa da quella che ha guidato le prime esperienze successive all'unificazione amministrativa. Mentre, infatti, allora, il valore cardine alla cui conquista e al cui mantenimento il fenomeno era preordinato appariva la certezza del diritto, inteso come diritto oggettivo dello stato legislativo (Grossi, 2012: 76 sgg.), nel contesto attuale la giuridificazione degli interessi operata per via giurisprudenziale dal giudice amministrativo esprime una differente dimensione che si coglie solo alla luce della radicale reimpostazione in atto del rapporto tra legislazione e giurisdizione (Caretto, 2016), in cui il significativo ampliamento dei margini interpretativi del giudice derivanti dalle relazioni con gli ordinamenti ultrastatali opera in uno stato di strutturale incertezza (Grossi, 2015).

Da questo punto di vista, dunque, il fenomeno di cui ci si è occupati, da un lato, offre una significativa conferma che negli ordinamenti costituzionali contemporanei non esiste più una unità politica presupposta, *alla Schmitt* per intendersi. Come noto, infatti, per Carl Schmitt (Schmitt, 1981: 98, 241 e 1984: 89) non è la Costituzione ad essere norma presupposta ma è essa stessa a pre-

supporre l'unità politica del popolo tedesco, presentato come superamento delle divisioni pluralistiche attraverso il decisionismo del suo *Führer* che ne incarna lo spirito e ne difende l'unità costituzionale. Dall'altro, rappresenta uno dei possibili percorsi attraverso cui è possibile sfuggire alla contrapposizione tra «l'aspetto *legal* e quello *political* del costituzionalismo», che, esacerbando la dialettica tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, rischia di favorire un ritorno al passato e di imprimere allo stato costituzionale di diritto una torsione aristocratica (Fioravanti, 2013).

## Note

- <sup>1</sup> Cfr., ad esempio, TAR Toscana, sez. II, 16.4.2004, n. 1147; TAR Lombardia, Brescia, ord. 26.4.2003, n. 76.
- <sup>2</sup> Al riguardo, per quanto solo incidentalmente, vale la pena di evidenziare che tale impostazione, per quanto possa apparire stancamente tributaria dell'ideologia giuridica dello stato liberale di diritto, in cui la legge è fondamento e parametro di validità dell'atto amministrativo perché ad essa spetta di limitare i diritti e le libertà individuali, liberi di esplicitarsi fino ed entro i confini segnati dal divieto legislativo (cfr. i classici di Jellinek, 1887: 226 sgg. e Laband, 1911:1 sgg.), appare la più adeguata a cogliere la ricordata tendenza della tutela giurisdizionale a strutturarsi intorno alla rimozione della lesione e, quindi, dell'atto lesivo.
- <sup>3</sup> Per l'esclusione degli effetti orizzontali delle direttive, cfr. la celebre C. giust., CE 14.7.1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1994, I-3325 sgg.
- <sup>4</sup> Principio pacifico a partire da C. giust. CE, 5.2.1976, causa 87/75, *Bresciani*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1976: 129 sgg.
- <sup>5</sup> È questo il caso, soprattutto, dell'obbligo di interpretazione conforme, su cui si veda, *infra*, § 3.
- <sup>6</sup> C. cost., 24.10.2007, n. 349, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.
- <sup>7</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, 18.1.1978, *Irlanda v. Regno Unito*.
- <sup>8</sup> Cass. pen., sez. un., 8.5.1989, n. 1191, in *Riv. dir. intern.*, 1990: 1037 sgg.
- <sup>9</sup> Il caso più rilevante dal punto di vista ordinamentale è, forse, quello «Arrigoni», in cui il Consiglio superiore della magistratura (sez. disciplinare, sentenza 5.7.1985, in *Foro it.*, 1986, III: 43 sgg.) ha considerato la previsione secondo cui la discussione nel procedimento disciplinare ha sede a porte chiuse abrogata tacitamente dall'art. 6 § 1 della Convenzione. Sulla vicenda cfr. Pizzorusso, 1986.
- <sup>10</sup> In merito cfr. Guazzarotti, 2003, il quale annovera tra tali ipotesi anche il celebre caso «Medrano» (Cass. pen., sez. I, 10.7.1993, n. 319, in *Riv. dir. intern.*, 1994: 530 sgg.), in cui la Corte di cassazione ha annullato un'ordinanza di espulsione adottata nei confronti di uno straniero senza valutare il rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU come pacificamente interpretato da Strasburgo, così sostanzialmente disapplicando la norma interna che non prevedeva quel bilanciamento.
- <sup>11</sup> In giurisprudenza vale la pena segnalare, sempre tra i casi di applicazione diretta 'impropria' della CEDU, alcune sentenze in materia di c.d. espropriazione indiretta (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 16.11.2007, n. 5830; Cons. St., sez. IV, 27.6.2007, n. 3752; Cons. St., sez. IV, 21.5.2007, n. 2582; Cons. St., sez. IV, 21.4.2009, n. 2420, TAR Lazio, Roma, sez. II, 02.10.2009, n. 9557). La giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che, nel caso di realizzazione di opere di interesse pubblico su un suolo altrui, in assenza di efficaci atti ablatori, non possano configurarsi acquisti a titolo originario della proprietà dell'area altrui sulla quale sia stata realizzata un'opera pubblica o di interesse pubblico, e che, anche se l'opera pubblica o di interesse pubblico è stata ultimata, non comincia a decorrere alcun termine di prescrizione per il risarcimento del danno. Diversamente, tale ricostruzione non sarebbe conforme ai principi della CEDU e all'art. 1, prot. 1, della Convenzione. Lo stesso art. 43 del T.U. approvato col d.p.r. n. 327 del 2001, ispirato all'art. 42 Cost., attribuisce all'amministrazione, qualora si sia verificata una patologia dell'azione amministrativa, il potere di acquisire la proprietà dell'area con un atto formale di natura ablatoria e discrezionale (in sostanziale sanatoria), al termine del procedimento legale nel corso del quale vanno motivatamente valutati gli interessi in conflitto, rimuovendo così il precedente contrasto sussistente tra la prassi interna (amministrativa e giudiziaria) e la CEDU. Conseguentemente, secondo gli indirizzi prevalenti, il testo e la ratio dell'art. 43, imposta anche dal diritto convenzionale, non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria.

<sup>12</sup> C. cost., 11.3.2011, n. 80, punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> Sul punto vedi *infra*, nota 50.

<sup>14</sup> Sulle discrasie esistenti tra la formulazione pretoria della dottrina dell'*incorporation* e la sua codificazione nella Carta v., invece, Alonso García, 2002, il quale evidenzia che, in giurisprudenza, i diritti fondamentali dell'Unione si ritengono applicabili in ogni attività statale «che presenta elementi di collegamento» con il diritto dell'Unione europea.

<sup>15</sup> Come ulteriori esempi di applicazione della Carta a fini interpretativi si possono vedere anche le seguenti decisioni. In TAR Liguria, sez. II, sent. 26.4.2012, n. 571, in materia di concessione di suolo pubblico, il giudice amministrativo ha modo di osservare come una funzione amministrativa definibile prestazionale o redistributiva, qual è quella concessoria, programmaticamente diretta alla promozione ed agevolazione dell'iniziativa economiche dei privati, già *ex sé* potenzialmente in grado di alterare la par condicio fra operatori del mercato, nel determinare le modalità di utilizzo della concessione o autorizzazione deve osservare, a compensazione, i criteri di proporzionalità e di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, come imposto dalla portata precettiva dell'art. 41 Cost., letto in conformità al combinato disposto all'art. 117, comma 1, Cost e all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea laddove sancisce il 'diritto ad una buona amministrazione'. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, sent. 17.6.2014, n. 3037, in tema di giustizia sportiva, con la quale si dichiara illegittima l'applicazione che nel caso di specie è stata fatta dell'art. 11 *bis* del regolamento del settore professionistico approvato dalla Federazione Italiana Pallacanestro (FIP) per negare il riconoscimento al ricorrente dello status di atleta italiano ad ogni effetto. Tale disposizione prescrive che un atleta, per essere considerato (indipendentemente dalla sua cittadinanza) 'di formazione italiana', deve essersi formato nei vivai italiani e aver partecipato a campionati giovanili della FIP per almeno quattro stagioni sportive. Nel caso dedotto in giudizio, il cittadino italiano, solo perché costretto, anche per motivi familiari, a vivere fuori dall'Italia e, conseguentemente, a formarsi tecnicamente all'estero, vedeva diminuire le sue possibilità di accesso all'attività sportiva professionistica, rispetto a chi, invece, aveva vissuto e si era formato in Italia. In questo modo, la citata disposizione regolamentare, secondo il giudice amministrativo, incidere su alcune prerogative che sono proprie dello status di cittadino dell'Unione europea (art. 20 T.F.U.E.), oltre che sui diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza, restringendo, in particolare, il suo diritto alla vita familiare, nella misura in cui limitava le possibilità di accesso allo sport professionistico del cittadino italiano i cui genitori si fossero stabiliti all'estero; nonché i collegati diritti di circolazione e di soggiorno, nella misura in cui lo costringeva, per poter svolgere senza 'limiti' l'attività sportiva professionistica, a lasciare il territorio nazionale; il diritto di lavorare e stabilirsi nel territorio di qualsiasi Stato membro, impedendogli di avere 'pieno' e incondizionato accesso all'attività sportiva professionistica in Italia. Si veda TAR Campania, Napoli, sez. II, sent. 30.1.2015, n. 601, in tema di abusi edilizi, secondo cui la presentazione dell'istanza diretta ad ottenere il rilascio del permesso di costruire in sanatoria ordinaria determina solo un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, in virtù dei principi di economicità amministrativa e non aggravamento del procedimento *ex* legge n. 241/1990, buon andamento *ex* art. 97 Cost. ed ora del canone della 'buona amministrazione' ai sensi della Carta di Nizza (spec. art. 41).

<sup>16</sup> Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 27.3.2003, *Scordino v. Italia*.

<sup>17</sup> Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, 27.2.2001, *Lucà v. Italia* e, più di recente, C. eur. dir. uomo, 31.3.2009, *Simaldone v. Italia*.

<sup>18</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, 22.6.2004, *Broniowsky v. Polonia*.

<sup>19</sup> Cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, 15.6.2006, *Lacárcel Menéndez v. Spagna*.

<sup>20</sup> C. cost., 27.2.2008, n. 39, in *Giur. cost.*, 2008, 408 ss., punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> C. cost., 26.11.2009, n. 311, in *Giur. cost.*, 2009, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>22</sup> C. cost., 4.12.2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, punto 7 del *Considerato in diritto*.

- <sup>23</sup> Lo sottolinea Ruggeri, 2009, il quale mette in evidenza che la negazione della possibilità di interpretare la Cedu in maniera conforme a Costituzione si pone in contrasto con l'aver riconosciuto che le norme della Costituzione rappresentano un «limite alla efficacia interna delle norme convenzionali» e determina, conseguentemente, una discontinuità tra il piano delle fonti e quello dell'interpretazione.
- <sup>24</sup> Cass. pen., sez. un., 21.1.2010, n. 18288.
- <sup>25</sup> Cfr., ad esempio, in tema di vincoli preordinati all'esproprio, Cons. giust. amm., 27.2.2012, n. 212.
- <sup>26</sup> Vedi *supra*, § 2.
- <sup>27</sup> Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 2.9.2011, n. 4960, in tema di occupazione senza titolo. La corretta impostazione è stata più di recente ribadita anche da Cons. St., sez. IV, 13.6.2013, n. 3293, in materia di equa riparazione dovuta per l'irragionevole durata di un giudizio civile. Nella specie il Consiglio di Stato ha annullato la pronuncia del giudice di prime cure con la quale l'amministrazione era stata condannata ad adempiere e a risarcire il danno da ulteriore ritardo, dando asseritamente diretta applicazione all'art. 6, par. 1, della CEDU, concernente il diritto ad avere un giudizio «entro un termine ragionevole», sul presupposto che l'esecuzione della condanna relativa all'indennizzo faccia parte del termine complessivo del processo e, dunque, rilevi a fini del rispetto della CEDU. In particolare, il giudice di appello ha ritenuto che il TAR, nel dare direttamente applicazione alla disciplina CEDU, abbia implicitamente e illegittimamente disapplicato la disciplina dell'art. 14 del d.l. 31.12.1996, n. 669, convertito nella legge 28.1.1997, n. 30, secondo cui «le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto», ribadendo il dovere di sollevare q.l.c. nell'ipotesi di contrasto fra normativa interna e CEDU non risolvibile attraverso l'interpretazione conforme.
- <sup>28</sup> Per alcuni recenti esempi vedi *infra*, § 4.
- <sup>29</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 29.9.2010; TAR Toscana, sez. II, 16.3.2011, n. 462 e Cons. St., sez. VI, 15.6.2010, n. 3760. L'assunto di partenza dell'indirizzo espresso da tali pronunce è che l'art. 5 c. 5, del d.lgs. n. 286/1998, prevede che il permesso di soggiorno o il suo rinnovo siano rifiutati quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato: il rinvio va riferito al precedente art. 4, c. 3, nel testo modificato dalla legge n. 189/2002, che stabilisce un chiaro automatismo fra condanna penale in ordine alle fattispecie di reato ivi elencate e il divieto di ingresso nel territorio dello Stato. L'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 5/2007, ha aggiunto al citato art. 5, c. 5, la previsione secondo cui «nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto [...] si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale». I giudici amministrativi, tuttavia, ritengono che la p.a. debba tener conto, ai fini del diniego o della revoca del permesso di soggiorno, dei vincoli familiari dello straniero anche al di fuori dei presupposti per l'esercizio del ricongiungimento familiare, quand'anche l'interessato non abbia effettivamente esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.
- <sup>30</sup> Cfr., ad esempio, TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 2.12.2011, n. 807.
- <sup>31</sup> Come sostenuto, in analogia con il diritto dell'Unione, da Conti, 2007: 391. Autorevole dottrina ha però sottolineato che la Corte, per risolvere il problema in questione, avrebbe potuto pretendere che il giudice comune, prima di effettuare l'interpretazione conforme della norma interna alla CEDU, esperisse il tentativo di interpretare la norma convenzionale in maniera

conforme alla Costituzione (ci si riferisce a Caretti, 2008: 315). Se si osservano le cose nella maniera proposta nel testo ci si avvede che il comune obiettivo di non privare il giudice della facoltà di utilizzare la Costituzione nel processo interpretativo si può raggiungere anche senza onerarne del dovere di interpretare *prima* la norma europea alla luce della Costituzione, il che presenta il pregio di evitare la ferita alla logica dualista che deriva dal riconoscimento di tale dovere, atteso che – come visto – l'impostazione dualistica dei rapporti tra ordinamento interno e CEDU impone che le norme della Convenzione vengano interpretate alla luce, e secondo le regole e la giurisprudenza, dell'ordinamento convenzionale e non di quello interno.

<sup>32</sup> Per tutti v. il celebre caso «von Colson e Kamann»: C. giust. CE, 10.4.1984, causa 14/83, in *Racc. giur. C. giust.*, 1984, I-1891: § 26.

<sup>33</sup> A partire da C. giust. Ce, 13.11.1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1990, I:4315 sgg.

<sup>34</sup> C. giust. CE, 16.11.2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005, I-5285: sgg.

<sup>35</sup> C. giust. CE, 13.12.1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1989: 4407 sgg., § 18.

<sup>36</sup> C. giust. CE, 18.7.2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2007: I-6199 sgg.

<sup>37</sup> In *Racc. giur. C. giust.*, 2005: I-3565 sgg. Ma si pensi anche a C. giust. CE, 26.9.1996, causa C-168/95, *Arcaro*, *ivi*, 1996: I-4321 sgg.

<sup>38</sup> C. giust. CE, 4.7.2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2006: I-6057 sgg.

<sup>39</sup> Tra le prime affermazioni di questo principio cfr. C. giust. CE, 5.10.2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2004: I-8835, § 116, cui *adde* la sopra citata sentenza nel caso «Adeneler», § 111.

<sup>40</sup> Cfr., ad esempio, per linearità argomentativa, Cons. St., sez. V, 14.12.2011, n. 6543, in tema di termini per la proposizione dei ricorsi in materia di appalti pubblici.

<sup>41</sup> Cfr., ad esempio, TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 27.12.2010, n. 7715, in tema di appalti pubblici, con la quale si è ritenuto che, al fine di scongiurare ogni esito disapplicativo, l'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 non possa che essere interpretato – compatibilmente con il contenuto delle disposizioni recate dalle direttive nn. 17 e 18 del 2004 dell'Unione europea – nel senso di ritenere che la mancata dichiarazione da parte del rappresentante legale di una ditta concorrente circa un precedente penale che non abbia alcun riflesso negativo sul requisito della 'moralità professionale' non possa determinare *ex se* (ed in assenza di invito, da parte della stazione appaltante, all'integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti) l'esclusione della concorrente dalla selezione. Se non altro per la rilevanza del tema si veda anche la più risalente decisione del Cons. St., sez. V, 8.9.2008, n. 4242, in materia di affidamento di servizi pubblici locali. Il giudice amministrativo osserva in tale pronuncia che con la sentenza del 18.12.2007, n. 357 (in causa C-357/06), la Corte giustizia CE ha stabilito che l'art. 26, nn. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle contenute negli art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, art. 198, comma 1, d.lgs. n. 152/2006 e art. 2, comma 6, legge regionale Lombardia n. 26/2003, che, nell'ambito delle gare relative a tali affidamenti, impediscono ad operatori economici di presentare offerte soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Ribadisce, al riguardo, il giudice amministrativo che il giudice nazionale è conseguentemente obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto (allora) comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni. Da tale corretta ricostruzione, quindi, il Consiglio di Stato ricava la conclusione che l'art. 113 del T.U.E.L. deve essere interpretato nel senso di non prescrivere alcuna limitazione di ordine soggettivo in ordine alla gestione ed erogazione di servizi pubblici locali e che il discriminare della forma societaria non può operare nei riguardi della partecipante alla gara quando la stes-

sa concerne la gestione del servizio, al cui affidamento può concorrere qualsivoglia soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali.

<sup>42</sup> Cfr., recentemente, Cons. St., sez. IV, 10.3.2015, n. 1210, in tema di accesso alle cariche pubbliche italiane da parte dei cittadini di altri Paesi membri dell'UE. Dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che con la sentenza 10.9.2014, n. C-270/13 ha chiarito che l'art. 45, par. 4, T.F.U.E. debba essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale, il Consiglio di Stato ha, infatti, stabilito che l'art. 51 Cost. deve essere letto in conformità all'art. 11 Cost., nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone ex art. 45 T.F.U.E.

<sup>43</sup> Vedi *supra*, § 2.

<sup>44</sup> Cfr. il Capo V sulla cittadinanza, che contiene il diritto ad una buona amministrazione (art. 41) ed il diritto d'accesso (art. 42).

<sup>45</sup> Vedi *supra*, § 2, anche in relazione alla possibile sovrapposizione in concreto dei due differenti strumenti.

<sup>46</sup> Vedi *supra*, § 3.

<sup>47</sup> Cfr. la già citata C. cost., 27.2.2008, n. 39.

<sup>48</sup> Vedi ancora una volta *supra*, § 3.

<sup>49</sup> Come esempio di questione attualmente pendente presso la Corte costituzionale, si veda Cons. St., ord. 16.4.2014, n. 1918, con cui il Giudice costituzionale viene richiesto di pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 5, comma 13, del d.l. 6.7.2012, n. 95 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7.8.2012 n. 135), che ha abrogato l'art. 17 *bis*, del d.lgs. 30.3.2001 n. 165, il quale aveva previsto l'introduzione, previa mediazione della contrattazione collettiva, dell'istituto della vicedirigenza, ritenendo violati gli artt. 3, 111 e 117, Cost, con riferimento all'art. 6, comma primo, della CEDU. In particolare – per il profilo di maggior interesse – la dinamica temporale dell'intervento legislativo sembra dimostrare, secondo il rimettente, la volontà di eludere il dettato della sentenza passata in giudicato con la quale, a fronte dell'inadempienza della pubblica amministrazione, veniva ordinato di esercitare le proprie attribuzioni ed emanare la direttiva contrattuale prevista dall'art. 10, comma 3, della legge 15.7.2002, n. 145, per l'istituzione dell'area della vicedirigenza. Con la normativa impugnata, dunque, si determina, secondo l'ordinanza, una sovrapposizione del potere normativo sul potere giudiziario ed una ingiusta compressione di un diritto irrimediabilmente quesito dalla parte che era risultata vittoriosa nei precedenti giudizi, venendo così a violare il diritto assicurato dall'art. 6 della CEDU a un processo equo, ispirato alla parità tra le parti ed alla preminenza del diritto.

<sup>50</sup> Cfr., al riguardo, Cons. St., ad. plen., ord. 4.3.2015, n. 2, con cui viene sollevata questione di legittimità costituzionale nei confronti degli artt. 106 del Codice del processo amministrativo (legge n. 104/2010) e artt. 395 e 396 del c.p.c., in relazione agli artt. 117 co. 1, 111 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>51</sup> In *Giur. cost.*, 1991: 1412 sgg.

<sup>52</sup> C. cost., 8.6.1984, n. 170. Ma cfr. anche, più di recente, C. cost., 26.7.1996, n. 317, in *Giur. cost.*, 1996: 2609 sgg.; C. cost., ordinanza, 23.6.1999, n. 267, *ivi*, 1999: 2235 sgg.; C. cost., 13.7.2007, n. 284, *ivi*, 2007: 2780 sgg.

<sup>53</sup> Così Tesaurò, 2009, il quale considera problematico l'obbligo del giudice di sollevare la questione di costituzionalità della norma interna contrastante con la norma dell'Unione europea priva di effetti diretti quando tale contrasto è stato accertato con una procedura d'infrazione, perché la norma interna, a quel punto, non può più essere applicata né dal giudice, né dall'amministrazione.

- <sup>54</sup> Per l'esclusione degli effetti orizzontali delle direttive, cfr. la celebre C. giust. Ce, 14.7.1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1994: I-3325 sgg.
- <sup>55</sup> C. giust. CE, 20.9.2000, causa C-443/98, *Unilever*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2000: I-7534 sgg., in tema di inapplicabilità della normativa tecnica nazionale non notificata alla Commissione come prescritto dall'art. 9 direttiva del Consiglio 28.3.1983, n. 83/189/CEE.
- <sup>56</sup> C. giust. CE, 18.12.1997, causa C-129/96, *Inter-Environment Wallonie*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1997: I-7411 sgg.
- <sup>57</sup> C. giust. CE, 18.12.1997, causa C-129/96, nonché C. giust. CE, 5.2.2004, causa C-157/02, *Reiser Internationale Transporte*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2004: I-1477 sgg.
- <sup>58</sup> C. giust. CE, 22.11.2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005: I-9981 sgg. Successivamente la non applicabilità della norma interna contrastante con «un principio comunitario quale espresso concretamente da una direttiva» è stata ribadita anche da C. giust. CE, 19.1.2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, *ivi*, 2010: § 55.
- <sup>59</sup> Cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. III, 14.7.2014, n. 4258, che dispone la disapplicazione delle norme interne che sanzionano con la reclusione gli immigrati clandestini che, colpiti da un provvedimento di espulsione, rimangono nel territorio nazionale senza giustificato motivo, in quanto incompatibili con gli artt. 15 e 16 della Direttiva comunitaria 2008/115/CE, come anche rilevato dalla Corte di Lussemburgo con la sentenza 28.4.2011 in causa C-51/11 PPU. Oppure, ancora, in materia di appalti, v. Cons. St., sez. III, 11.4.2014, n. 1793, con la quale viene disapplicata la normativa interna che concede una proroga *ex lege* delle convenzioni per l'acquisto di alcuni beni da parte delle pubbliche amministrazioni, per violazione delle direttive sugli appalti pubblici. Più nello specifico, ad essere disapplicato è il d.l. 6.7.2012 n. 95, convertito in legge 7.8.2012, n. 135, perché ritenuto in contrasto con gli artt. 28 e 31, della direttiva 2004/18 CE, che precludono la possibilità di affidare contratti pubblici di servizi e forniture senza procedure di gara a evidenza pubblica (al riguardo, cfr. Corte di Giustizia CE, sez. III, 10.12.2009, causa C299/08). Infine, cfr. la sentenza del Cons. St., sez. III, 2.2.2015, n. 487, in tema di PAC ('Politica Agricola Comune'), che rappresenta un'ipotesi di disapplicazione della normativa interna riguardante la preclusione ad operare compensazioni tra il credito dell'agricoltore a titolo di contributi PAC, dichiarato impignorabile e quindi non compensabile, e i debiti dello stesso per prelievo supplementare relativo alle c.d. quote latte. Al riguardo, il Consiglio di Stato, interrogandosi sulla copertura normativa del meccanismo di compensazione tra le forme di aiuto dovute a titolo PAC e le somme di cui gli agricoltori sono debitori nei confronti dello Stato per il superamento dei limiti nazionali imposti dal regime delle quote latte, ha osservato come il meccanismo della PAC è da lungo tempo consolidato nella legislazione europea ed è previsto da disposizioni ormai risalenti (i Regolamenti (CE) n. 1258 e n. 1259 del 1999, n. 1782 e n. 1788 del 2003, n. 796 del 2004 e n. 1290 del 2005). Tale meccanismo consente che gli aiuti possano, ad esempio, essere ridotti o esclusi in caso di inosservanza dei doveri o degli oneri imposti a colui che li richiede. La compensabilità tra aiuti e prelievi di derivazione europea, quale mero accertamento contabile del dare e dell' avere all'interno di un unico rapporto, è dunque conaturata alla strutturazione stessa della PAC e trova nel meccanismo unico stesso della PAC, previsto dalla normativa europea, la propria fonte di legittimazione diretta e immediata. Di conseguenza, la normativa interna che dichiara tali debiti non pignorabili (*ex art. 3, comma 5 duodecies*, del d.l. 182/2005, convertito in legge n. 231/2005), e dunque non compensabili (*ex art. 1246, comma primo, n. 3, c.c.*), deve essere disapplicata e trova in questo caso specifico un'ipotesi derogatoria.



*Riferimenti bibliografici*

- Alonso García R. 2002, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1 sgg.
- Amadeo S. 2001, *L'efficacia "obiettiva" delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze nei casi Linster e Unilever*, in *Dir. Un. eur.*: 95 sgg.
- Azzariti G. 1951, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Azzena L. 2001, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 615 sgg.
- Barbera A. 2008, *I (non ancora chiari) "vincoli" internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007), Milano: 111 sgg.
- Barile P. 1984, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna.
- Bin R. 1988, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli: 363 sgg.
- Bin R., Caretti P. 2005, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna: 121 sgg.
- Biondi F. 2010, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quanto l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- Butturini D. 2009, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 202 sgg.
- Cappelletti M. 1955, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano.
- Cardone A. 2001, *Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*: 2890 sgg.
- 2005, *Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Diritto pubblico*: 393 sgg.
- 2011, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano: 335 sgg.
- 2012, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano.
- Caretti P. 2001, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*: 946 sgg.
- 2008, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. intern.*: 315 sgg.
- 2011, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino: 152 sgg.

- 2014, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Annuario AIC 2012, Costituzionalismo e globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli: 23 sgg.
- 2016, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, *Lectio magistralis del 16 maggio 2014*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Napoli.
- Carlotto I. 2008, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*: 19 sgg.
- 2013, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Editoriale Scientifica, Napoli: 186 sgg.
- Cartabia M. 2001, *sub art. 51*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna: 345 sgg.
- 2004, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F.F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, il Mulino, Bologna: 70 sgg.
- 2005, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri. Sul trattato che istituisce una costituzione per l'Unione Europea* (Atti del Convegno di Firenze, 18 febbraio 2005), in *GiustAmm.it*, 3: 8 sgg.
- 2012, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 608 sgg.
- Celotto A. 1999, *Le “modalità” di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1473 sgg.
- 2010a, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in <<http://www.neldiritto.it>> (12/2016).
- 2010b, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*: 382 sgg.
- Chessa O. 2008, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*: 41 sgg.
- Cintioli F. 2007, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino: 269 sgg.
- Colavitti G., Pagotto C. 2010, *Il Consiglio di Stato applica direttamente la CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*: 1 sgg.
- Condinanze M. 2008, *Fonti del “terzo pilastro” dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007), Milano: 235 sgg.
- Conti R. 2007, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*: 391 sgg.

- Crisafulli V. 1952, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano.
- 1985, *Le norme programmatiche della Costituzione (1952)*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano: 53 sgg.
- D'Angelo L. 2010, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *Expressio causae* (nota a Cons. St., sez. IV, 2.3.2010, n. 1220, cit. e Tar Lazio, sez. II bis, 18.5.2010, n. 11984, cit.), in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- De Pretis D. 2005, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 15 sgg.
- 2010, *Il sistema della protezione preventiva*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- Dipace R. 2011, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino: 176 sgg.
- Drake S. 2005, *Twenty Years After Von Colson: The Impact of «indirect Effects» on the Protection of the Individual's Community Rights*, in *European Law Review*: 329 sgg.
- Ferraro A. 2005, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 514 sgg.
- Fioravanti M. 2013, *La trasformazione costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1: 4 sgg.
- Gaja G. 2003, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. Panunzio, E. Sciso (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano: 133 sgg.
- 2004, *Il processo di armonizzazione e la sua incidenza sull'ordinamento italiano*, in P. Fois (a cura di), *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*, Giappichelli, Torino: 44 sgg.
- 2008, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, Roma-Bari.
- Gallo C.E. 1996, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*: 499 sgg.
- Gardino Carli A. 2005, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Giuffrè, Milano: 63 sgg.
- Gorla G. 1981, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. 2000, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 25 sgg.
- Grossi P. 2012, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari.
- 2015, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014: 921 sgg.
- Guarnier T. 2013, *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Editoriale Scientifica, Napoli: 148 sgg.
- Guazzarotti A. 2003, *Applicazione immediata del «diritto vivente» CEDU e «diffusione» del sindacato sulle leggi*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino: 403 sgg.

- Guazzarotti A., Cossiri A. 2008, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Jellinek G. 1887, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg.
- Klamert M. 2006, *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots*, in *Common Market Law Review*: 1251 sgg.
- Laband P. 1911, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen: 1 sgg.
- Lamarque E. 2009, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in <<http://www.cortecostituzionale.it>>: 30 sgg.
- 2013, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Editoriale Scientifica, Napoli: 246 sgg.
- Lazzerini N. 2010, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Küçükdeveci*, in *Riv. dir. intern.*: 443 sgg.
- Lorenzon S. 2010, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Küçükdeveci*, in *Quaderni costituzionali*: 430 sgg.
- Luciani M. 2009, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli: 425 sgg.
- Manfrellotti R. 2009, *Il giudice amministrativo tra l'obbligo di interpretazione conforme e «dogma» dell'insindacabilità della discrezionalità amministrativa*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino: 329 sgg.
- Marchegiani M. 2006, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*: 563 sgg.
- Marini F.S. 2004, *I diritti fondamentali della Cedu e della Carta dell'Unione Europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D'Atena, P.F. Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano: 56 sgg.
- Martinico G. 2013, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The frustrating knot of Europe*, Routledge, London-New York: 161 sgg.
- Massa M. 2011, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli: 488 sgg.
- Mastroianni R. 2006, *Le direttive comunitarie nel giudizio di costituzionalità*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 336 sgg.
- 2008, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

- Messineo D. 2007, *La disapplicazione della legge in contrasto con la CEDU*, in E. Castorina (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino: 270 sgg.
- Montanari L. 2003, *Giudici comuni e corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino: 63 sgg.
- Morbidelli G. 2005, *Contro-limiti o contro la pregiudiziale comunitaria?*, in *Giur. cost.*: 3404 sgg.
- Mortati C. 1974, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in A. Pace (a cura di), *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova: 2598 sgg.
- Munari F. 2006, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *Dir. Un. eur.*: 211 sgg.
- Niccolai S. 2012, *Il giudice amministrativo tra potere e comunità: alla ricerca delle componenti attuali dell'indipendenza del giudice amministrativo*, in P. Bonetti et al. (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino: 252 sgg.
- Pace A. 2001a, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*: 205 sgg.
- Pace A. 2001b, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Diritto pubblico*: 10 sgg.
- Pensovecchio Li Bassi A. 1972, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Pistorio G. 2012, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli: 231 sgg.
- Pizzorusso A. 1986, *La pubblicità delle udienze nei giudizi disciplinari dei magistrati*, in *Foro it.*, 1986, III: 44 sgg.
- Ramajoli M. 2012, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*: 840 sgg.
- Randazzo B. 2003, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino: 255 sgg.
- 2006, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione costituzionale europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 316 sgg.
- Raspadori F. 2000, *I Trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Giuffrè, Milano.
- Ronchetti L. 2010, *Del caso Küçükdeveci ovvero dell'efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?*, in *Giur. cost.*: 2737 sgg.

- Ruggeri A. 2009, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*: 1 sgg.
- 2011, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in Id., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIV. Studi dell’anno 2010*, Giappichelli, Torino: 298 sgg.
- Ruotolo M. 2000, *La funzione ermeneutica delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*: 311 sgg.
- Schmitt C. 1981, *Der Hüter der Verfassung*, trad. it. A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano: 98 sgg.
- 1984, *Verfassungslehre*, trad. it. A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano.
- Sciarabba V. 2007, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*: 3587 sgg.
- 2008, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*: 3 sgg.
- Sorrentino F. 2005, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 86 sgg.
- 2009, *Apologia delle “sentenze gemelle”*, in *Dir. soc.*: 220 sgg.
- Spadaro A. 2003, *Verso la Costituzione Europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in A. Pizzorusso et al. (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano: 148 sgg.
- Tega D. 2008, *La Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto: tutti al posto, ognuno al suo posto!*, in *Quaderni costituzionali*: 133 sgg.
- Temple Lang J. 1991, *The sphere in which the Member States are obliged to comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, in *Legal Issues on European Integration*, 2: 23 sgg.
- Tesaurò G. 2009, *Costituzione e norme esterne*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, Editoriale Scientifica, Napoli: 408 sgg.
- Toricelli S. 2013, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Maggioli, Rimini: 157 sgg.
- Zampetti G. 2014, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell’obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.
- Zanon N. 2006, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Le Corti dell’integrazione costituzionale europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: IX sgg.

# LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE (MARCHI E BREVETTI)

*Antonio Cassatella*

SOMMARIO – 1. Due problemi di politica economica e le loro soluzioni. 2. La molteplice rilevanza giuridica della proprietà industriale. 3. Il contenuto della proprietà industriale: tra diritto di privativa e interessi pubblici. 4. Il ruolo delle amministrazioni: aspetti tradizionali ed evolutivi. 5. L'impatto della disciplina sovranazionale. 6. Conclusioni.

## *1. Due problemi di politica economica e le loro soluzioni*

La proprietà industriale accomuna fenomeni distinti sul piano storico-economico. Ai fini di questa indagine, si concentrerà l'analisi su marchi e brevetti e si cercheranno di delineare le modalità attraverso cui entrambi i fenomeni sono stati oggetto di qualificazione giuridica, e, quindi, interessati al processo di 'giuridificazione' di cui si discute più ampiamente nella presente ricerca.

Nel suo sostrato economico, il marchio è tradizionalmente inteso come un segno che agevola l'incontro fra domanda e offerta di un bene in sistemi concorrenziali, dove la stessa tipologia di merce è prodotta e commercializzata da una pluralità di imprese (Franchi, 1886: *passim*). Si tratta di uno strumento funzionale a ridurre le asimmetrie informative connesse alla presenza di offerte concorrenti, a duplice tutela del produttore e del consumatore.

Si spiegano, così, le ragioni dell'intervento legislativo ed amministrativo in materia: evitare che l'impresa che per prima ha messo in commercio un prodotto patisca gli effetti della concorrenza sleale di chi metta in commercio un prodotto di qualità diverse o inferiori, confondendolo con quello di maggior successo e disorientando la clientela. Non va poi trascurata la rilevanza semiotica del marchio, inteso come segno che rende riconoscibile una determinata marca (*brand*), intesa come l'insieme delle risorse immateriali proprie della singola impresa, o, più in generale, dei soggetti che ne fanno uso per veicolare in via sintetica informazioni circa la propria attività (Ricolfi, 2009: 58 sgg.; Busacca, 2000: 39).

Ne è derivata la necessità politico-economica di istituire sistemi di riconoscimento e protezione del marchio, mediante l'attribuzione di un titolo di uso esclusivo del segno: sistemi che, in origine, hanno tutelato la funzione distintiva del marchio nel commercio, e che, nel corso degli ultimi decenni, hanno ampliato il loro intervento a garanzia del capitale pubblicitario incorporato nel segno (*selling power*) (Ricolfi, 2009: 66).

Ancor più ricco di sfumature è il brevetto, inteso come diritto di sfruttamento esclusivo di una determinata invenzione. Se, in prima battuta, si tratta di un diritto finalizzato a premiare che innova i processi produttivi e tecnologici rispetto ad altri concorrenti, deve rilevarsi come le modalità di allocazione dei diritti di brevetto incidano sul complessivo sviluppo dei sistemi produttivi.

La scienza economica ha dimostrato, a questo proposito, come i processi di innovazione tecnologica siano qualificabili come beni pubblici: si tratta di beni caratterizzati da 'non rivalità' quanto a consumo, posto che non si tratta di risorse scarse e che chiunque può utilizzarli senza determinare il loro esaurimento; 'non escludibili' quanto a diffusione presso la collettività, dato che notorietà e riproducibilità dell'innovazione consentono a chiunque di farne l'utilizzo, imitando i processi produttivi (Falce, 2006: 11). Si consideri, del resto, come le predette caratteristiche siano alla base di ogni processo di innovazione tecnologica e dello stesso sviluppo economico dell'umanità, già prima della rivoluzione industriale.

Resta tuttavia aperto il problema di incentivare l'attività di innovazione senza ingessare il sistema produttivo e creare situazioni di monopolio tali da frenare, nel medio-periodo, lo stesso sviluppo economico ed industriale (Mazzuccato, 2014: 75 sgg.; Ubertazzi, 1978: 1 sgg.).

Sul piano teorico, le soluzioni possibili sono almeno quattro: la prima è rendere completamente libera la fruizione delle invenzioni, secondo una logica oggi propugnata soprattutto dai fautori delle *open sources*; la seconda è concentrare il processo di invenzione in centri di ricerca pubblici, secondo una logica che, in passato, è stata seguita con scarso successo da alcuni paesi di area socialista-comunista; la terza è sovvenzionare o premiare *una tantum* gli inventori, rendendo però libera la fruizione delle invenzioni; la quarta è creare dei diritti dominicali sulle invenzioni, riservandone l'utilizzo in capo all'inventore o innovatore (Arrow, 1962: 617 sgg.). L'ultima soluzione è prevalente in tutti i sistemi occidentali.

Dimensione economica e giuridica del fenomeno si condizionano quindi a vicenda, per cui l'intero processo di qualificazione giuridica della proprietà industriale non appare mai come il frutto di valutazioni neutrali, ma come scelta tecnico-politica di regolazione dei mercati. La disciplina giuridica del fenomeno diviene quindi parte integrante dei problemi di politica-economica sollecitati dai processi di industrializzazione e dalla loro evoluzione, intrecciandosi con altre problematiche, come la tutela e promozione della concorrenza, della salute e dell'ambiente. Il fenomeno non ha rilevanza solo nazionale, né può dirsi che il processo di giuridificazione della proprietà industriale possa essere monopolizzato dai singoli legislatori statali: la dimensione immateriale di marchi, brevetti ed altri istituti affini rende strutturalmente impossibile limitare la loro circolazione entro determinati confini fisici e spaziali, ponendo quindi proble-



mi che – per antonomasia – incidono sulla dimensione sovranazionale e globale dell'economia e del diritto (Mazzuccato, 2014: 77; Reich, 2015: *passim*).

La stessa disciplina sovranazionale riflette sin dalla fine dell'ottocento i mutamenti del diritto in rapporto all'andamento dei mercati, oltre che i rapporti fra ordinamenti dei paesi occidentali più sviluppati ed altri sistemi giuridici, con continui conflitti all'interno degli organismi di regolazione della materia, quali la World Trade Organization (WTO) e la World Intellectual Property Organization (WIPO) (Musso, 2008).

## *2. La molteplice rilevanza giuridica della proprietà industriale*

Prescindendo dalle origini medievali e moderne delle segnature dei prodotti delle corporazioni, può osservarsi come il fenomeno in esame emerga nella sua interezza con la rivoluzione industriale e la produzione di massa di beni e servizi (Ascarelli, 1960: 536 sgg.; Mazzarella, 2005: *passim*).

Si tratta di un fenomeno trasversale, che mal si presta ed essere colto ricorrendo alle tradizionali categorie della scienza e della prassi giuridica.

La rilevanza giuridica della proprietà industriale non può essere colta solo nel filtro offerto dalla disciplina di matrice privatistica tesa a regolare presupposti, contenuto e limiti di circolazione di marchi e brevetti, ma va colta nel quadro più complesso delle politiche pubbliche di tutela della concorrenza e incentivo all'innovazione tecnologica sono elaborate dai singoli Stati o dalle organizzazioni sovrastatali, in rapporto a contingenze economiche o strategie di medio-lungo periodo. Occorre perciò tenere conto delle modalità con cui si è regolato lo sviluppo industriale, nell'ambito dello Stato amministrativo e della sua evoluzione sovranazionale (Giannini, 1986: *passim*).

Deve inoltre osservarsi come la disciplina della proprietà industriale possa incidere su una serie aperta di interessi e valori, di rilievo costituzionale e sovranazionale, che a propria volta finiscono per condizionare l'interpretazione, l'applicazione e la stessa evoluzione della disciplina (Ubertazzi, 1978: 23 sgg.). Si tratta di una disciplina intrinsecamente conflittuale, laddove ogni regolamentazione giuridica del sistema dei marchi e dei brevetti è pur sempre il prodotto di bilanciamenti ed arbitraggi fra interessi e valori espressi da sistemi istituzionali che assumono le fattezze di «arene pubbliche» (Cassese, 2001: *passim*). Se ne ha conferma nello stesso diritto positivo.

Esemplificando, l'art. 9 della Costituzione individua fra i doveri fondamentali della Repubblica la promozione della ricerca tecnica, da considerare come generale obiettivo dell'ordinamento; la libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41 Cost. può essere declinata nei termini di una libertà di ricerca e sviluppo tecnico; la natura dominicale dei diritti di proprietà industria-

le può essere ricondotta alle previsioni dell'art. 42 Cost., giustificando alcuni limiti di godimento dei marchi e dei brevetti alla luce delle ragioni di utilità sociale (Ghidini, 2008: 7 ss.).

Sul piano delle fonti sovranazionali l'art. 17, comma 2, della Carta di Nizza sancisce un generale principio di protezione della proprietà intellettuale, mentre l'art. 118 del T.F.U.E. affida a Parlamento e Consiglio dell'Unione europea potestà legislative funzionali a garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale e l'istituzione di regimi di autorizzazione, coordinamento e controllo centralizzati. Gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale sono alla base della politica economica comune dell'Unione, secondo quanto stabilito dall'art. 207 del T.F.U.E. Nella stessa direzione va pure l'accordo su *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* del 1994 (*Trips*), promosso dalla WTO, dove la protezione ed il rispetto della proprietà intellettuale sono funzionali alla innovazione, al trasferimento ed alla diffusione tecnologica, così da favorire il complessivo benessere sociale ed economico a vantaggio di produttori e consumatori.

La dimensione trasversale del fenomeno dimostra i limiti delle tradizionali categorie concettuali impiegate per ricostruire il sistema della proprietà industriale: la varietà dei fenomeni economici e delle fonti di diritto positivo impone approcci integrati allo studio, all'interpretazione ed alla ricostruzione del fenomeno, oltre gli steccati disciplinari ed applicativi del diritto privato, commerciale, internazionale, amministrativo (Spada, 2009).

### *3. Il contenuto della proprietà industriale: tra diritto di privativa e interessi pubblici*

La prima tecnica di regolazione del fenomeno riguarda contenuto e limiti dei diritti di privativa industriale. Nell'ordinamento italiano, la disciplina fu introdotta negli anni successivi all'unificazione del Regno, ed è stata continuamente aggiornata e rivisitata – anche su spinta delle fonti sovranazionali – fino ai nostri giorni.

I cultori della materia hanno evidenziato come si tratti di una disciplina che esprimeva, in origine, una concezione dominicale del fenomeno, ricalcata sul modello della proprietà delle cose: in rottura con la tradizione, che ascriveva la proprietà industriale alla proprietà collettiva, la disciplina post-unitaria aveva un'impronta liberale, premiando con il diritto sfruttamento del marchio o del brevetto l'individuo che avesse dimostrato particolari capacità di penetrazione nel mercato e inventiva. Diretto corollario era il riconoscimento di un diritto soggettivo di marchio e brevetto, rispetto al quale il ruolo della p.a. era ridotto a mera attività di certificazione (Ascarelli, 1960: 537 sgg.).

Qualificata la proprietà industriale come diritto soggettivo, ed esclusa qualsiasi ingerenza discrezionale dell'amministrazione, non stupisce che la dottrina ab-

bia trascurato il ruolo dei pubblici poteri, come pure lo studio dei procedimenti e degli atti attraverso cui si riconoscevano i diritti di privativa, concentrandosi sul contenuto del diritto di marchio e di brevetto, nei termini stabiliti dal *Codice civile*<sup>1</sup> e dalle singole leggi di settore, ora raccolte nel *Codice della proprietà industriale* (Carnelutti, 1912; Ghidini, 2008: 7 sgg.; La Lumia, 1932: 234 sgg.).

Nel corso dei decenni, il fenomeno ha però mostrato dei netti cambiamenti, sia per quanto riguarda il contenuto dei diritti di privativa che le più ampie modalità di gestione e tutela della proprietà industriale.

Per quanto riguarda il marchio, si è assistito alla graduale estensione delle tecniche di tutela del diritto: tradizionalmente protesa a garantire la sola funzione distintiva del segno, ossia la sua capacità di differenziare il prodotto da quello di imprese concorrenti, la disciplina legislativa si è estesa alla tutela del suo valore pubblicitario e della sua rilevanza come fattore di sviluppo economico nell'ambito di mercati concorrenziali (Ricolfi, 2009: 67 sgg.; Spada, 2009: 12 sgg.). Pure la tutela brevettuale si è ampliata, per quanto concerne la tipologia delle invenzioni e dei metodi produttivi suscettibili di protezione, le politiche di contrasto alla contraffazione, il diritto di esaurimento del brevetto (Floridia, 2009a: 220 sgg.; Floridia, 2009b: 201 sgg.).

Se il contenuto dei diritti di privativa è valutabile alla luce dell'esigenza di tutelare l'imprenditore che abbia innovato il sistema economico mediante il successo commerciale di un prodotto o determinate invenzioni, alcuni aspetti della disciplina possono essere interpretati anche nella prospettiva dell'interesse generale, trascendendo una ricostruzione puramente dominicale o pan-privatistica del fenomeno.

Almeno quattro sono i profili da mettere in rilievo con riguardo alla disciplina domestica.

Un primo aspetto concerne l'estensione dei diritti di privativa brevettuale. Si è infatti esclusa la brevettabilità delle scoperte, delle teorie scientifiche e dei metodi matematici, privi della base materiale che caratterizza le opere brevettabili: trattandosi di concetti o formule utilizzabili per un numero indeterminato di invenzioni, si è ritenuto che i costi derivanti dall'attribuzione di diritti di esclusiva a favore dello scopritore fossero maggiori dei benefici derivanti dalla qualificazione delle scoperte come pubblico dominio (Floridia, 2009a: 205 sgg.). Chiare logiche di interesse generale hanno comportato pure l'esclusione della brevettabilità delle razze animali (e dell'uomo) e dei procedimenti biologici funzionali allo scopo. A prescindere dalle evidenti problematiche di ordine bioetico – si pensi ai problemi inerenti alla mappatura del genoma o a interventi di manipolazione eugenetica del DNA – la scelta del legislatore può essere spiegata alla luce del principio di precauzione: i rischi derivanti dalla creazione di monopoli brevettuali in materia sono stati reputati maggiori di quelli de-

rivanti dall'esclusione del brevetto, senza per questo incidere in termini assoluti sulla libertà della ricerca.

Un secondo profilo concerne la durata dei diritti di privativa: mentre la registrazione del marchio e i corrispondenti diritti di esclusiva hanno una durata decennale, rinnovabile per ulteriori periodi fino ad una durata potenzialmente indefinita, il diritto di brevetto ha una durata di vent'anni, decorsi i quali l'inventore perde il diritto di privativa e l'invenzione diviene di dominio pubblico. La scelta di limitare la durata delle privative può spiegarsi in duplice prospettiva: da un lato, essa esprime un bilanciamento fra l'interesse del monopolista e l'interesse degli altri operatori economici, che non possono essere penalizzati in maniera sproporzionata dal vantaggio competitivo di chi abbia il merito di aver inventato un nuovo prodotto; dall'altro, si tratta di un compromesso fra la necessità di incentivare l'innovazione tecnologica e la possibilità che l'innovazione venga sviluppata nel tempo da tutti gli operatori, anche al fine di nuove scoperte o innovazioni (Ghidini, 2008: 81 sgg.).

Vengono poi in evidenza le tecniche di tutela giurisdizionale dei diritti di privativa: al netto dei profili attinenti alla giurisdizione del giudice ordinario ed al ruolo delle Commissioni speciali di ricorso in materia di marchio, la legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità o decadenza dei diritti di privativa industriale è riconosciuta a chiunque vi abbia interesse ed al pubblico ministero, a riprova dell'esistenza di un interesse generale ad una chiara allocazione dei diritti di privativa, tale da trascendere gli interessi delle parti private. Nella stessa logica si spiega l'efficacia *erga omnes* della sentenza che accerta nullità e decadenza dei diritti di privativa (Scuffi, 2009: 484 sgg.).

Un quarto aspetto concerne le sanzioni penali e amministrative a tutela di marchi e brevetti: si tratta di previsioni poste a tutela della pubblica fede, tali da trascendere la tutela del diritto soggettivo del titolare, già garantito dagli strumenti di tutela previsti dal *Codice* (Manca, 2009: *passim*).

Questa disciplina conferma i profili evolutivi della materia che si sono tracciati in precedenza e le diverse tecniche attraverso cui si è articolata la 'giuridificazione' del fenomeno. Al contempo, evidenzia come un'adeguata gestione del fenomeno non possa prescindere dall'intervento dell'amministrazione, tenuta a garantire l'attuazione delle politiche pubbliche in materia (Nigro, 1996: 953).

#### *4. Il ruolo delle amministrazioni: aspetti tradizionali ed evolutivi*

Il ruolo dell'amministrazione nella tutela e nello sviluppo della proprietà industriale costituisce uno degli aspetti più caratteristici e meno indagati del fenomeno. Per larga parte del secolo scorso questo rapporto è stato sottostimato (La Lumia, 1932: 9 sgg.; Verbari, 1969: 2 sgg.), al punto che la stessa dottrina tendeva

ad escludere che la tutela della proprietà industriale fosse qualificabile come una tecnica di intervento pubblico dell'economia (Spagnuolo Vigorita, 1962: 77 sgg.).

Questa prospettiva, pur diffusa, semplificava in maniera eccessiva le caratteristiche del fenomeno.

Gli stessi procedimenti di registrazione del marchio e di riconoscimento del brevetto hanno struttura e funzioni composite, che travalicano l'originaria esigenza di accertare la sussistenza dei requisiti del diritto di privativa e certificare una situazione dominicale idonea a garantire un vantaggio competitivo del singolo imprenditore sui concorrenti.

Se è vero che si tratta di strumenti preordinati alla tutela della concorrenza, deve riconoscersi come questo interesse non coincida con quello dei singoli imprenditori, ma pure degli investitori e dei consumatori – non solo nazionali –, cosicché la certificazione dei diritti di privativa rappresenta una forma di regolazione del mercato, inteso come insieme di prassi economiche e norme giuridiche (Reich, 2015: *passim*). Si aggiunga come i procedimenti di registrazione di marchi e brevetti nazionali vadano sempre più spesso coordinati con i procedimenti di registrazione gestiti a livello europeo dall'Ufficio europeo della proprietà intellettuale (EUIPO, già UAMI) e dall'Ufficio Europeo Brevetti (UEB), ed a livello internazionale dalla WIPO, assolvendo una fondamentale funzione di coordinamento fra i vari livelli di amministrazione della proprietà industriale (Cassatella, 2008).

In ogni caso, le funzioni dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM) non si esauriscono nelle attività di registrazione dei diritti di privativa, ma comprendono attività consultive a favore del legislatore, politiche di lotta alla contraffazione, politiche di sostegno del *made in Italy*, di supporto all'innovazione industriale e al trasferimento tecnologico, oltre che una serie di collaborazioni con organismi stranieri e sovranazionali (Malaman, 1991: *passim*).

Il ruolo delle amministrazioni e dei loro ambiti di intervento in materia appare, in ogni caso, notevolmente aumentato nel corso degli ultimi anni.

Un primo ambito di intervento è dato da una serie di misure tese a proteggere i marchi italiani da pratiche di contraffazione diffuse nel mercato globale, a fronte della rilevanza strategica di certi prodotti per l'economia nazionale.

È stato istituito, allo scopo, il *Comitato interministeriale anticontraffazione* (CNAC), con funzioni di indirizzo, controllo e coordinamento strategico di tutte le iniziative in materia. Il CNAC ha approvato nel 2012 un *Piano nazionale anticontraffazione*, elaborato dopo aver consultato produttori, consumatori e delle forze dell'ordine<sup>2</sup>: questo documento definisce una serie di priorità nella lotta alla contraffazione, implementando le politiche pubbliche di lotta alla contraffazione, di tutela e promozione del *made in Italy*, di formazione dei funzionari e giudici.

Altra significativa linea di intervento nelle politiche anticontraffazione riguarda la misurazione del fenomeno e le indagini conoscitive attraverso cui l'UIBM, le forze dell'ordine e le associazioni di categoria hanno approfondito le caratteristiche dei mercati delle merci contraffatte, il loro volume d'affari, il ruolo della criminalità organizzata: allo scopo, sono stati utilizzati rapporti Unioncamere, CENSIS-UIBM.

Un altro ambito concerne gli incentivi all'innovazione tecnologica dell'UIBM, specie a sostegno delle piccole e medie imprese. Assume qui un rilievo centrale il Fondo Nazionale per l'Innovazione (FNI), che incentiva l'utilizzo di marchi e brevetti mediante la partecipazione al capitale di rischio di piccole e medie imprese, sulla base di risorse reperite in un fondo comune di investimento a partecipazione pubblica e privata. Un'altra tecnica analoga è quella dei finanziamenti di attività imprenditoriali da parte di istituti creditizi convenzionati con il Ministero dello Sviluppo economico, che partecipa all'operazione garantendo le obbligazioni delle piccole e medie imprese mediante la costituzione di pegni a favore delle banche (c.d. cartolarizzazione virtuale).

Un terzo importante ambito è quello il c.d. trasferimento tecnologico, ossia le modalità attraverso cui i risultati della ricerca scientifica possono tradursi in innovazioni utilizzabili dalle imprese (Caso, 2005: *passim*; Granieri, 2010: *passim*; Guarda, 2014: *passim*). Il fenomeno non è privo di serie implicazioni giuridiche e metagiuridiche, posto che si pone al centro dei rapporti fra ricerca 'pura' ed 'applicata', non è privo di aspetti problematici, dato che incide sugli stessi sviluppi della ricerca, le modalità di finanziamento di Università e centri di ricerca, il modo attraverso cui finanziamenti ed incentivi condizionano la stessa libertà di ricerca (Nussbaum, 2011: *passim*).

Assumono qui primario rilievo gli strumenti attraverso cui Università ed enti di ricerca possono tradurre in brevetto determinate invenzioni, sfruttandone i proventi e commercializzando gli esiti della ricerca scientifica (De Blasi, 2005: 57 sgg.; Cerrato, Parente, Petrone, 2012: 255 sgg.).

In Italia, il rapporto fra amministrazione universitaria ed attività di ricerca appare problematico già sul piano del diritto positivo. Nel solco della l. *Tremontibus* (l. n. 383/2001), il *Codice della proprietà industriale* attribuisce al solo ricercatore dell'Università o dell'ente pubblico di ricerca la titolarità esclusiva dei diritti derivanti dall'invenzione brevettabile, in deroga alle previsioni applicabili nei confronti dei dipendenti di imprese private, che cedono il proprio diritto al datore di lavoro: il che comporta non poche difficoltà operative, ridimensionando il ruolo di Università ed enti di ricerca nel processo di trasferimento. Questi ultimi possono tuttavia riservarsi una quota di partecipazione agli utili derivanti dalla commercializzazione del brevetto, sulla base di quanto stabilito dai singoli regolamenti e ferma restando una riserva del 50% dei proventi a favore del ricercatore.

Fortemente avversati da una parte del mondo accademico, questi interventi normativi hanno determinato la creazione di NETVAL, un'associazione che raggruppa la maggioranza delle Università ed una serie di importanti centri di ricerca, la cui attività è finalizzata ad agevolare le attività di trasferimento tecnologico e la valorizzazione della ricerca stessa. Oltre a varie università e politecnici, sono soci anche il CNR, l'ENEA ed altri centri di ricerca pubblici nel settore della medicina, dell'agricoltura, delle tecnologie aeronautiche. NETVAL effettua il monitoraggio dei processi di trasferimento tecnologico nelle varie università italiane e organizza percorsi di formazione per ricercatori.

Vanno poi menzionati gli strumenti attraverso cui si realizza il trasferimento tecnologico fra strutture di ricerca ed imprese: i più importanti sono gli strumenti negoziali e la creazione di società partecipate (De Blasi, 2005: 102 sgg.; Granieri, 2010: 214 sgg.).

Gli strumenti negoziali sono in larga parte disciplinati dai singoli regolamenti delle Università e degli enti di ricerca che, salvo il regime di titolarità del brevetto disciplinato dal Codice, possono individuare una serie di forme di sfruttamento e valorizzazione delle invenzioni. Nella prassi, sono stabilite le modalità cessione del brevetto all'università e sono istituite Commissioni competenti ad esprimere pareri o valutazioni in ordine all'opportunità dell'acquisto del titolo.

In questo quadro, vanno segnalate le iniziative che, nel corso dell'ultimo quindicennio, hanno favorito la creazione dei distretti tecnologici finalizzati a incentivare la competitività del sistema industriale italiano mediante una diretta partecipazione di Università e centri di ricerca allo studio ed allo sviluppo di prodotti o procedimenti brevettabili (Granieri, 2010: 19 sgg.). In simile contesto si inserisce il fenomeno delle start-up e degli spin-off universitari, ossia di iniziative aventi come scopo lo sfruttamento dei risultati della ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi derivanti dall'attività di ricerca svolta nelle università<sup>3</sup>.

Per parte della dottrina i distretti possono essere qualificati come veri e propri strumenti di *governance* locale, poiché operano come dei poli di aggregazione di determinate filiere produttive attorno agli enti di ricerca, orientano gli investimenti pubblici e privati, determinano lo sviluppo economico ed urbanistico di determinate aree del Paese (Granieri, 2010: 19). Che il settore sia nevralgico per lo sviluppo del sistema produttivo e della stessa ricerca è confermato da recenti interventi normativi come l'*Investment Compact* del 2015 (d.l. n. 3/2015, conv. in l. n. 33/2015), volto ad incentivare la costituzione di start-up innovative da parte delle piccole e medie imprese, mediante la partecipazione di enti di ricerca pubblici, anche su iniziativa dell'Istituto italiano di Tecnologia.

Connesse a questo fenomeno sono pure le politiche volte ad incentivare la costituzione di c.d. *start-up innovative*, ossia di imprese che abbiano come esclusivo o prevalente oggetto sociale lo sviluppo, la produzione e la commercializ-

zazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico, documentato non solo dal possesso di diritti di privativa industriale, ma anche dall'impiego di personale particolarmente qualificato.

Ulteriore ambito di intervento, cui già si è fatto cenno, concerne la brevettabilità di prodotti biotecnologici, e, più in generale, i rapporti fra processo di innovazione tecnologica e sperimentazioni su esseri viventi (Caforio, 2006: *passim*; Menesini, Caforio, 1993: *passim*). Si tratta di un quadro notevolmente complicato, dove le problematiche attinenti allo sviluppo del diritto industriale e all'estensione dell'oggetto dei brevetti si sovrappongono a questioni di ordine costituzionale – attinenti agli stessi limiti dell'attività di ricerca – ed etico-politico: ci si chiede sino a che punto lo sviluppo tecnologico possa trasformarsi in dominio della natura, alternandone artificialmente il corso fisiologico (Lecaldano, 2002; Sgaramella, 2012: *passim*; Tallacchini, Terragni, 2004: *passim*).

Il ruolo delle amministrazioni varia, quindi, nel tempo, come pure varia il concetto di 'tutela' della proprietà industriale come oggetto delle politiche pubbliche in materia.

In origine, l'intervento amministrativo era circoscritto ai procedimenti di registrazione del marchio e del brevetto, esercitati su iniziativa individuale e vincolati all'accertamento dei presupposti stabiliti dalla legge secondo una logica di *adjudication*. In tal caso, può ritenersi che l'interesse pubblico alla protezione dei diritti di privativa fosse interamente garantito dalla disciplina di legge, riservando alle amministrazioni un ruolo puramente esecutivo. Attualmente, si riconosce alle amministrazioni un ruolo pienamente attivo nella implementazione di politiche pubbliche che non considerano la proprietà industriale come un semplice diritto soggettivo, ma come una variabile fondamentale per lo sviluppo e la competitività del sistema economico: di qui, gli strumenti volti ad incentivare l'innovazione, coordinare ricerca scientifica ed attività di impresa, agevolare forme di partenariato pubblico e privato, proteggere marchi e brevetti da forme di concorrenza sleale e frodi, facilitare il coordinamento fra le diverse amministrazioni, sia a livello statale che sovrastatale.

##### 5. L'impatto della disciplina sovranazionale

Si è fatto in più occasioni riferimento al rilievo che le fonti sovranazionali hanno assunto in materia, a fronte della quasi naturale attitudine di marchi e brevetti a circolare oltre i confini statuali (Esperson, 1899: *passim*).

L'impatto del diritto sovranazionale è notevolmente aumentato nel corso dei decenni, in cui la tutela della proprietà industriale è divenuta oggetto di una serie di politiche pubbliche internazionali promosse da organismi come la WIPO e la WTO, talvolta in reciproca concorrenza.



Fra i principali frutti della normazione internazionale, basti qui ricordare l'*Accordo di Madrid* del 1967 ed il relativo *Protocollo* del 1989 sul marchio internazionale, il *Trattato di Washington* del 1970 sul brevetto internazionale e il già menzionato accordo *Trips* del 1995. Non è meno importante la disciplina del diritto europeo, che si è sviluppato sia tramite direttive volte ad armonizzare il regime della proprietà industriale dei singoli Stati che mediante l'introduzione della disciplina del marchio comunitario e del brevetto europeo, la cui gestione è affidata rispettivamente all'EUIPO ed all'UEB (Cassatella, 2008; Honorati, 2014: *passim*).

La stratificazione delle fonti normative determina una certa complessità nella disciplina sostanziale del fenomeno, cui si aggiungono le problematiche inerenti al coordinamento fra i vari enti coinvolti nella gestione dei singoli sistemi. Sono indicativi del fenomeno i complessi rapporti esistenti fra UIBM, EUIPO e UEB, come pure fra UIBM, WIPO e WTO, dai quali emerge un articolato sistema di co-amministrazione e cogestione di una serie di problematiche attinenti ai rapporti fra marchi e brevetti nazionali, europei, internazionali.

Nel caso dei marchi, un esempio di co-amministrazione è dato dalla trasformazione del marchio nazionale in marchio comunitario, o dell'analoga trasformazione della domanda di registrazione del marchio comunitario in domanda di registrazione del marchio nazionale; un secondo esempio è dato dalla procedura di registrazione del marchio comunitario (e dalla connessa procedura di opposizione alla registrazione), dove le amministrazioni nazionali sono tenuta a fornire all'EUIPO il proprio supporto istruttorio (Cassatella, 2008).

Nel caso dei brevetti, si è osservato come parte della fase istruttorio della registrazione di un brevetto interno possa essere affidata all'UEB. A ciò si aggiunga come le domande di registrazione del brevetto europeo possano essere depositate presso l'UIBM, che ha l'obbligo di trasmetterle all'UEB ai fini del relativo esame.

Con riferimento alla disciplina del marchio internazionale stabilita dall'Accordo e dal Protocollo di Madrid, sussiste un significativo intreccio di competenze fra amministrazioni nazionali, EUIPO, WIPO. Ciò, sia per quanto concerne le modalità di presentazione delle domande presso i singoli uffici nazionali e la loro trasmissione alla WIPO, sia per quanto concerne la partecipazione dell'EUIPO e delle amministrazioni domestiche alla fase istruttorio del procedimento di registrazione (Cassatella, 2008).

Un simile intreccio si ha per la registrazione del brevetto internazionale prevista dal Trattato di Washington del 1970, pure in tal caso mediante il coinvolgimento delle amministrazioni domestiche e dell'UEB nella fase di iniziativa e nella fase istruttorio del procedimento. La disciplina internazionale condiziona le fasi nazionali del procedimento, che non devono imporre ai richiedenti oneri ulteriori rispetto a quelli imposti dal Trattato, salve alcune specifiche eccezioni (Musso, 2008: *passim*).

Talvolta, le fonti internazionali possono poi introdurre standard procedurali applicabili ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali in materia di proprietà industriale, come nel caso gli artt. 41 e 42 del *Trips*. Queste disposizioni impongono a tutti gli Stati firmatari di assicurare procedure leali, eque e poco costose, da concludere in termini ragionevoli e senza ritardi ingiustificati; di motivare le decisioni; di attribuire alle parti private il diritto ad essere sentiti; di fondare le decisioni sul materiale istruttorio acquisito in contraddittorio con le parti; di garantire un riesame delle decisioni amministrative da parte dei giudici (Tonoletti, 2013: 352 sgg.). L'impatto di questa disciplina sui singoli sistemi è variabile.

Nel nostro ordinamento, questi principi possono incidere sui procedimenti gestiti dall'UEB, integrando e rafforzando la disciplina del Codice della proprietà industriale, ponendo una serie di problemi di politica del diritto attinenti al rapporto fra disciplina di principio contenuta nelle fonti nazionali e livello di tutela dei diritti procedurali assicurati dal diritto interno. Lo stesso vale per la disciplina processuale e le singole tecniche di tutela previste dall'ordinamento interno (Della Cananea, 2009: *passim*).

In un contesto più ampio, essi possono favorire lo sviluppo di un diritto amministrativo della proprietà industriale nei sistemi giuridici dove il fenomeno non è completamente disciplinato, per quanto gli effetti di simili riforme non siano del tutto neutrali: si consideri soltanto come la possibile ossificazione dei procedimenti di brevettazione o registrazione dei marchi incida sull'efficienza degli apparati pubblici e sull'efficacia delle politiche di sviluppo tecnologico, specie nei sistemi economici dei Paesi in via di sviluppo o sottosviluppati (Bussani, 2010: *passim*).

Il contesto sovranazionale non condiziona solo il contenuto della proprietà industriale ed i rapporti fra i differenti sistemi amministrativi, ma mostra come l'esigenza di differenziare determinate categorie di prodotti o di sistemi produttivi possa essere soddisfatta anche da soggetti privati attivi nel contesto globale, distinti sia dalle amministrazioni domestiche che dai vari enti istituiti in forza di convenzioni internazionali.

Basti, per tutti, l'esempio dei certificati promossi dall'*International Organization for Standardization* (ISO), che, nell'attestare il rispetto di determinati standard di qualità nella fabbricazione di prodotti o nella gestione di determinati sistemi produttivi e servizi incidono sulla reputazione delle imprese presso i consumatori. Istituita nel 1946, sulla scia di analoghe esperienze già avviate nei singoli ordinamenti da associazioni private attive nel settore della standardizzazione, e composta sia da soggetti privati che da amministrazioni nazionali, l'ISO opera sia nell'interesse delle imprese che dei governi, fornendo strumenti per implementare le politiche pubbliche dei singoli Stati, facilitando il

commercio internazionale e gli scambi fra singoli sistemi produttivi<sup>4</sup> (Benedetti, 2010: 92 sgg.; Chiti, 2000; D'Alberti, 2013).

## 6. Conclusioni

Possono mettersi in rilievo, in conclusione, alcune peculiarità del fenomeno esaminato nell'arco dei centocinquanta anni successivi all'unificazione.

Un primo aspetto riguarda le modalità del processo storico-economico e giuridico con cui si è attribuita rilevanza giuridica a marchi e brevetti. Questo processo è connesso ai mutamenti della forma di Stato, ed al passaggio da modelli liberali – come quello dell'Italia post-unitaria – volti a garantire il diritto di privativa a modelli più complessi e pluralistici – come quello dell'Italia contemporanea –, in cui la proprietà industriale rappresenta un tassello delle più ampie politiche pubbliche a sostegno dell'intero sistema economico. Si tratta, al contempo, di politiche da coordinare ed armonizzare con altri valori ed interessi espressi all'interno dello Stato e nella stessa comunità sovranazionale, che si traducono in una iper-regolazione del fenomeno e nel crescente intervento delle pubbliche amministrazioni (ed in parte residua dei giudici) nel bilanciamento degli interessi sottesi alla realizzazione degli obiettivi economico-sociali del legislatore.

Questo spiega, e si viene al secondo aspetto, come il diritto della proprietà industriale non possa essere più compreso sulla base delle norme del Codice civile o dello stesso Codice della proprietà industriale, ma sia dominato da un coacervo di regole speciali che ne giustificano una progressiva specializzazione, ed impongono di comprenderne il funzionamento ricorrendo mediante una combinazione delle categorie concettuali del diritto privato e pubblico, ma anche attraverso nuove categorie idonee a spiegare la convergenza dei diversi interessi in questo specifico settore.

Sempre più spesso, infatti, i diritti di privativa possono essere qualificati come una "proprietà amministrata", al punto che gli stessi concetti tradizionali di proprietà su beni immateriali potrebbero essere rivisitati alla luce di diverse categorie ordinanti: se nell'attuale assetto costituzionale la proprietà resta privata o pubblica, restano sul campo una serie di riflessioni attorno alla dimensione giuridica di determinati marchi e, soprattutto, dei brevetti.

Il ruolo delle amministrazioni, in materia, sembra in ogni caso cresciuto al punto di non poter più considerare neutrale, rispetto alle vicende inerenti alla registrazione ed all'uso dei diritti di privativa, il ruolo dello Stato: se si ritiene superata la tradizionale impostazione liberale del fenomeno e si ritiene che lo Stato abbia (anche) l'interesse alla diffusione e promozione della proprietà industriale come fattore di competitività del sistema, l'intervento pubblico trascende la mera regolazione e si articola in una serie di misure di sostegno, incenti-

vo, partecipazione diretta alle attività di innovazione tecnologica, espressive di un vero e proprio cambio di paradigma.

Il cambio di paradigma dipende, in parte, dalla stessa evoluzione della normativa sovranazionale e dal suo impatto sul diritto domestico: al netto delle ideologie alla base degli accordi internazionali, va considerato come l'intreccio di interessi in materia abbia determinato una ulteriore espansione della sfera pubblica, attribuendo ai soggetti coinvolti – statali, europei, internazionali, enti privati di normalizzazione e standardizzazione – nuovi ruoli e funzioni: se è sconsigliabile dare un giudizio sull'intero processo, data la frammentazione e la fluidità delle fonti, ciò non toglie che esso confermi l'emersione di nuove forme di gestione amministrativa della proprietà industriale, trasformando le stesse amministrazioni nazionali in un referente degli interessi dello Stato e, al contempo, in un ente strumentale alla co-gestione della disciplina sovranazionale.

*Note*

- <sup>1</sup> Sul marchio, cfr. gli artt. 2569-2574 c.c.; sul brevetto, cfr. gli artt. 2584-2594 c.c.
- <sup>2</sup> Il *Piano* è consultabile sul sito internet del CNAC.
- <sup>3</sup> A differenza delle cc.dd. start-up, gli spin-off sono società partecipate da università ed enti di ricerca.
- <sup>4</sup> Si veda il report *Using and referencing ISO and IEC standards to support public policy*, disponibile sul sito ISO.

*Riferimenti bibliografici*

- Arrow K. 1962, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton.
- Ascarelli T. 1960, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali* (III ed.), Giuffrè, Milano.
- Benedetti A. 2010, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano.
- Bisol B., Carnevale A., Lucivero F. 2014, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie. Il caso dell'etica della robotica in Europa*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*: 235 sgg.
- Busacca B. 2000, *Il valore della marca tra post-fordismo ed economia digitale. Accumulazione, ampliamento, attivazione*, Giuffrè, Milano.
- Bussani M. 2010, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Giappichelli, Torino.
- Caforio G. 2006, *I trovati biotecnologici tra principi etico-giuridici e il codice di proprietà industriale*, Giappichelli, Torino.
- Carnelutti F. 1912, *Diritto al marchio e registrazione*, in *Riv. Dir. Comm.*: 7 sgg.
- Caso R. (a cura di) 2005, *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologica e proprietà intellettuale*, il Mulino, Bologna.
- Cassatella A. 2008, *Procedimenti amministrativi europei: il caso del marchio comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*: 835 sgg.
- Cassese S. 2001, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 601 sgg.
- Cerrato D., Parente R., Petrone M. 2012, *La collaborazione tra Università e industria: un'indagine sui brevetti co-generati in Italia*, in *L'industria*: 255 sgg.
- Chiti E. 2000, *La normalizzazione*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano: 3667 sgg.
- D'Alberti M. 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*: 607 sgg.
- De Blasi S. 2005, *Ricerca scientifica pubblica, brevetti per invenzioni industriali e spin-off: nozioni di base ed esperienze di riferimento*, in *Caso R.*, a cura di, *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologica e proprietà intellettuale*, il Mulino, Bologna.
- Della Cananea G. 2009, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, il Mulino, Bologna.
- Esperson P. 1899, *La proprietà industriale ne' rapporti internazionali: studio di legislazione comparata e di diritto internazionale convenzionale*, Torino.
- Falce V. 2006, *Lineamenti giuridici e profili economici della tutela dell'innovazione industriale*, Giuffrè, Milano.
- Floridia G. 2009a, *Il diritto di brevetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza* (III ed.), Giappichelli, Torino.
- 2009b, *Le invenzioni*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza* (III ed.), Giappichelli, Torino.

- 2009c, *L'ordinamento amministrativo*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza* (III ed.), Giappichelli, Torino.
- Franchi L. 1886, *La protezione del nome commerciale, dell'insegna e del marchio nell'ordinamento italiano*, Mantova.
- Frignani A. 2011, *Il futuro della proprietà industriale: l'arbitrato*, in *Riv. Dir. Ind.*: 156 sgg.
- Giannini M.S. 1986, *Il pubblico potere*, il Mulino, Bologna.
- Ghidini G. 2008, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano.
- Granieri M. 2010, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria. Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, il Mulino, Bologna.
- Guarda P. 2014, *Creation of Software within the academic Context: Knowledge Transfer, Intellectual Property Rights and Licenses*, in <<http://www.lawtech.jus.unitn.it>> (12/2016).
- Honorati C. (a cura di) 2014, *Luci e ombre del nuovo sistema Ue di tutela brevettuale*, Giappichelli, Torino.
- La Lumia G. 1932, *Diritto industriale*, Cedam, Padova.
- Lealdano E. 2002, *Bioetica e ricerca scientifica: il dibattito italiano sul progetto Genoma Umano*, in *Riv. It. Fil.*: 263 sgg.
- Lissoni F., Montobbio F. 2006, *Brevetti universitari ed economia della ricerca in Italia, Europa e Stati Uniti. Una rassegna dell'evidenza recente*, in *Pol. Econ.*: 259 sgg.
- Malaman R. (a cura di) 1991, *Brevetto e politica dell'innovazione: organizzazioni e funzioni dell'Ufficio brevetti*, il Mulino, Bologna.
- Manca G. 2009, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, Cedam, Padova.
- Mazzarella F. 2005, *Nel segno dei tempi: marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Giuffrè, Milano.
- Mazzucato M. 2014., *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari.
- Menesini V., Caforio G. 1993, *Sistema brevettale e problemi etici delle biotecnologie*, *Riv. Dir. Ind.*: 39 sgg.
- Musso A. 2008, *Proprietà industriale*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II.2, Milano: 870 sgg.
- Nigro M. 1996, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica* (1972), ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano: 953 sgg.
- Nussbaum M.C. 2011, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, trad. it. di R. Falcioni, il Mulino, Bologna.
- Reich R.B. 2015, *Come salvare il capitalismo*, trad. it. di N. Mataldi, Fazi, Roma.
- Ricolfi M. 2009, *I marchi. Nozione. Funzione*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza* (III ed.), Giappichelli, Torino.
- Scuffi M. 2009, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Giuffrè, Milano.
- Sgaramella V. 2012, *Non più cose, non ancora persone. Gli embrioni tra brevetti e funerali*, in *Il Mulino*: 280 sgg.

- Spada P. 2009, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza* (III ed.), Giappichelli, Torino: 5 sgg.
- Spagnuolo Vigorita V. 1962, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli.
- Tallacchini M., Terragni F. 2004, *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali, ambientali*, Giuffrè, Milano.
- Tonoletti B. 2013, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *Annuario Aida*: 352 sgg.
- Ubertazzi L.C. 1978, *Invenzione e innovazione*, Giuffrè, Milano.
- Verbari G.B. 1969, *Procedimenti amministrativi in materia di invenzioni, modelli, marchi*, Giuffrè, Milano.



# DALLA BIOETICA AL BIODIRITTO: SULLA GIURIDIFICAZIONE DI INTERESSI SCIENTIFICAMENTE E TECNOLOGICAMENTE CONDIZIONATI

*Fulvio Cortese, Simone Penasa*

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Le rotte della giuridificazione. 2.1 Vecchi strumenti, risultati nuovi. 2.2 Dall'esterno all'interno: il ruolo della dimensione internazionale. 2.2.1 Influenza diretta delle 'spinte' internazionali: il ruolo delle corti internazionali. 2.2.2 Influenza indiretta delle 'spinte' internazionali: norme e principi di derivazione internazionale quali parametri di giudizio o quali ausili/strumenti ermeneutici. 2.3 Dal diritto positivo tradizionale a nuove forme di regolazione: il rinnovato ruolo del legislatore alla luce della giurisprudenza costituzionale. 3. Le tendenze della giuridificazione. 3.1 L'esistenza di una pluralità di attori capaci di produrre regole concretamente condizionanti (indipendentemente dal loro statuto giuridico). 3.2 (Apparente) svalutazione del ruolo del legislatore statale a vantaggio del ruolo delle corti (ordinarie e speciali). 3.3 Tendenza alla formulazione giurisprudenziale di principi generali anziché di regole puntuali. 3.4 Tendenza all'emersione irriducibile di spazi di autonomia non regolabile da parte delle istituzioni pubbliche e rimessi ai rapporti tra i 'soggetti' più direttamente coinvolti dalle singole decisioni (con conseguenziale restrizione dei margini tradizionali della discrezionalità politico-amministrativa). 4. Le questioni aperte. 4.1 La pluralità delle sedi decisionali e i limiti dei tradizionali 'legami di garanzia': dal conflitto episodico al conflitto sistemico? 4.2 La procedimentalizzazione dei processi decisionali e l'incompletezza strutturale degli assetti organizzativi e funzionali vigenti: per una riforma dell'amministrazione di servizio. 4.3 Il valore determinante di alcuni principi e la mutazione del ruolo del giudice: *quis custodiet custodes?* 4.4 La formazione di una nuova soggettività giuridica e la trasformazione del ruolo della scienza e della tecnologia (anche giuridiche): rischi e opportunità.

## *1. Premessa*

Sul *Foro italiano* del 1951 si può leggere il testo di una pronuncia (31.07.1950) con cui il Tribunale di Piacenza aveva accertato la responsabilità civile di un padre nei confronti della propria figlia, cui aveva trasmesso, per il tramite della madre, la sifilide. A commento di tale sentenza si rinviene una brevissima nota critica di Francesco Carnelutti, il cui snodo centrale si esprime nei termini seguenti: «se un malato vale meno di un sano, *a fortiori* la vita, anche di un malato, vale qualcosa mentre la non vita non vale nulla. E questo, badiamo, non è un gioco dialettico ma il riconoscimento della più alta verità: a prescindere dalle possibilità sempre maggiori di guarire per chi non confonde il male col morbo e col dolore, proprio la vita di un malato può raggiungere le vette più alte: se

Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe assai probabilmente al mondo una delle sue bellezze più pure» (Carnelutti, 1951: 990).

L'argomentazione di Carnelutti, nel suo tono così pulito, icastico, risulta affascinante e, di per sé, quasi persuasiva. Eppure, a sessantaquattro anni di distanza, chi volesse farsi un'idea dello stato dell'arte su questa tipologia di fattispecie non potrebbe accontentarsi della tesi espressa dal famoso e autorevole giurista, poiché rischierebbe di avere una visione molto distorta dell'attuale dibattito giuridico.

Infatti, oggi, il caso deciso nel precedente piacentino verrebbe classificato nell'ambito delle pretese risarcitorie da *wrongful life* (con danno da vita indesiderata, in quanto condizionata dalla trasmissione di determinate patologie), che possono essere azionate proprio, e direttamente, dai figli (sia nei confronti dei genitori, sia nei confronti dell'amministrazione sanitaria: quest'ultimo è il caso di danni derivanti da malattie contratte dalla madre gestante a causa di un'errata somministrazione di farmaci durante la gravidanza<sup>1</sup>). Simili pretese, poi, andrebbero distinte, a loro volta, dalle altre pretese risarcitorie, talvolta coesistenti, che possono essere azionate dai genitori nei confronti dei medici e delle strutture sanitarie e che insorgono, potenzialmente, allorché si verifichi una *wrongful birth* (con danno, cioè, da nascita indesiderata, perché del tutto imprevedibile<sup>2</sup> o perché verificatasi in modo inatteso e patologico: per quest'ultima ipotesi, il caso classico è quello del danno che i genitori hanno subito per non essere stati informati circa il fatto che il loro figlio sarebbe nato affetto da una patologia specifica, quale la sindrome di Down<sup>3</sup>).

Che cosa è accaduto in questo mezzo secolo di evoluzione giurisprudenziale?

Da un lato si potrebbe ragionare a lungo sulle dinamiche – interne alla lettura della responsabilità civile extracontrattuale e delle sue fonti – che, per il tramite della revisione progressiva della nozione di danno ingiusto (ex art. 2043 c.c.), hanno consentito ai giudici di riconoscere il carattere della rilevanza giuridica a interessi che la sensibilità sociale cominciava gradualmente a valutare in tal senso. Tale operazione è del tutto corretta, e consentirebbe di razionalizzare le trasformazioni che si sono realizzate mediante il ricorso alle tradizionalissime spiegazioni sulle potenzialità delle clausole generali come modalità particolari della formulazione del diritto scritto (Velluzzi, 2010) ovvero per il tramite della ricostruzione dell'evoluzione profonda che ha conosciuto la responsabilità civile dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione del 1948 (Rodotà, 1967). Ciò, tuttavia, rischierebbe di cogliere soltanto una parte del fenomeno, dal momento che, stando all'esemplificazione dianzi riferita, il carattere aperto di quelle clausole non ha generato soltanto un ampliamento del novero dei pregiudizi risarcibili; esso ha comportato anche un allargamento dei soggetti potenzialmente pregiudicati e, soprattutto, ha veicolato una nuova impostazione culturale (in senso del tutto critico, Violini, 2008: 246), che nasce altrove e si alimenta di altri fattori, dichiaratamente pre-giuridici.

Per altro verso, infatti, pare assai chiaro che la leva di questi complessi processi consiste nella rilevanza sempre maggiore del dato scientifico e tecnologico, e nella difficoltà che questa medesima rilevanza produce allorquando si manifesta, nel mondo del diritto, come produttiva di nuove situazioni soggettive, così come generate da interessi che, in precedenza (i.e. in assenza di quel dato), o non emergevano o potevano pacificamente dichiararsi come non propriamente giuridici e, pertanto, non legittimamente invocabili. La vicenda decisa dal Tribunale di Piacenza e le sue successive (e largamente sorprendenti) 'fortune' sono solo la punta di un iceberg dalle grandezze ancora non misurabili. Come è stato efficacemente evidenziato, «gli attuali sviluppi scientifici comportano che quelli che erano considerati fatti si trasformino oggi in possibilità su cui poter o dover decidere a livello individuale o collettivo»; ancora: «quanto era ritenuto un "paradigma biologico" in termini di immutabile certezza si stempera in una serie di variabili dipendenti da fattori di carattere culturale e scientifico-tecnologico» (Casonato, 2012: 16-17; Piciocchi, 2005: 471, secondo cui «facts turned into choices. What in past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals»). Si assiste, in altre parole, non solo ad un meccanismo di aggiornamento dell'assetto normativo esistente, bensì alla messa in opera di congegni ben diversi, che, mutando il quadro di riferimento, veicolano i fattori di quell'aggiornamento verso strade del tutto innovative anche per la stessa cornice istituzionale.

Lo specchio fedele di questo sviluppo è la nascita di un'intera disciplina, il cd. 'biodiritto', intesa come «materia che si occupa di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano» (Casonato, 2012: 7) (e che, tuttavia, in considerazione della dimensione ecosistemica dell'uomo, può avere forti implicazioni anche nei settori relativi alla tutela dell'ambiente e degli animali). Da questa stessa definizione si può apprezzare plasticamente proprio la circostanza che il motore della giuridificazione di un intero settore venga dal diverso peso che le scienze e le tecnologie hanno di volta in volta nel rendere attiva e, anzi, 'agibile' una serie complessa di interessi altrimenti consegnati alla speculazione filosofica. Difatti, una delle più classiche definizioni della 'bioetica' è pressoché coincidente («the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and health care, insofar as this conduct is examined in the light of moral values and principles» (Casonato, 2012: 7, che cita la definizione proposta da Reich W.T., 1995), e l'elemento che fa la differenza, a ben vedere, è rappresentato dalla possibilità che la scienza e la tecnologia consentano alla condotta umana di stare anche e concretamente 'al di qua' delle considerazioni di ordine morale.

Al contempo, però, la stessa definizione mette in luce che il viaggio dalla bioetica al biodiritto non è di sola andata, ma contempla spesso un tragitto ulterio-

re, giacché i condizionamenti che scienza e tecnologia contribuiscono a rimuovere chiamano spesso in campo altri elementi del giuridico, talvolta fondamentali o presupposti, il cui cambiamento non è altrettanto semplice e la cui forza si può riaffermare anche nei confronti dei fattori esogeni che ne hanno, per così dire, richiamato la specifica pertinenza. Si apre, così, un dialogo, che nell'ammettere la legittimazione della scienza e della tecnologia, ne definisce lo statuto all'interno dell'esperienza giuridica, limitandone e conformandone l'operatività in funzione del ristabilimento della realtà dell'ordinamento su di un piano più alto. Restando sempre fedeli all'esemplificazione di partenza, risulta pacifico che l'adeguamento interpretativo sul regime della responsabilità aquiliana comporta (e a sua volta si fonda su) una revisione dell'approccio del soggetto giuridico ad alcuni principi irrinunciabili, quale quello personalista, di cui all'art. 2 Cost., che, a sua volta, entra in dialogo (o, meglio, in bilanciamento) con altri principi, come quello di laicità e quello che esige che i pubblici poteri riconoscano e proteggano la libertà della scienza. La giuridificazione della bioetica, per questa via, porta, sul piano superiore dei principi costituzionali, anche ad una nuova giuridificazione della scienza.

Un altro elemento che occorre tenere preliminarmente in considerazione – e che non può essere in alcun modo sottovalutato, in quanto in tale frangente si atteggia in modo assai più profondo di quanto non avvenga con riguardo ad altre materie, contribuendo a rafforzare e a connotare i modi e i tempi della giuridificazione – è il fatto che le innovazioni in parola traggano sempre ampi spunti dal e nel diritto comparato, e ciò accade non solo per la naturale propensione a comprendere se e come altre esperienze giuridiche abbiano o meno già reagito agli effetti della rimozione dei condizionamenti scientifici e tecnologici, bensì anche per il fatto che questi condizionamenti, ormai, si pongono spesso in modo uguale in tutti gli ordinamenti (Casonato, 2014: 179).

Sicché, se vi sono state già risposte giuridiche, esse non possono che circolare molto più facilmente di quanto non avvenga in altri contesti, unitamente alla circolazione del dato scientifico e tecnologico. La succitata e rinnovata tassonomia (*wrongful life, wrongful birth*) con la quale oggi si tende a classificare la 'famiglia' delle fattispecie cui appartiene anche quella su cui si era espresso Carnelutti altro non è se non la riprova tangibile dell'esistenza di un acceso dibattito anche in altri paesi<sup>4</sup>. Ma non è solo il dibattito ciò che conta: le scelte che gli ordinamenti fanno, caso per caso, innescano un fenomeno di vera e propria competizione tra i rispettivi 'diritti', con ricadute non indifferenti sul modo con cui, a valle, ogni ordinamento tende a ri-adequare la propria legislazione<sup>5</sup>. Gli effetti, dunque, che questa giuridificazione comporta, dalla bioetica al biodiritto, sembrano avere una indubbia portata sistematica, non solo perché coinvolgono le radici prime dell'ordinamento (costitu-

zionale), ma anche perché sono fornite di strumenti di penetrazione dichiaratamente senza confini.

## 2. *Le rotte della giuridificazione*

Se è vero che la bioetica transita in biodiritto per effetto di un'osmosi molto originale, così come causata dalla giuridificazione (più o meno lenta) di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati, occorre cercare di individuare quali possano essere le vie di questo procedimento, i modi, cioè, con i quali l'ordinamento giuridico ha riconosciuto e continua a riconoscere la rilevanza giuridica di aspirazioni e di conflitti prima non tracciati nel contesto della normatività.

### 2.1 *Vecchi strumenti, risultati nuovi*

In alcuni casi la via maestra per ottenere un adeguamento dell'ordinamento a istanze nuove è quella dell'intervento legislativo *ad hoc*, che, come tale, risolve ogni questione di giuridificazione nell'assunzione previa della regola giuridica formale più classica dello Stato moderno. Sono questi i casi, ad esempio, della l. 22.05.1978, n. 194, in materia di aborto, ovvero della l. 29.12.1993, n. 578, circa la definizione normativa della morte cerebrale, ovvero, ancora, del d.l. 17.02.1998, n. 23 (conv. in l. 08.04.1998, n. 94), sul c.d. 'caso Di Bella', della l. 19.02.2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, o del d.l. 25.03.2013, n. 24 (conv. in l. 23.05.2013, n. 57), sul c.d. 'caso Stamina'.

Occorre dire subito, tuttavia, che questi interventi sono quasi sempre un effetto indotto dall'attivazione di altre e diverse vie della giuridificazione, ossia di canali capaci di veicolare più rapidamente l'istanza pubblica di riconoscimento e di decisione. D'altra parte, di regola, la formulazione legislativa di norme generali e astratte cede intrinsecamente il passo di fronte alla circostanza che quella stessa formulazione si risolve in un'operazione di tipizzazione, ossia nella selezione di caratteri già ricorrenti in determinati fatti, che esigono, quasi per definizione, di essere in qualche modo già dati, e che possono, in futuro, ripetersi come non accadere più (sul processo di astrazione che il legislatore compie e sulla creazione, da parte dello stesso, di concetti che sono dichiaratamente non reali, Romano, 1953: 208). Si è detto, invece, che le fattispecie bisognose di risposta giuridica possono essere anche 'scoperte' al di fuori delle previsioni legislative, proprio in forza dell'evoluzione del substrato scientifico e tecnologico, che rende afferrabili possibilità prima inconcepibili.

Pertanto, in un primo ed essenziale approccio, gli interpreti e gli operatori tendono a veicolare la giuridificazione della bioetica attraverso un rinnovato

utilizzo di tecniche ricostruttive o istituti o principi già esistenti, che vengono in tal modo riletti in una prospettiva diversa, mediante, ad esempio, il ricorso all'interpretazione *secundum Constitutionem* nella definizione del significato di clausole generali ovvero all'estensione del valore semantico di alcune categorie (diritto soggettivo, capacità giuridica, danno, ecc.).

La vicenda, già ricordata, del riconoscimento di alcune pretese per il risarcimento del danno da *wrongful life* o da *wrongful birth* si inserisce pienamente in questa dinamica. A tal proposito, nelle evoluzioni più recenti delle letture giurisprudenziali, l'interpretazione costituzionalmente orientata si è rivelata un potente strumento per mettere ordine nell'individuazione dei beni giuridici illecitamente lesi. Per il caso di omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata, la Cassazione, da un lato, ha negato che nel nostro ordinamento esista un 'diritto a non nascere' o un 'diritto a nascere sani', dall'altro, però, ha affermato l'esistenza del diritto del figlio nato malformato ad agire in via risarcitoria per riparare al vulnus consistente nello «stato funzionale di infermità» (invocando gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.) e ha ribadito che pari legittimazione hanno i genitori (e così anche i fratelli e le sorelle del neonato, che sarebbero coinvolti nello stato di sofferenza dell'intera famiglia, anche in termini di minore disponibilità del padre e della madre nei loro confronti, anche dal punto di vista economico) (Conte, 2015: 261)<sup>6</sup>. Ma la vicenda in questione ha condotto ad un'altra forma di mutazione: proprio a fronte della circostanza che la scienza e la tecnologia (e la conoscenza) di cui dispone il medico sono determinanti per comprendere chi sia il vero *dominus* (della prevedibilità e del 'governo') dei fattori di rischio, la giurisprudenza ha spostato i termini dell'illecito dalla sede aquiliana a quella contrattuale (mediante il riferimento alla nota teoria del contatto sociale), facilitando, così, l'esercizio delle pretese risarcitorie in capo ai soggetti danneggiati, ritenuti più deboli<sup>7</sup>.

Analoghe operazioni sono state svolte in sede giurisprudenziale anche per formulare alcuni rilievi critici sull'adeguatezza del regime normativo esistente, nel tentativo di agevolarne espressamente o di darne autonomamente una nuova interpretazione, maggiormente proporzionata alle sopravvenute esigenze, talvolta richiedendo un'attivazione in tal senso del legislatore, talaltra agendo immediatamente. Il famoso caso Welby e l'altrettanto discusso caso Englaro sono buoni esempi di questo *modus procedendi*.

Per quanto riguarda il caso Welby, in sede civile, e pur nel contesto di una pronuncia che negava, in sede cautelare, l'autorizzazione a 'staccare la spina' rispetto a trattamenti sanitari che tenevano in vita un uomo gravemente malato di una patologia non considerata, tuttavia, come terminale, il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'esistenza, nell'ordinamento giuridico, del diritto della persona «di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un deter-

minato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi»<sup>8</sup>, richiamando, però, il Parlamento alla propria responsabilità di intervenire, giacché «solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)»<sup>9</sup>.

Come è noto, invece, diversa soluzione è stata quella seguita nel caso Englaro<sup>10</sup>, che però si distingueva per la circostanza che si trattava di un malato da molti anni in stato vegetativo e incapace di esprimersi direttamente e coscientemente: qui il giudice ordinario ha assunto una decisione diversa, creando una regola *ad hoc*, mediante l'affermazione di principi che cercano chiaramente di mediare tra l'esigenza di ricostruire fedelmente la volontà del malato e la necessità di dare ascolto alle acquisizioni (anche internazionali) della scienza medica circa la reversibilità o meno dei trattamenti sanitari in corso<sup>11</sup>. Come è parimenti noto, e come si vedrà anche *infra*<sup>12</sup>, la Corte costituzionale ha riconosciuto il potere del giudice di dare attuazione a tali principi anche a fronte della pretesa del potere legislativo di occuparsene in modo primario<sup>13</sup>, e il Consiglio di Stato, più recentemente, ha fatto esplicitamente emergere l'importanza, nella decisione di 'fine vita' presa in quel caso, delle valutazioni *stricto sensu* mediche, qualificando come tale – e quindi come rinunciabile dal paziente ex art. 32 Cost. – anche la decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiali<sup>14</sup>.

Lo stesso caso Welby, peraltro, in sede penale, ha portato a soluzioni metodologiche sostanzialmente simili<sup>15</sup>, con attrazione espressa, nella sfera del giuridicamente rilevante, delle valutazioni che la scienza medica deve effettuare sul piano della disciplina deontologica: il medico che ha concretamente 'staccato la spina', infatti, è stato assolto dall'accusa di omicidio del consenziente, e ciò in ragione di una ricostruzione costituzionalmente orientata della scriminante di cui all'art. 51 c.p. («Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere»), con l'effetto, quindi, di non considerare punibile il medico che adempie al suo specifico dovere di dare seguito alle richieste del malato, ivi compresa quella di rifiutare le terapie come desunta dall'art. 32 Cost.<sup>16</sup>

L'utilizzo di 'vecchi' e consolidati strumenti per raggiungere risultati 'nuovi' e per attivare un articolato circuito istituzionale di riconoscimento e produzione normativi e decisionali è stata anche prerogativa del giudice amministrativo. A tal proposito va rammentata la pronuncia con cui il TAR Lazio ha statu-

ito sulle Linee guida (d.m. 21.07.2004) di cui alla disciplina dettata dalla l. n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita<sup>17</sup>.

In quella sede il giudice amministrativo, pur se in un primo momento si era lasciato orientare dall'acquisizione del ruolo essenziale del legislatore e del diritto *tout court*, cui sempre compete di stabilire regole che non devono inevitabilmente seguire le acquisizioni del dibattito scientifico<sup>18</sup>, ha in seguito valorizzato proprio la prevalenza della fonte primaria e ha così utilizzato il tipico e tradizionale sindacato sull'eccesso di potere al fine di valutare l'irragionevolezza del precetto, contenuto nelle Linee guida, approvate dall'amministrazione e non situate nella legge, secondo cui l'unica possibilità di indagare sullo stato di salute dell'embrione prima dell'impianto era quella relativa alla sua mera osservazione, risultando incomprensibilmente negata la diagnosi<sup>19</sup>. Un'impostazione simile è stata seguita anche dal TAR Lombardia nell'ipotesi in cui ha dichiarato l'illegittimità delle Linee guida dettate dalla Regione Lombardia in ordine all'applicabilità concreta, nelle strutture sanitarie regionali, della disciplina nazionale in tema di aborto<sup>20</sup>: oltre alla valorizzazione del carattere non territorialmente differenziabile delle norme poste dalla l. n. 194/1978, il giudice amministrativo ha anche opportunamente evidenziato che «gli operatori devono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunte nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse»<sup>21</sup>.

## 2.2 *Dall'esterno all'interno: il ruolo della dimensione internazionale*

Nel processo di riconduzione al fenomeno giuridico di realtà scientificamente e tecnologicamente connotate, è possibile individuare un ruolo normativo diretto della dimensione internazionale. Questa tendenza rappresenta una geminazione del più generale processo di integrazione tra ordinamenti, fonti e istituzioni che contraddistingue – seppur in maniera differenziata – la relazione tra livello nazionale, europeo-sovranzionale e internazionale (Ruggeri, 2013: 12).

A livello internazionale, il processo di giuridificazione del fenomeno bioetico e delle attività di natura medico-scientifica tende ad assumere natura giuridica 'debole', che esso si esprima attraverso fonti di *hard law* o per mezzo di atti di *soft law* (Campiglio, 2010: 609). Questa tendenza, tipica degli strumenti di diritto internazionale, tende a radicalizzarsi quando si manifesti in relazione a fenomeni dall'elevato tasso di politicità, dovuto alla natura eticamente sensibile e scientificamente complessa dell'oggetto di intervento (Palmerini, 2008: 276, sottolinea che «all'esigenza avvertita di introdurre regole a livello internazionale fanno da contrappunto i limiti intrinseci a tale forma di intervento giuridico»).



In questi casi, la capacità conformativa degli strumenti di diritto internazionale risulta debole, a causa della natura degli atti e dei contenuti 'di principio' in essi espressi, delegando ai legislatori nazionali tanto l'*an*, quanto il *quomodo*, della effettiva attuazione dei medesimi, secondo un meccanismo tipico del diritto internazionale dei diritti umani (Marini, 2012).

Gli Stati, quindi, in particolare nel contesto bioetico, tendono ad attribuire alle fonti internazionali una funzione tendenzialmente declaratoria, predisponendo strumenti dall'elevato contenuto valoriale ma dalla portata scarsamente vincolante, al fine di riservare al livello nazionale un'ampia discrezionalità nella (eventuale, e tendenzialmente non sanzionata) attuazione interna (Pavone, 2009: 16). Tuttavia, questa dinamica tendente a comprimere la portata formalmente normativa di questi strumenti, a tutto vantaggio di una giuridificazione da condursi secondo tempi, modalità e contenuti definiti con ampio margine di discrezionalità a livello nazionale, non risulta esente da una sorta di 'eterogenesi dei fini'. Ciò può esprimersi attraverso un 'recupero' di normatività dello strumento internazionale, il quale avviene prevalentemente a livello giurisprudenziale, in modo diretto o indiretto.

Al fine di chiarire lo schema proposto, appare opportuno approfondirne i contenuti specifici, anche attraverso casi concreti, nei quali – per quanto riguarda l'ordinamento italiano – tale influenza si manifesti, in via diretta o mediata, attraverso la funzione giurisdizionale.

### *2.2.1 Influenza diretta delle 'spinte' internazionali: il ruolo delle corti internazionali*

La possibilità per la dimensione giuridica internazionale di produrre una influenza diretta sugli ordinamenti nazionali in tale ambito è correlata alla sussistenza di una precondizione: la natura della fonte che viene in rilievo – vincolante o non vincolante (*soft*) – e la struttura giuridico-istituzionale alla quale, aldilà dei contenuti sostanziali del documento (carta, convenzione, trattato), viene ricondotta la possibilità di valutare – anche in termini prescrittivi eventualmente sanzionatori – l'effettiva attuazione da parte degli stati contraenti. In questo senso, l'influenza diretta richiede – nella integrazione tra sistemi di fonti e sistemi di istituzioni e poteri – la predisposizione, a livello internazionale, di meccanismi giurisdizionali, ai quali sia attribuita la funzione di garantire l'osservanza dello strumento e di sanzionare l'eventuale violazione del medesimo.

L'esempio tipico di questa dinamica è rappresentato dal sistema di protezione dei diritti fondamentali predisposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il quale – in quanto garantito da un meccanismo giurisdizionale vincolante per gli stati membri – costituisce un canale privilegiato di conformazione (nonché di imposizione) del processo di giuridificazione a livello nazionale.

Come evidenziato in dottrina (Murphy, Ó Cuinn, 2010: 601)<sup>22</sup>, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è venuta, quantomeno a partire dagli ultimi due decenni, ad essere sistematicamente 'coinvolta' nella e dalla dimensione bioetica, in base ad una applicazione estensiva (teleologicamente orientata) del contenuto dei diritti garantiti dalla CEDU a questioni relative all'ambito biomedico. Pertanto, è possibile affermare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rappresenta un canale privilegiato di influenza diretta sul processo di giuridificazione a livello nazionale. Questo dato è rafforzato e confermato dalla idoneità delle decisioni della Corte di produrre una influenza diretta, non solo in forza degli effetti prodotti dalla natura vincolante delle sue decisioni, ma anche – 'a cascata' – sull'esercizio della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale (vedi *infra*).

L'applicazione in ambito bioetico dell'articolo 8 rappresenta un caso paradigmatico di progressiva estensione dell'ambito di protezione garantito dalla formula «diritto al rispetto della vita privata e familiare», connesso direttamente all'impatto del fattore tecnologico sull'assetto e la struttura normativa della disposizione (in prospettiva evolutiva e teleologicamente orientata; cfr. Tega, 2012: 182, secondo cui l'art. 8 «è diventato lo strumento per assicurare una tutela che non riguarda più esclusivamente l'intimità della vita privata, ma più in generale la protezione dell'autodeterminazione personale»).

La Corte europea dei diritti dell'uomo è venuta progressivamente ad estendere, avendone riconosciuto la natura aperta (Mowbray, 2005: 60), l'ambito di applicazione del concetto di vita privata e familiare. In questo processo sono rimaste coinvolte anche situazioni giuridiche connesse al fenomeno procreativo e, seppur secondo modalità e con esiti diversi rispetto al passaggio dalla affermazione della tutela al riconoscimento in concreto della violazione da parte dello Stato, anche del c.d. 'fine vita'. Per quanto riguarda la prima dimensione, una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto al diritto al rispetto della vita privata e familiare, quale gemmazione del diritto al pieno sviluppo della personalità quale nucleo essenziale di tale diritto (van Dijk, 2006: 66), il diritto alla procreazione (C. eur. dir. uomo, 10.04.2007, *Evans c. Regno Unito*), il diritto a diventare genitori genetici (C. eur. dir. uomo, 04.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*), nonché – più recentemente – il diritto a diventare genitori genetici, cui consegue il diritto ad avere accesso alle tecniche di PMA (C. eur. dir. uomo, 01.04.1010, *S. H. e altri c. Austria*, e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 03.11.2011, *S. H. e altri c. Austria*) e il relativo diritto di procreare un figlio che non sia affetto da malattie genetiche di cui i genitori siano portatori (C. eur. dir. uomo, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*; per un'approfondita analisi dei casi qui citati, Conti, 2014: 217). Questa giurisprudenza ha avuto un impatto diretto anche a livello nazionale, secondo dinamiche sulle quali ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

### *2.2.2 Influenza indiretta delle 'spinte' internazionali: norme e principi di derivazione internazionale quali parametri di giudizio o quali ausili/strumenti ermeneutici*

L'influenza si configura in modo indiretto nel caso in cui l'utilizzo di norme e principi di derivazione internazionale vengano assunti dagli organi giurisdizionali nazionali o quali parametri di giudizio (del caso concreto o della norma di legge, in riferimento alla giustizia costituzionale) o – in forma mediata e temperata – quali strumenti ermeneutici all'interno del processo argomentativo.

Un esempio di utilizzo della fonte internazionale come ausilio ermeneutico è rappresentato dalla giurisprudenza in materia di fine vita. Nella citata sentenza n. 21748/2007 (caso Englaro), la Corte di cassazione, posta di fronte all'ammissibilità della richiesta da parte del tutore di interrompere i trattamenti di sostegno vitale (idratazione e alimentazione artificiale) di una donna in stato vegetativo permanente, ha utilizzato, a fronte di una lacuna legislativa in materia, anche la Convenzione di Oviedo (04.04.1997), quale elemento normativo a supporto del riconoscimento, assieme a principi costituzionali, legislativi, deontologici e giurisprudenziali, del diritto al consenso e al rifiuto dei trattamenti sanitari. La Corte ne ha riconosciuto – pur a fronte del mancato perfezionamento della procedura di ratifica (Casonato, 2012: 148) – una funzione di ausilio interpretativo. Infatti, secondo la Cassazione, «all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo». Pertanto, prosegue la Corte, «esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme».

I contenuti della Convenzione trovano ingresso nell'ordinamento, attraverso la giurisprudenza, in funzione integratrice delle fonti interne, secondo un approccio al quale sembra aderire anche la Corte costituzionale. Da ultimo nella sentenza n. 162/2014, la Corte costituzionale ha implicitamente qualificato i principi contenuti nella citata Convenzione come «obblighi derivanti da atti internazionali» (n. 5 considerato in diritto; cfr. anche C. cost. 28.01.2005, nn. 45 e 49; C. cost., 23.12.2008, n. 438; sul punto, Palombino, 2011: 4811).

Come anticipato, le fonti internazionali vengono utilizzate dalla giurisprudenza anche in una diversa accezione: quale parametro di giudizio, da parte tanto della giustizia ordinaria quanto costituzionale.

Un caso paradigmatico è rappresentato dalla disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, disciplinate dalla l. n. 40/2004. La legge è stata oggetto di una sostanziale «riscrittura» (Ferrando, 2011: 517-524; Dolcini, 2011: 428) da parte della giurisprudenza ordinaria e costituzionale e, all'inter-

no di questo processo di ridefinizione giurisprudenziale dei contenuti normativi della legge, i principi derivati dalla giurisprudenza internazionale hanno svolto un ruolo rilevante. Non potendo presentare in modo sistematico questo aspetto, appare comunque opportuno fare riferimento al ruolo svolto dalla sentenza *Costa e Pavan c. Italia* all'interno dell'ordinamento italiano. In questa sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato l'incompatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto di diagnosi preimpianto ricavabile dall'insieme della l. 40/2004, in base ad una sua incoerenza rispetto all'ordinamento (Nardocci, 2013; Malfatti, 2012; Repetto, 2013: 143). Il principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato immediatamente recepito e applicato dalla giustizia ordinaria italiana, la quale – forzando lo schema proposto dalla Corte costituzionale del rapporto tra CEDU e ordinamento interno – ha proposto una disapplicazione della norma interna, in quanto incompatibile con le norme CEDU, come interpretate dalla Corte<sup>23</sup>.

Questo caso dimostra – come rilevato in dottrina – come, a prescindere dalle soluzioni concretamente adottate dai giudici nazionali (cfr. anche l'applicazione della sentenza *S.H. e altri c. Austria*), «il “filo” del principio di diritto EDU entri [...] a fare prepotentemente parte dell'ordito intergiurisprudenziale in tema di vita nascente» (Agosta, 2015: 23).

Analogo approccio, seppur caratterizzato da un andamento giurisprudenziale meno univoco, sembra delinearci in tema di determinazione della filiazione a seguito di intervento di surrogazione di maternità eseguito all'estero. In questo ambito, recentemente, il Tribunale di Varese (08.10.2014) è venuto discostandosi da una (di poco precedente) pronuncia della Corte di cassazione utilizzando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (26.06.2014, *Mennesson c. Francia*) quale elemento ermeneutico decisivo al fine di determinare il contenuto del principio del *best interest of the child*. Più precisamente, il Tribunale propone una applicazione diretta del principio di diritto enunciato dalla corte internazionale, richiamando – quale fondamento giuridico del proprio approccio – la giurisprudenza costituzionale, la quale considera un «onere del giudice interno, in quanto giudice comune della Convenzione, applicare le norme relative allo strumento internazionale in coerenza con gli asserti ermeneutici offerti direttamente dalla Corte di Strasburgo»<sup>24</sup>.

Appare possibile concludere sul punto che, in ambito bioetico, la capacità conformativa dei principi ricavati dal sistema CEDU sembra assumere una portata particolarmente incisiva e 'forte', potendo condurre i giudici ordinari a soluzioni interpretative che possono rendere difficile distinguere chiaramente tra interpretazione conforme alla CEDU e sostanziale disapplicazione della norma interna per contrasto con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In tal senso, occorre sottolineare l'apparentemente cauto ap-

proccio della Corte costituzionale, la quale – nelle sentenze nelle quali i giudici ordinari hanno proposto norme CEDU quali parametri di legittimità aventi ad oggetto leggi a contenuto bioetico (l. n. 40/2004) – tende a privilegiare l'utilizzo, in prima battuta, di parametri 'interni' rispetto a quelli derivanti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>, giungendo – come nel caso della questione relativa al matrimonio tra persone dello stesso sesso (C. cost., 15.04.2010, n. 138) – a depotenziarne la portata attraverso il riferimento al principio del *consensus* tra gli Stati. Questa tendenza appare confermata anche da quei casi in cui, pur riconoscendo la rilevanza in termini argomentativi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ne sembra limitare la portata in termini di ausilio rafforzativo all'interno di un giudizio che trova in parametri diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., la base costituzionale della dichiarazione di illegittimità (C. cost., 22.11.2013, n. 278; v. anche C. eur. dir. uomo, 25.09.2012, *Godelli c. Italia*).

Da questa breve disamina, appare evidente come le spinte derivanti dall'esterno dell'ordinamento italiano rappresentino un elemento rilevante, in alcuni casi decisivo, all'interno del processo di giuridificazione del fenomeno bioetico, evidenziando in particolare che: le tipiche dinamiche dei rapporti tra livello nazionale e livelli sovranazionali subiscono, quando trovano applicazione nel contesto bioetico, un processo integrativo incrementale; l'influenza della dimensione sovranazionale tende, pur alla luce di un principio generale che riconosce al legislatore nazionale un margine di apprezzamento tendenzialmente ampio, a esprimersi in modo più determinante rispetto all'aumentare della complessità tecnica dell'oggetto di regolazione; infine, il formante giurisprudenziale sembra porsi, quantomeno nell'ordinamento italiano, quale canale privilegiato di manifestazione di questa influenza.

### *2.3 Dal diritto positivo tradizionale a nuove forme di regolazione: il rinnovato ruolo del legislatore nel processo di giuridificazione alla luce della giurisprudenza costituzionale*

Il processo di giuridificazione del fenomeno bioetico tende ad assumere una specificità che riguarda la tendenza diffusa ad utilizzare modalità regolative (regole deontologiche, linee guida, protocolli, norme tecniche ecc.) diverse da quelle tradizionali. Per descrivere questa dimensione, in dottrina si è utilizzato il concetto di «co-partecipazione»<sup>26</sup> tra strumenti differenziati all'esercizio della funzione normativa e, in termini più generali, alla realizzazione del disegno pluralista costituzionale. Un intervento legislativo configurato in modo tale da riconoscere un adeguato spazio alla autonomia decisionale dei soggetti coinvolti (medico, pazienti, ricercatori) e una copertura scientifica alle decisioni di natura poli-

tico-discrezionale assunte risulta funzionale a soddisfare l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti<sup>27</sup>.

In questa prospettiva, la giuridificazione della bioetica sembra venire 'coinvolta' nel processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico<sup>28</sup>: il fenomeno bioetico, infatti, «non costituisce più solo la materia oggetto di regolamentazione giuridica, ma è anche fattore di determinazione e di rinnovamento del diritto» (D'Amico, 2004: 261). Tanto che si è giunti ad affermare – sulla scorta di solide basi derivanti dalla giurisprudenza costituzionale (Veronesi, 2011: 138, il quale definisce «scienza, tecnologia e coscienza sociale» come «“motori” dell'interpretazione costituzionale») – che il sistema giuridico è destinato a entrare in relazione «non al dettato della Costituzione, bensì [...] al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza» (D'Amico, 2004: 262).

Dalla dinamica 'diritto (Costituzione)-scienza', la cui esatta qualificazione ha provocato diversi approcci in dottrina<sup>29</sup>, non è esclusa la tradizionale configurazione delle fonti del diritto, sia in termini di 'sistema' – nel senso di prevedere l'ingresso di strumenti normativi extra-legislativi e financo extra-giuridici – sia in termini di modalità e forme di esercizio della funzione legislativa. Tale aspetto risulta determinante al fine di definire i caratteri della giuridificazione in tale ambito.

Dalla giurisprudenza costituzionale è desumibile il principio della pluralità degli strumenti di regolazione della realtà tecnico-scientifica. In particolare – ma non esclusivamente – in ambito medico-sanitario, la fonte legislativa non è lo strumento esclusivo di tutela degli interessi coinvolti, in quanto ad essa si accompagnano altri strumenti normativi (la fonte deontologica, il formante tecnico-scientifico, la fonte giurisprudenziale; *ex plurimis*, C. cost., 26.02.2002, n. 282; C. cost., 01.04.2009, n. 151).

La Corte costituzionale ha stabilito in modo reiterato che «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni». Infatti, secondo la Corte, «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (C. cost., n. 282/2002).

Secondo la Corte costituzionale, infatti, «sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie»; tuttavia, «un intervento sul merito

delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici» (cfr. C. cost., 20.05.1998, n. 185); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (C. cost., n. 282/2002).

Il legislatore deve pertanto rispettare uno spazio normativo riservato a istanze extra-giuridiche – individuate di volta in volta in organismi tecnico-scientifici espressione della comunità di riferimento<sup>30</sup>, in professionisti (medici, ricercatori) coinvolti o soggetti istituzionali dotati di specifica competenza (autorità indipendenti; agenzie; commissioni) – in base ad un principio di sussidiarietà della fonte legislativa<sup>31</sup>, il cui intervento è residuale rispetto all'autonomia professionale e soggetto all'inveramento di determinate condizioni.

La Corte costituzionale sembra quindi prevedere, e imporre al legislatore, un esercizio scientificamente orientato della discrezionalità legislativa, non solo in tutti quei casi in cui l'intervento abbia ad oggetto metodi terapeutici. Questo approccio tende ad assumere portata generale rispetto alla regolazione di attività connesse al fenomeno scientifico-tecnologico. La dottrina si è opportunamente riferita a questa opzione in termini di «decisione «modello»», in quanto conterrebbe «una sorta di *guide-line* degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica» (D'Aloia, 2011: 19).

Dalla giurisprudenza costituzionale emergerebbe quindi «un duplice limite al potere legislativo: in primo luogo, l'obbligo di conformarsi alle acquisizioni della scienza [...]»; in secondo luogo, l'obbligo di riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze medico-scientifiche, del singolo caso»» (Pin, 2012: 325). Appare condivisibile la lettura di chi ritiene che la Corte, in questo modo, abbia voluto affermare che «è proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la “discrezionalità politica”, ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici» (Bin, 2006: 9), in base ad un principio che sembra esprimere una forza connotativa dei limiti e delle modalità di esercizio del potere legislativo che la Corte ha progressivamente rafforzato in termini di scrutinio e applicato anche ad ambiti diversi da quello strettamente medico-sanitario<sup>32</sup>.

In dottrina, è stato sostenuto che, in questo modo, è stata riconosciuta «una sfera di attività terapeutica garantita nei confronti del legislatore con il riconoscimento in capo ad istituzioni scientifiche ed a medici di un potere di valutazione tecnica che non può essere vanificato dalla legge» (Gemma, 2006: 59).

Sembra delinearsi una «competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate, e nel rispetto delle regole di *deontologia professionale* [...], a svolgere *l'attività funzionale alla salute-curativa*, ma anche *preventiva e riabilitativa*» (Gemma, 2006: 65).

Al fine di chiarire questo aspetto, il confronto tra disciplina della interruzione volontaria della gravidanza e della PMA può risultare particolarmente significativo (Veronesi, 2009a).

Infatti, da un lato, la legge n. 194/1978, se letta alla luce dei principi enunciati dalla Corte costituzionale a partire dalla citata sentenza n. 282/2002, sembra offrirne una attuazione ragionevole ed adeguata, in qualche modo anticipandone l'approccio.

In relazione alla questione della determinazione del termine temporale entro il quale presumere la capacità di vita autonoma del feto, condizione alla quale è condizionata la possibilità di interrompere la gravidanza successivamente al primo trimestre, la l. n. 194/1978 prevede che «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto» (art. 7, comma 3). Il legislatore ha individuato pertanto un criterio scientificamente indeterminato – «la possibilità di vita autonoma del feto» – al fine di determinare quei casi in cui l'interruzione della gravidanza possa avvenire esclusivamente «quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna» (art. 6, comma 1, lett. a).

Questa scelta esprime la «chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori»<sup>33</sup>. In questo caso, secondo la lettura proposta dal TAR Lombardia<sup>34</sup>, il legislatore ha consapevolmente riservato l'accertamento della sussistenza della condizione al medico responsabile del trattamento<sup>35</sup>, in base ad una «chiara decisione [...] di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali [...] debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate».

Dall'altro lato, la l. n. 40/2004 in materia di PMA rappresenta un esempio di totale chiusura dell'impianto normativo al riconoscimento di uno spazio decisionale riservato alla autonomia professionale del medico o, eventualmente, al potere normativo di soggetti dotati di specifiche competenze tecnico-scientifiche; approccio, quello assunto dal legislatore nei confronti dei dati medico-scientifici e dei professionisti coinvolti nell'applicazione delle tecniche, che non si è risolto in termini meramente fattuali, ma ha prodotto effetti in termini di legittimità dello strumento legislativo. A conferma della natura normativa dei principi enunciati,



ciò ha comportato la dichiarazione di incostituzionalità di quelle disposizioni della legge, le quali si ponevano in particolare contrasto con l'esigenza appena enunciata (C. cost., nn. 151/2009; 162/2014). Nelle sentenze citate, la Corte ha ribadito l'esistenza di «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», dai quali deriva l'esigenza che il legislatore riconosca al medico «la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento» (sent. n. 151/2009): ciò non è avvenuto, ad esempio, nel caso dell'art. 14 della legge, la cui versione originaria, prevedendo il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre e l'obbligo di unico e contemporaneo impianto, impediva al medico di esercitare autonomamente la propria valutazione professionale, al fine dell'individuazione «di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Il legislatore è legittimato a esercitare il proprio potere normativo rispetto a «temi eticamente sensibili»<sup>36</sup>, secondo il lessico utilizzato nella sentenza, ma alla Corte non è preclusa una attività di scrutinio relativa alle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa, secondo una linea di continuità argomentativa con la precedente giurisprudenza in materia<sup>37</sup>.

Se le valutazioni connesse all'adeguatezza delle tecniche e alla definizione delle patologie sono riservate alla scienza medica, la verifica della compatibilità con interessi di pari rango appartiene al legislatore, il quale deve però operare nel rispetto di quanto sancito reiteratamente dalla giurisprudenza costituzionale. In caso contrario, la mancata integrazione di questa condizione da parte del legislatore priva di copertura scientifica la disposizione legislativa, derivandone l'illegittimità in termini di ragionevolezza e di tutela del diritto alla salute delle persone coinvolte (Penasa, 2015: 421; Violini, 2014: 10).

Pertanto, la legittimità dell'intervento legislativo, che può risultare necessario al fine di tutelare interessi costituzionali, è comunque presa in considerazione dalla giurisprudenza costituzionale, sulla base di un vero e proprio «giudizio di scientificità» (Gemma, 2006: 37), nel quale la Corte costituzionale valuta il rispetto da parte del legislatore dei «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, sulle quali si fonda l'arte medica»<sup>38</sup>.

### *3. Le tendenze della giuridificazione*

Da quanto è stato anticipato, appare evidente che le forme e i canali della giuridificazione in ambito bioetico tendono a distinguersi, aumentando anche la criticità dal punto di vista della legittimità costituzionale, dalle tradizio-

nali forme e luoghi di produzione normativa. Pertanto, appare opportuno procedere a una sistematizzazione delle più rilevanti linee di sviluppo della giuridificazione in questa materia.

### *3.1 L'esistenza di una pluralità di attori capaci di produrre regole concretamente condizionanti (indipendentemente dal loro statuto giuridico)*

La produzione normativa avente ad oggetto questioni di natura bioetica evidenzia una tendenza che sembra tipica anche di altri ambiti di intervento giuridico: l'elemento della pluralità di fonti e soggetti che partecipano al processo di definizione e attuazione delle regole in un determinato contesto<sup>39</sup>. Come evidenziato, dalla giurisprudenza costituzionale si può ricavare il principio in base al quale il legislatore non rappresenta il soggetto esclusivo di produzione normativa, in particolare quando la specificità dell'oggetto dell'intervento regolativo richieda l'integrazione con altri strumenti normativi e soggetti istituzionali, la cui 'collaborazione' al processo normativo risulta condizione necessaria al fine di garantire la legittimità dell'intervento (si è utilizzato in altra sede il concetto di «ragionevolezza scientifica» delle leggi, Penasa, 2009: 817). In quanto si riconosca la necessità di garantire un sistema normativo integrato, al legislatore sembra residuare la scelta tra 'governare' questo processo, esercitando la propria funzione al fine di assicurare una coesistenza fisiologica tra fonti e soggetti che segua le linee di indirizzo definite preventivamente a livello legislativo, anche in funzione legittimante l'azione normativa di soggetti non legittimati democraticamente (autorità, agenzie, organismi tecnico-scientifici); o, al contrario, 'subire' queste dinamiche integrative, le quali, se escluse dal circuito democratico-rappresentativo di produzione normativa, tendono (inevitabilmente) ad imporsi a livello giurisprudenziale.

In questo secondo caso, però, i «costi normativi» (Bin, 1988: 281; cfr. C. cost., 10.05.1984, n. 141) in termini di coerenza dell'ordinamento giuridico e di lesione dei diritti delle persone coinvolte tendono ad aumentare, in quanto la partecipazione al processo di produzione normativa da parte di istanze diverse da quella legislativa deve rappresentare un elemento complementare e non completamente sostitutivo-surrogatorio delle sedi e forme tipiche della produzione giuridica.

Inevitabilmente, tale recupero a livello giurisprudenziale fornisce, nel caso concreto, una tutela rimediabile delle posizioni giuridiche e, a livello sistematico, assicura un bilanciamento che non potrà mai essere stabile e uniforme come quello garantito dalla fonte legislativa, nel caso in cui la disposizione venga approvata mediante procedure che assicurino una tendenziale adeguatezza (non solo costituzionale, ma anche scientifica) della legge (Bin, 2013: 73)<sup>40</sup>.

L'aumento di costi normativi è dovuto anche alla assenza di meccanismi di raccordo tra istanza politica e istanza tecnica, che possono assicurare la tendenziale adeguatezza (o, eventualmente, adeguabilità) e flessibilità dell'impianto legislativo. La natura esclusivamente politica delle scelte legislative, se risulta in linea con la esigenza di assicurare un elevato livello di legittimazione democratico-popolare in ambiti eticamente sensibili, determina una eccessiva rigidità dei contenuti legislativi, i quali risultano non solo difficilmente compatibili con il contesto costituzionale, ma anche inadeguati, anche a causa della carenza di fondamento scientifico, a raggiungere le finalità enunciate dalla legge.

In un sistema normativo integrato, pur riconoscendo la fonte legislativa come perno del sistema, emergono – e vengono dal legislatore espressamente riconosciuti e legittimati – strumenti di disciplina complementari che sono espressione diretta o indiretta del contesto medico-scientifico. Il riferimento in questo caso non si rivolge alla tradizionale relazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale, quanto alla emersione di strumenti e sedi di regolazione (*authorities*; agenzie; commissioni) che vengono a porsi in posizione intermedia rispetto a esse, delle quali tendono ad assumere alcune delle caratteristiche tipiche.

In dottrina è stato in tal senso evidenziato che «le autorità indipendenti potrebbero rappresentare le continuatrici dell'opera di supplenza che hanno svolto, a livello pretorio, i giudici, allorquando si è più intensamente manifestato il divario tra norma e realtà sociale» (Manetti, 1994: 218). Nel caso qui analizzato, la funzione di supplenza non assume natura rimediale-patologica, ma viene affermata e legittimata direttamente dal legislatore, riposizionando l'intervento dell'istanza tecnica ad un livello regolativo-fisiologico che 'anticipa' la conflittualità prodotta dalla norma attraverso una azione integratrice della legge, elevando il livello di prevedibilità, certezza ed effettività della tutela. In termini costituzionalistici, può essere considerato un meccanismo di inveramento della natura sostanziale della rigidità costituzionale intesa quale funzione di inclusione della pluralità e di regolazione del conflitto sociale (Bin, 2007: 11-52).

Nella prospettiva qui assunta, la fonte legislativa viene integrata da sedi istituzionali extra-legislative, le quali concorrono alla determinazione della disciplina e della sua attuazione concreta, secondo uno schema che sembra richiamare la tecnica della «delega di bilanciamento in concreto» (Veronesi, 2009: 607-609). In questo caso, i destinatari della delega compiuta dal legislatore non sono i giudici, secondo la prospettiva originaria di questa teoria, ma soggetti istituzionali, dotati di poteri normativi, che si pongono, in funzione non rimediale, tra decisore politico (legislatore) e destinatari della disciplina (Nicodemo, 2002: 65).

L'inserimento di organismi tecnico-scientifici dotati di specifiche competenze e titolari di specifiche funzioni regolative può rappresentare la valvola giuridica che, pur tenendo conto delle criticità relative alla natura di queste (*ex plu-*

*rimis*, La Spina, Majone, 2000; Grasso, 2006), consenta un fisiologico rapporto tra istanze di regolazione autonome ed eteronome, potendo costituire un canale istituzionalizzato di raccordo e reciproca comunicazione tra ambito tecnico e ambito giuridico-legislativo (sul rapporto tra policentrismo normativo e pluralismo sociale v. Zagrebelsky, 2012: XI). Il legislatore, in questa prospettiva, resta comunque il soggetto istituzionale al quale spetta di regolare il flusso di attività normativa che viene trasferito dalla fonte legislativa ad altri strumenti di regolazione attraverso tali istanze tecniche.

### *3.2 (Apparente) svalutazione del ruolo del legislatore statale a vantaggio del ruolo delle corti (ordinarie e speciali)*

In questo quadro concettuale e normativo, l'integrazione della fonte legislativa ad opera di altri strumenti regolativi, anche eventualmente extra-giuridici (linee guida; regole deontologiche), a condizione che essa trovi fisiologica attuazione a partire dall'esercizio del potere legislativo, non conduce a una svalutazione del ruolo del legislatore, ma può contribuire – forse paradossalmente – ad aumentarne la capacità conformativa e la legittimità.

Infatti, l'attivazione di meccanismi di inclusione, finalizzati a dotare gli organi parlamentari di adeguati elementi conoscitivi e valutativi, può influire sulla legittimità (costituzionale) e sulla legittimazione (politica) della legge, in forza del riconoscimento della natura plurale delle forme di legittimazione delle scelte politico-discrezionali operate dal legislatore (Spadaro, 2009: 2007). La struttura aperta delle costituzioni contemporanee chiama il legislatore (ma non solo: v. Pioggia, 2012: 49) a rispettare, nella sua costante azione di incarnazione dei principi costituzionali in regole giuridiche (Bin, 2009: 45), criteri di coesistenza, in base ad una visione della politica come realtà «inclusiva» anche a livello procedurale (Zagrebelsky, 1992: 11). Inoltre, l'integrazione della rappresentanza democratico-popolare da parte di istanze tecniche (organismi *ad hoc*, commissioni di esperti ecc.) o sociali (forme di consultazione dei soggetti interessati) può rafforzare la dimensione politico-rappresentativa delle scelte operate a livello legislativo, consentendo di ricomporre validità formale e efficacia sostanziale delle decisioni legislative, mediante un apporto tecnico-conoscitivo 'esterno' al circuito rappresentativo.

Nel rapporto tra legislazione e giurisdizione, si potrebbe ipotizzare – anche alla luce dell'esperienza comparata – che la tendenza alla 'sostituzione' del legislatore da parte delle corti risulta inversamente proporzionale alla capacità del primo di adeguare le modalità di esercizio del proprio potere tanto alla peculiarità del contesto medico-scientifico quanto ai principi enunciati a livello di giurisprudenza costituzionale. Attraverso tale adattamento, il legislatore rafforza la

propria posizione, solo apparentemente indebolita e ‘svuotata’ dall’ingresso nel circuito di produzione normativa di istanze ulteriori: al contrario, è possibile, alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana e della esperienza comparata, ipotizzare l’esistenza di una presunzione ‘forte’ di legittimità della legge, quando il legislatore dimostri di avere metabolizzato la specificità dell’oggetto di regolazione attraverso l’adeguamento delle forme (e dei contenuti) dell’intervento normativo. In questo caso, da un lato, il perimetro della discrezionalità giurisdizionale è destinato a ridursi, alla luce di una struttura legislativa in grado di fornire strumenti ermeneutici adeguati e intellegibili; e, dall’altro lato, lo scrutinio di legittimità delle soluzioni normative introdotte, sia dal legislatore sia da istanze di natura tecnica, risulta garantito da una presunzione forte di compatibilità, nel momento in cui alla base vi sia, ad esempio, una formale ‘delega’ da parte del legislatore, che ne garantisce la legittimità fino al limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

### *3.3 Tendenza alla formulazione giurisprudenziale di principi generali anziché di regole puntuali*

Le dinamiche di produzione giuridica in ambito bioetico devono pertanto tenere conto della emersione di una serie di principi, i quali coinvolgono direttamente il metodo dell’intervento legislativo. Essi trovano fondamento nel contesto costituzionale, in particolare attraverso il principio di ragionevolezza; e, se non soddisfatti in sede di produzione della regola – tipicamente generale e astratta –, tendono a riemergere attraverso l’azione del formante giurisprudenziale (Bin, 2014: 80), sulla spinta dei soggetti privati che vedono le proprie posizioni soggettive private di tutela legislativa.

Questo andamento, se da un lato sembra confermare la natura costituzionale e ‘di sistema’ dei principi enunciati nel paragrafo precedente, può comportare un eccessivo trasferimento della produzione normativa dalla sede tradizionale, democraticamente legittimata, il Parlamento, a sedi di natura giurisdizionale, le quali – se eccessivamente caricate di responsabilità non proprie – rischiano di produrre lo snaturamento della propria funzione, al pur legittimo fine di ‘surrogare’ l’attività legislativa.

La formalizzazione di questo fenomeno è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di cassazione, relativa a una questione avente ad oggetto la responsabilità medica dovuta a danni al feto provocati da farmaci somministrati durante la gravidanza<sup>41</sup>.

Al fine di determinare la soggettività giuridica del nascituro, la Corte di cassazione ha affermato espressamente che il codice civile «non rappresenta oggi più l’unica fonte di riferimento per l’interprete in un ordinamento caratteriz-

zato da più fonti», tra le quali deve essere ricompresa anche la «giurisprudenza normativa» intesa quale «autonoma fonte del diritto». È interessante notare che l'attribuzione della qualificazione di 'fonte' alla giurisprudenza normativa sembra derivare dalla valorizzazione della relazione diretta instauratasi, con il mutamento dell'approccio tra Stato-potere e persona introdotto dalla Costituzione, tra interpretazione giudiziale e invero dei contenuti costituzionali, nella prospettiva della tutela dei diritti. Secondo la Corte, infatti, «in tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza [...] assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che si configura come semi-aperto», all'interno del quale lo stesso legislatore – mediante clausole di apertura e concetti giuridici indeterminati – attribuirebbe «scientemente» al giudice la funzione di «attualizzazione del diritto». Pertanto, conclude la Cassazione, formalizzando l'esistenza di un sistema normativo all'interno del quale il ruolo del giudice assume una centralità anche in termini di produzione normativa, «la funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice».

Occorre comunque sottolineare che in una sentenza successiva<sup>42</sup>, avente ad oggetto una questione analoga, la medesima sezione della Cassazione ha 'temperato' la precedente ricostruzione ermeneutica, ponendo criticamente la questione dei limiti dell'intervento dell'interprete «in seno al tessuto normativo», anche quando si esprima in una attività di interpretazione della legge alla luce dei valori costituzionali, finalizzata – nel caso in cui la legge non predisponga adeguati strumenti giuridici di riconoscimento della situazione giuridica – a «creare una corrispondente forma giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa» (Di Ciommo, 2010: 144; Rossi, 2012; Luciani, 2012).

Anche alla luce della richiamata giurisprudenza, l'elemento stabilizzatore del sistema può essere individuato nella riconduzione fisiologica di questo processo di 'giurisdizionalizzazione' della disciplina in materia bioetica al perimetro della Costituzione. In altri termini, questo andamento, tendenzialmente eccentrico rispetto alla tradizionale allocazione delle funzioni<sup>43</sup>, può essere considerato fisiologico quando si esprima attraverso l'utilizzo di strumenti ermeneutici e soluzioni decisionali che garantiscano la riconduzione delle scelte (o non scelte) legislative al perimetro dei principi costituzionali. Ma esclusivamente quando ciò avvenga, mediante l'utilizzo di strumenti interpretativi – interpretazione costituzionalmente conforme; applicazione diretta di principi costituzionali; interpretazione convenzionalmente conforme – pre-

visti dall'ordinamento, senza giungere ad una eccessiva forzatura dei rapporti tra funzioni e poteri<sup>44</sup>.

In questo senso, occorre inoltre distinguere il piano della 'giustizia', nel senso della individuazione di una soluzione giurisprudenziale accettabile (financo necessaria) sul piano dei valori, e quello della 'legittimità', nel senso della compatibilità dell'esercizio della funzione con i principi costituzionali.

Un caso esemplare, che non è stato esente da critiche in dottrina proprio in termini di compatibilità della decisione con l'assetto costituzionale delle funzioni, che vede nella Corte costituzionale, e non nella magistratura ordinaria, l'organo di chiusura del sistema, è rappresentato da quelle sentenze che hanno tentato di ricondurre a costituzionalità (v. Agosta, 2012: 181) la l. n. 40/2004 in materia di PMA, mediante, però, soluzioni interpretative che sono state considerate eccessive rispetto al fisiologico rapporto tra interpretazione conforme, la quale trova un limite nella lettera e nella *ratio* dell'intervento legislativo, e rinvio della questione alla Corte costituzionale (Tripodina, 2010).

In altro contesto, la richiamata decisione della Corte di cassazione in materia di decisioni di sospensione e interruzione di trattamenti medici di sostegno vitale (caso Englaro) rappresenta un esempio di utilizzo virtuoso delle funzioni attribuite, in vista della definizione del principio, che in questo caso si concretizza in una sostanziale regola puntale, destinato a disciplinare il caso concreto.

Come noto, l'approccio della magistratura, in questo caso, ha ottenuto il formale avallo della Corte costituzionale, la quale è venuta a esprimere un'impostazione che può essere considerata di portata generale (ord. n. 334/2008). La Corte costituzionale ha infatti dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione proposto dal Parlamento nei confronti della Corte di cassazione, basato sulla presunta usurpazione o menomazione delle attribuzioni legislative del Parlamento da parte dell'organo giurisdizionale, negando, da un lato, che gli organi giurisdizionali abbiano «utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare»; e sottolineando, al fine di ricondurre il legislatore alle proprie responsabilità in termini di esercizio della funzione normativa, che l'esercizio da parte del giudice della funzione giurisdizionale, anche quando ciò avvenga mediante l'utilizzo di fonti diverse da quella legislativa (costituzione; fonti internazionali; deontologia), non impedisce – anzi, in un certo senso, sollecita – al legislatore di esercitare le proprie attribuzioni, in quanto quest'ultimo «può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti»<sup>45</sup>.

*3.4 Tendenza all'emersione irriducibile di spazi di autonomia non regolabile da parte delle istituzioni pubbliche e rimessi ai rapporti tra i 'soggetti' più direttamente coinvolti dalle singole decisioni (con conseguenziale restrizione dei margini tradizionali della discrezionalità politico-amministrativa)*

La giuridificazione del fenomeno bioetico, in particolare quando abbia ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali in ambito biomedico, sembra subire una diretta influenza del contesto costituzionale, andamento inevitabile in uno Stato costituzionale di diritto caratterizzato dal pluralismo delle fonti e delle istituzioni, ma che risulta accentuato dalla scarsa predisposizione del legislatore a intervenire in tale contesto. Ciò produce, come evidenziato nel paragrafo precedente, un progressivo spostamento del baricentro della produzione normativa dalla legislazione alla giurisdizione, ma anche una valorizzazione – attraverso la giurisprudenza costituzionale – dei principi costituzionali, dai quali sembra derivare il riconoscimento di spazi di autonomia decisionale riservati non solo a organismi tecnico-scientifici (cfr. *supra*), ma anche ai soggetti direttamente coinvolti dalle singole decisioni. È possibile qui solo richiamare quanto affermato reiteratamente dalla Corte costituzionale, secondo cui «regola di fondo» in ambito medico-sanitario è rappresentata dalla «autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»<sup>46</sup>. Questo principio ha trovato attuazione in numerose pronunce della Corte costituzionale, ponendosi quale limite costituzionale all'intervento del legislatore, il quale deve tenere conto dell'esistenza di ambiti fattuali all'interno dei quali la capacità decisionale deve essere attribuita prevalentemente ai soggetti – pazienti, medici, ma anche ricercatori – direttamente coinvolti. Resta, tuttavia, da comprendere la natura delle diverse autonomie in tal modo richiamate dalla giurisprudenza costituzionale, rispettivamente, quella del medico e quella del paziente. La prima sembra avere una proiezione istituzionale, sicché può sorgere il dubbio che si tratti di una manifestazione della tradizionale autonomia dei privati, potendosi semmai ipotizzare che essa rimandi, al contempo, e senza contraddizione alcuna, da un lato, all'esigenza che venga riconosciuta la libertà (privata) della scienza e di coloro che ne sono i singoli mediatori, dall'altro, all'opportunità che a simile libertà sia garantito uno spazio (pubblico) di espressione (vuoi corporativa, i.e. della comunità professionale di riferimento, in particolare in sede di definizione di regole o standard; vuoi organizzativa e/o procedimentale, i.e. nell'esercizio concreto delle attività dell'ente titolare delle funzioni o dei servizi). L'autonomia del paziente, invece, in quanto finalizzata a garantire un libero spazio di autodeterminazione, non può che attenersi all'essenza della dimensione individuale.



#### 4. Le questioni aperte

L'*excursus* finora compiuto consente di isolare alcune questioni, che pongono in luce le criticità maggiori e le sfide ulteriori dei processi di giuridificazione qui descritti. Tali profili problematici si possono così elencare.

##### 4.1 La pluralità delle sedi decisionali e i limiti dei tradizionali 'legami di garanzia': dal conflitto episodico al conflitto sistemico?

Una questione che i profili esaminati nel presente contributo mettono innanzitutto in evidenza è quella concernente il difficile rapporto di coesistenza tra le tradizionali forme della produzione giuridica e della decisione amministrativa, da una parte, e le istanze a forte e intrinseca vocazione 'normativa' e 'decisionale' che promanano dall'evoluzione scientifico-tecnologica e dai centri di elaborazione compiuta di questo nuovo e potente sapere ordinante.

Il tema è rilevante perché la sopravvivenza dei classici 'legami di garanzia' connessi all'esclusività di un ordinamento giuridico determinato (statale) sono messi in dubbio dalla pressione che su di esso imprimono altri ordinamenti (sovranazionali), dotati di una preminenza giuridica teleologicamente giustificata e capaci di riservare un *audit* privilegiato e un'accoglienza preferenziale alle spinte disciplinari che provengono dalla comunità epistemica delle scienze della vita. Gli strumenti classici del diritto nazionale, così, entrano facilmente in cortocircuito (legislatore vs. giurisdizione; amministrazione vs. giurisdizione) e quindi in crisi, a favore di forme giuridiche che vengono definite 'soft' non tanto in ragione della loro scarsa capacità di conformazione della realtà, bensì in relazione alla loro enorme diversità strutturale ed operativa (sono, come si diceva, dati non previsti e non razionalizzati *a priori*) rispetto alle espressioni del più conosciuto 'hard law'.

Per questa via, i conflitti che la sperimentata tecnica giuridica tendeva a risolvere come episodi di rottura e di contestuale riaffermazione di una legalità predeterminata tendono a sfuggire da questo meccanismo di razionalizzazione, mettendo in dubbio, anzi, la tenuta complessiva del sistema ed esigendone una ri-giuridificazione (e quindi una ri-razionalizzazione) graduale e complessiva. La fisiologia di queste trasformazioni, in altri termini, ha le sembianze di un'esperienza 'parassitaria', il cui metabolismo, per così dire, vive delle strutture del diritto esistente ma ne contribuisce a dissolvere l'*ubi consistam*, sia facilitando la sua innovazione inarrestabile, sia, al contempo, condizionandone le autonome volizioni come potenziale e diffuso parametro di trasversale ragionevolezza.

Per alcuni interpreti, tali sviluppi lascerebbero addirittura presagire la progressiva preminenza di un modello di sistema giuridico tutto originale, imper-

niato attorno all'idea di un *Evidence Based Law*, di un diritto falsificabile alla stessa maniera con cui è falsificabile qualsivoglia processo di scoperta scientifica. Probabilmente, tuttavia, questa conclusione è eccessiva (Casonato, 2014: 179): come si è visto, e salvo quanto si prospetterà in chiusura, il risultato delle influenze scientifiche e tecnologiche non comporta (almeno per ora) un cambiamento della precettività giuridica, risolvendosi, piuttosto, nell'affermazione di specifiche manifestazioni di quella precettività, segnatamente quelle dei principi (costituzionali; generali dell'ordinamento; generali dell'attività amministrativa ecc.), e in un conseguente appello per una coerente revisione del sistema delle fonti e delle relative procedure quale tipico strumento di stabilizzazione del conflitto per il monopolio della produzione normativa.

#### *4.2 La procedimentalizzazione dei processi decisionali e l'incompletezza strutturale degli assetti organizzativi e funzionali vigenti: per la riforma dell'amministrazione di servizio*

Le implicazioni correlate all'analisi della questione del pluralismo decisionale si traducono, sul piano delle ricadute concrete, in un differente interrogativo, che chiama in causa la perdurante conformità alle trasformazioni in atto dei procedimenti con cui i poteri pubblici rispondono alle esigenze manifestate dagli interessi che non sono più scientificamente e tecnologicamente condizionati.

La materia delle decisioni 'di fine vita' ha fatto emergere la necessità che ogni determinazione sul soggetto sia scandita da accertamenti e valutazioni diverse, controllate e vagliate da più soggetti (titolari, come si è detto, di differenti forme di autonomia), e assistite da un'istruttoria trasparente e accurata: ciò cui i principi affermati dai giudici sembrano alludere è che tutta l'amministrazione di servizio (nel caso, quella sanitaria) debba 'riposizionarsi' con modalità organizzative e funzionali che siano ricettive di simili esigenze e che, in particolare, ne ordinino i rispettivi adempimenti nel contesto di procedimenti diversificati e formalizzati, riconoscibili come tali e controllabili, in primo luogo da parte dei soggetti interessati o di chi li rappresenti.

Questa necessità, a voler essere precisi, non costituisce una novità per il dibattito giuridico italiano, né per quello più specificamente amministrativistico.

Sin dagli anni Ottanta del Secolo scorso, infatti, si era osservato che alcuni diritti sociali esprimono pretese che richiedono inevitabilmente una risposta procedimentale e partecipata, e che ciò è dovuto proprio alla circostanza che i contenuti di quella risposta non sono determinabili in via preliminare, né dal legislatore, né dall'amministrazione che è chiamata ad assicurarli: «In tanto l'organizzazione dei servizi si adatta ai diritti individuali, in quanto questi diritti presuppongano una derivazione comune dall'unità personale

dell'uomo intesa appunto in senso pregnante e totale. Sono le organizzazioni a doversi frazionare rispetto a questa unità personale e ai singoli diritti che da essa promanano, e non l'uomo ad assumere aspetti e anche ruoli differenti a seconda dei diversi rapporti che intreccia con una organizzazione unitaria proprio in quanto politica. Solo così il diritto alla salute diventa non soltanto l'attesa di una protezione qualsiasi, ma una pretesa a più direzioni, che ha come suo nucleo politico fondamentale un forte potere di partecipazione, di prender parte cioè alla costruzione del complesso di strumenti occorrenti alla sua finale realizzazione. Diversamente, il diritto alla salute altro non sarebbe che l'immagine giuridica, e perciò forse anche grottesca, della speranza di star bene» (Berti, 1986: 127).

Quest'esigenza di ristrutturazione dell'amministrazione di servizio è diventata, ora, davvero e tanto più cruciale. E non si tratta, come può sembrare, di un'esigenza connessa alla sola costruzione di procedure decisionali destinate a risolvere specifiche fattispecie; la pervasività del dato scientifico e tecnologico implica che all'interno dell'amministrazione vi siano conoscenze e competenze tali da 'regolare' in apposite sedi (i comitati etici, ad esempio) ogni possibile snodo critico delle procedure in essere.

#### *4.3 Il valore determinante di alcuni principi e la mutazione del ruolo del giudice: quis custodiet custodiet?*

L'arena dei principi generali, come si è visto, rappresenta il luogo in cui la giuridificazione degli interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati trova il primo strumento di espressione all'interno dell'ordinamento. Coloro che consentono che tale appiglio sia concretamente afferrabile sono i giudici, che si prestano, così, ad una duplice e rilevante funzione, quella, loro congeniale, di decidere il caso che gli è sottoposto, e quella, più innovativa nel nostro contesto ordinamentale, di stabilire un correlato punto di equilibrio tra i soggetti attivi della regolazione della materia e i destinatari delle relative decisioni pubbliche.

Gli aspetti che rendono l'intervento dei giudici assai interessante sono quanto meno tre:

- come si è visto, sono i giudici, in quanto veicoli di interpretazioni ufficiali e singolarmente cogenti, a recepire rapidamente le istanze di giuridificazione e di adattamento del sistema, con ciò bypassando e condizionando il legislatore e la sua successiva attività di produzione di norme generali e astratte o (eventualmente) di nuovi principi: in questo contesto, la produzione legislativa appare, dunque, recessiva, sia per le menzionate carenze strutturali che la connotano a fronte di dati imprevedibili, sia per la verosimile esi-

stenza, proprio nel canale giurisdizionale, di una funzione di *bioequity*, che risponde a quell'imprevedibilità e che «tenta di rimediare alla rigidità e alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa» (Casonato, 2012: 170);

- nel dare corso a questa nuova funzione, i giudici sono valvole di comunicazione tra i diversi ordinamenti, sia nel senso della loro capacità di attivare le valutazioni giuridiche promananti da altre esperienze giuridiche (in particolare, quelle sovranazionali), sia nel senso, però, della loro attitudine a recepire le soluzioni e le argomentazioni utilizzate da altri organi giurisdizionali in altri sistemi: sono i giudici, quindi, ad essere i principali protagonisti del nesso assai stretto tra giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati, comparazione giuridica e circolazione dei modelli; sono i giudici, in definitiva, ad agevolare fenomeni di ibridazione delle caratteristiche classiche delle diverse famiglie giuridiche, importando anche nel nostro tipico sistema di *civil law* logiche decisionali e ipotesi interpretative tipiche dei sistemi di *common law*;
- la loro estrema capacità ricettiva, tuttavia, rende i giudici esposti al pericolo di un *judicial activism* assai pronunciato, nel quale il loro potere / dovere di assumere una decisione in diritto può spingerli al punto di delegittimare le altre e ordinarie forme della produzione giuridica o dell'*adjudication* (ivi compresa quella amministrativa): il 'caso Stamina', come è noto, ha rappresentato una delle espressioni massime di questo pericolo, giacché, nonostante l'avversa e motivata opinione degli organismi pubblici specializzati a ciò deputati, non sono mancate sentenze che hanno ammesso alla sperimentazione nazionale una cura di dubbia efficacia e che hanno condotto anche il legislatore (con il d.l. n. 24/2013) a darvi un parziale riconoscimento per il tramite di un regime eccezionale e transitorio, considerato legittimo anche dalla Corte costituzionale<sup>47</sup>.

Quest'ultimo profilo non fa che rinnovare una delle problematiche più classiche del pensiero giuridico occidentale: *quis custodiet custodes?* È chiaro che, in questa prospettiva, non si può immaginare di ricorrere alle sole reazioni emergenziali del legislatore, che può essere, a sua volta, indotto in reazioni inadeguate e sproporzionate (come accaduto, del resto, in coincidenza con il caso Englaro). Probabilmente il ruolo del giudice può essere contenuto sia mediante una revisione del suo sapere tecnico (che in questa materia deve necessariamente aprirsi a cognizioni altre, di carattere scientifico), sia per il tramite della riorganizzazione delle strutture amministrative e delle loro procedure (che possono assorbire e gestire i conflitti prima che essi approdino di fronte alla sede giurisdizionale).

#### 4.4 *La formazione di una nuova soggettività giuridica e la trasformazione del ruolo della scienza e della tecnologia (anche giuridiche): rischi e opportunità*

Un ultimo rilievo consiste nel fatto che la giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati sembra mettere espressamente in campo una nuova nozione della soggettività giuridica.

Scienza e tecnologia tendono, infatti, a contribuire in modo sempre più forte alla percezione di ciò che il soggetto può o non può compiere, mettendo in difficoltà altrettanto forte sia la capacità dell'ordinamento di prevedere simili possibilità, sia l'idea che il soggetto sia sempre e invariabilmente uguale a se stesso, al di fuori, cioè, di valutazioni circostanziate – e mediate dalla considerazione di aspetti non sempre autonomamente attingibili dal singolo – sulla realtà del suo corpo e delle sue abilità e attitudini psico-fisiche. Non è quindi, in gioco, il solo tema della 'capacità' (giuridica e di agire); è in discussione la stessa individuazione dell'identità del soggetto (Parasidis, 2011: 523).

Lo studio del 'biodiritto', non a caso, ha risvegliato l'interesse per ulteriori frontiere, come sono, rispettivamente, quella aperta dal vasto, e ancora largamente inesplorato, campo del *neurolaw* (Santosuosso, 2009; Picozza *et al.*, 2011; Pizzetti, 2012)<sup>48</sup>, e quella, invece, destinata a immaginare la predicabilità di un orizzonte dichiaratamente post-umano (o transumanista)<sup>49</sup>.

Per un verso, infatti, anche nel nostro ordinamento si comincia a ipotizzare il contributo diretto che le neuroscienze possono dare, ad esempio, alla ricostruzione della responsabilità penale di un soggetto, con ricadute pratico-applicative non indifferenti<sup>50</sup>. Per altro verso, poi, si è rilevato che, proprio dinanzi alle scoperte scientifiche e tecnologiche, se da un lato è vero che «la distinzione tra naturale e artificiale – fra ciò che è “naturalmente divenuto” e quel che è invece “tecnicamente prodotto” – è costitutiva della storia umana», dall'altro, si assiste in modo invariabile ad una «totalizzazione tecnica della natura», con la conseguenza che tale rivoluzione «richiede una parallela rivoluzione concettuale nel modo di pensare noi stessi», al punto che «fin dove spingere la propria vita – nel senso della propria autocoscienza – diventerà probabilmente una scelta soggettiva, in rapporto ai costi sociali della sua durata e alle responsabilità che ne discenderanno» (Schiavone, 2007: 56, 70, 73 e 74).

In questi frangenti i rischi e le opportunità sono facce della stessa medaglia: al di là delle questioni più apertamente filosofiche, accedere ad una concezione essenzialmente mobile e mutante della soggettività implica il rivedere tutto ciò che è correlato alle classiche teorie dell'ordinamento giuridico, cercando, però, di individuare nuovi stadi di prevedibilità e di certezza (e di uguaglianza) o in nuovi procedimenti di astrazione normativa (più convincenti perché più aggiornati, anche se consegnati, inevitabilmente, a processi di obsolescenza molto ra-

pidi e forse insostenibili) o in procedimenti misti, che siano, al contempo, normativi e decisionali (e nei quali le garanzie che la tradizionale separazione dei poteri poteva apprestare vengano compensate dall'esistenza di determinazioni mai unilaterali e sempre complesse, i.e. condivise tra più soggetti in un regime di piena accessibilità e di completa trasparenza informativa).

Coerentemente con la natura ibrida, e mai pre-definibile, del soggetto, anche questi procedimenti dovrebbero, con tutta probabilità, farsi ibridi, aperti a saperi diversi da quello strettamente giuridico, e formulati in un *continuum* di produzione normativa, decisione amministrativa e *adjudication* giurisdizionale, nel solco dell'intuizione – in fondo intrisa delle migliori acquisizioni del costituzionalismo moderno – secondo cui è l'organizzazione a doversi adattare alla persona e non viceversa<sup>51</sup>.

## Note

- \* Pur essendo il frutto di riflessioni condivise, il contributo è direttamente riferibile, quanto ai §§ 1, 2, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, a Fulvio Cortese, e rispetto ai §§ 2.1, 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, a Simone Penasa. Gli Autori desiderano ringraziare il prof. Roberto Cavallo Perin per la preziosa occasione di riflessione che è sorta dalla considerazione dei rilievi svolti sulla prima stesura di questo lavoro.
- <sup>1</sup> V., ad esempio, Cass., 11.05.2009, n. 10741 (su tale sentenza, cfr. *infra*, § 3.3).
- <sup>2</sup> Come può accadere laddove i genitori non siano stati informati sull'esito negativo dei trattamenti finalizzati all'aborto: v., ad esempio, Trib. Padova, 09.08.1985; Cass., 08.07.1994, n. 6464.
- <sup>3</sup> Cfr. già Trib. Bergamo, 16.11.1995.
- <sup>4</sup> Nel contesto europeo, ad esempio, v. il famoso caso Perruche (17.11.2000), deciso dall'Assemblée plénière della Corte di cassazione francese. Per i giudici d'Oltralpe dovevano considerarsi civilmente responsabili i medici che, pur avendo espletato gli accertamenti consueti, non avevano prospettato ad una madre la possibilità che il bambino nascesse con gravi handicap (e ciò senza che avesse rilievo il fatto che l'infermità non fosse riconducibile all'omissione dei medici o che l'unica alternativa fosse l'interruzione della gravidanza). In tema (e considerando anche i successivi sviluppi nell'ordinamento francese, con adozione di una disciplina legislativa poi censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) v. Piciocchi, 2001: 677. Negli Stati Uniti, un primo riconoscimento di un danno da *wrongful birth* è la sentenza della Corte Suprema del Texas sul caso Jacobs v. Theimer, 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).
- <sup>5</sup> Un fenomeno di questo tipo è espressamente richiamato anche nel contesto della pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità della l. 19.02.2004, n. 40, laddove prevedeva il divieto della fecondazione eterologa (C. cost., 10.02.2014, n. 162): «Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite. La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati».
- <sup>6</sup> V., ad esempio, Cass., 02.10.2012, n. 16754, per la quale, circa la posizione del neonato, «l'interesse giuridicamente protetto è quello di consentire al minore di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente». Questo aspetto è ancora controverso: la stessa Cass., ord. 23.02.2015, n. 3569, ha rimesso alle Sezioni Unite, tra l'altro, anche la questione concernente la legittimazione del neonato malformato ad agire in via aquiliana per danni da *wrongful life*. A tale ordinanza ha fatto seguito la pronuncia delle Sezioni Unite (22.12.2015

n. 25767), con cui si è affermato che il nato con disabilità non è legittimato ad agire per il danno da vita ingiusta, poiché l'ordinamento ignora il diritto a non nascere se non sano.

<sup>7</sup> Così sempre, ma registrando un orientamento da tempo consolidato, la Corte di cassazione nella sentenza n. 16754/2012 cit. Questo slittamento sul piano della qualificazione normativa dell'illecito comporta, come è noto, un'inversione dell'onere della prova.

<sup>8</sup> Trib. Roma, ord. 16.12.2006.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> V. anche *infra*, § 3.3.

<sup>11</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748. Il principio di diritto sancito dalla Corte è il seguente: «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

<sup>12</sup> Cfr. sempre al § 3.3.

<sup>13</sup> C. cost., ord. 8.10.2008, n. 334.

<sup>14</sup> Cons. St., sez. III, 02.09.2014, n. 4460.

<sup>15</sup> Trib. Roma, 23.07.2007.

<sup>16</sup> Nella sentenza in questione è assai significativo il passaggio sulla figura del medico: «È evidente, pertanto, che solo su tale soggetto, qualificato in ragione della sua professione, e non su altri incomberà un dovere di osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato, con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32, comma 2, Cost., mentre la stessa condotta posta in essere da ogni altro soggetto non risponderà ad alcun dovere giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento, non essendo stata esercitata all'interno di un rapporto terapeutico, nel quale solo nascono e si esercitano diritti e doveri specifici, tra cui quelli di cui si discute. D'altra parte non sfugge l'importante ruolo che al riguardo è in grado di svolgere il medico il quale, solidamente sorretto da valutazioni di carattere sanitario, nonché orientato dal proprio codice di deontologia professionale e vincolato allo stesso, è l'unico a poter garantire, da un punto di vista tecnico e da un punto di vista dell'osservanza dei principi e dei diritti, il rispetto nel caso concreto dei confini tra l'esercizio di una libera ed informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti essenziali, quali quelli in gioco. Inoltre la sua figura è fondamentale nella costituzione del presupposto per l'esercizio del diritto, incidendo egli direttamente sul processo di formazione della volontà del paziente attraverso l'informazione di quest'ultimo. Di



conseguenza non è possibile prescindere dalla sua figura nel concreto dispiegarsi del consenso o del dissenso informato del paziente».

<sup>17</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 21.01.2008, n. 398.

<sup>18</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 05.05.2005 n. 3452.

<sup>19</sup> La sentenza in questione ha anche sollevato la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 40 cit., con doglianze che sono state poi accolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009. In particolare, il comma 2 dell'art. 14 è stato dichiarato illegittimo laddove prevede un limite di produzione di embrioni comunque non superiore a tre e laddove prevede l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto; il successivo comma 3, che prevede di poter crioconservare gli embrioni qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che il trasferimento di tali embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna.

<sup>20</sup> TAR Lombardia, Sez. III, 29.12.2010, n. 7735, su cui *infra*.

<sup>21</sup> Nello stesso senso v., da ultimo, TAR Veneto, Sez. III, 08.05.2015, n. 501.

<sup>22</sup> Cfr. anche lo studio della Corte europea dei diritti dell'uomo dedicato alla giurisprudenza in materia bioetica, *Bioethcis and the case-law of the Court*, 2012.

<sup>23</sup> Trib. Roma, 23.09.2013.

<sup>24</sup> Il Tribunale si riferisce a un «obbligo più generale volto a garantire la definizione di uno statuto legale stabile per la prole generata in tali forme, cui non può essere attribuito uno statuto giuridico del tutto incoerente con il dato sociale altrimenti tollerato». In questo caso, come in quello della diagnosi genetica preimpianto, risulta peraltro arduo distinguere chiaramente tra interpretazione conforme alla CEDU e sostanziale disapplicazione della norma interna per contrasto con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>25</sup> C. cost., n. 162/2014; da ultimo, v. C. cost., 14.05.2015, n. 96.

<sup>26</sup> Rodotà, Tallacchini, 2010: LI, si esprimono in termini di «co-produzione, tra scienza e diritto, in cui da un lato la conoscenza del contesto normativo è necessaria alla comprensione della scienza, dall'altro la scienza è fonte di numerosi cambiamenti normativi»; cfr. anche Palmerini, 2014: 13. D'Aloia, 2012: 53, sottolinea come «non è facile, in questo modello relazionale 'bilaterale', dividere ciò che è regolazione giuridica della scienza da ciò che è regolazione (o forse produzione) scientifica del diritto».

<sup>27</sup> C. cost., 26.9.1998, n. 347; C. cost., 28.01.2005, n. 45.

<sup>28</sup> Tale processo sembra assumere un andamento bi-direzionale o circolare: in dottrina si è utilizzato il concetto di Costituzione «coinvolta» a più livelli nelle questioni bioetiche, le quali si porrebbero come «significativo momento di riflessione sulla validità e vitalità della nostra Carta fondamentale» (Magnani, 1999: 133). In senso critico, è stato sottolineato come la «età della tecnica» rappresenti la causa del declino della costituzione come fondamento della convivenza sociale, in un'epoca nella quale «le costituzioni scadono al [...] ruolo (in verità, ora più utile e produttivo) di protocolli, cioè di generali regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità» (Volpe, 2000: 258).

<sup>29</sup> D'Amico, 2008: 284, si esprime in termini di «Costituzione scientificamente intesa»; D'Aloia, 2012: 56, sostiene che «si tratta di un vincolo modale più che di un automatico trasferimento di contenuti dall'ambito tecnico-scientifico a quello politico-amministrativo; e l'intensità di questo vincolo (e correlativamente la possibilità di valutazioni orientate ad altri principi) è certamente condizionata e influenzata dal livello di "stabilità" o di incertezza del presupposto scientifico»; Bin, 2006: 9, riconosce, in riferimento ai principi enunciati dalla C. cost., 26.06.2002, n. 282, una «ridefinizione molto restrittiva dei poteri legislativi *tout court*»; Ainis, 2006: 27-28, si interroga sulla configurabilità del «"metodo" scientifico come

requisito di validità delle leggi che regolino materie scientificamente controverse»; Casonato, 2012: 177, qualifica il dato scientifico come «parametro interposto di costituzionalità»; Spadaro, 1994: 134, considera la scienza come «vero e proprio parametro superiore di costituzionalità».

<sup>30</sup> La Corte costituzionale ha in più occasioni affermato «l'essenziale rilievo» che, in ambito medico-scientifico, rivestono gli «organismi tecnico-scientifici»: così si è espressa la Corte, *ex plurimis*, in materia di sperimentazione di farmaci (C. cost., n. 185/1998; C. cost., 02.04.1999, n. 121; C. cost., 07.06.2000, n. 188; C. cost., 05.12.2014, n. 274), di validazione di trattamenti medico-terapeutici (sentenze n. C. cost., n. 282/2002; C. cost., 10.09.2003, n. 338).

<sup>31</sup> Violini, 2002: 1456, secondo la quale «l'intervento legislativo [...] risulta essere meramente eventuale rispetto alle scelte che vengono compiute dalla "società civile", quella che si organizza in ordini professionali volti a dare una compatta struttura a gruppi di professionisti da cui dipendono certi beni cruciali per l'individuo ma anche per la società nel suo complesso, quali [...] la salute».

<sup>32</sup> C. cost., n. 338/2003; 26.05.2004, n. 166; 08.03.2006, n. 116; 10.01.2011, n. 8.

<sup>33</sup> TAR Lombardia, 29.12.2010, n. 7735; cfr. anche Cons. St., sez. V, ord. 07.10.2008, n. 5311.

<sup>34</sup> V. *supra* n. 33.

<sup>35</sup> «Ritiene il Collegio che questa omissione [la determinazione del momento a partire del quale il feto possa avere vita autonoma, n.d.r.] non sia frutto di una svista, né che essa sia sintomo di incapacità del legislatore nazionale [...]. Al contrario, si tratta di una scelta precisa, consapevole e ponderata».

<sup>36</sup> Utilizza questa espressione la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 162/2014.

<sup>37</sup> Secondo la Corte, «la definizione dell'assetto degli interessi in gioco appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (C. cost., n. 347/1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

<sup>38</sup> C. cost., *ex plurimis* sentenze nn. 282/2002; 151/2009; 162/2014; 274/2014.

<sup>39</sup> Caretti, 2011, 363, sottolinea «la trasformazione del ruolo della legge, nella direzione di un suo progressivo ridimensionamento rispetto alla sua configurazione come fonte prima e tendenzialmente esaustiva di ogni esigenza di produzione normativa [...]», ponendola in stretta connessione con la scelta, compiuta dalla Costituzione del 1948, «a favore di uno Stato che assume tra i suoi principi fondanti quello della massima valorizzazione del pluralismo istituzionale e sociale». Secondo tale prospettiva, quindi, le trasformazioni che sta subendo la fonte legislativa «non rappresentano altro che sviluppi coerenti di un disegno costituzionale».

<sup>40</sup> Le due prospettive – legislativa e giurisdizionale – non possono peraltro essere confuse: cfr. sempre Bin R., 2013: 72, che distingue tra «sub-sistema legislativo», il quale «avrebbe il compito di perseguire obiettivi politici per mezzo di strumenti normativi» e «sub-sistema giudiziario», che «avrebbe il compito di assicurare a ogni persona il godimento dei diritti che la legge le riconosce».

<sup>41</sup> Cass., n. 10741/2009; Cass., n. 16754/2012.

<sup>42</sup> Cass., n. 16754/2012.

<sup>43</sup> In particolare quando questa diversa allocazione non si regga su una formale ed esplicita scelta legislativa, mediante una delega ad autorità indipendenti o a fonti normative alternative; cfr. Ainis, 1996: 2015, basandosi su quanto proposto da Gianformaggio, 1983.

<sup>44</sup> Bin, 2013: 7, pur in diverso contesto – la forma di governo – utilizza il concetto di «omeomorfismo», inteso quale capacità delle figure geometriche di subire una «deformazione senza strappi»; il limite quindi sarebbe la lacerazione dello spazio topologico del rapporto tra legislatore e giudice, nell'ottica della separazione dei poteri.

<sup>45</sup> C. cost., ord. n. 334/2008.

- <sup>46</sup> C. cost., n. 282/2002.
- <sup>47</sup> V. C. cost., n. 274/2014.
- <sup>48</sup> Il dibattito è amplissimo (e la bibliografia, anche solo italiana, è già sterminata; per un panorama di massima cfr. l'elenco di riferimenti raccolti dalla MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience: <<http://www.lawneuro.org/italy.php>>, 12/2016).
- <sup>49</sup> Di cui sono fedele portavoce, in Italia, le pagine della rivista *Divenire*, consultabile anche online al seguente indirizzo: <<http://www.divenire.org/>> (12/2016).
- <sup>50</sup> V. Trib. Como, 20.05.2011, che ha riconosciuto come parzialmente non imputabile un determinato soggetto anche a seguito di un'analisi di carattere neuroscientifico.
- <sup>51</sup> Ritiene in tal senso Silvestri, 2004: 421, che, da un lato, «sia il legislatore nel porre la legge, sia l'amministratore nell'operare le scelte discrezionali, sia il giudice nell'emanare le sentenze trovano il sentiero per uscire dal labirinto delle controversie scientifiche nella maggiore o minore compatibilità di una rappresentazione della realtà rispetto ad un valore positivizzato dotato di naturale forza espansiva»; e che, dall'altro lato, «la legittimazione degli atti autoritativi (normativi, amministrativi, giurisdizionali) non riposa sulla forza – detta eufemisticamente «effettività» dei teorici del diritto – né sulle semplici procedure, che, prive di orientamento assiologico, finiscono con il rifluire sul primo criterio, ma sulla concordanza, democraticamente e ragionevolmente controllata, con i principi fondamentali della Costituzione».

*Riferimenti bibliografici*

- Agosta S. 2015, *Il consenso quale epicentro del dialogo intergiurisprudenziale in tema di vita nascente*, in *Diritti fondamentali*, <[http://www.dirittifondamentali.it/unicas\\_df/index.php/11-dottrina/393-il-consenso-qual-epicentro-del-dialogo-intergiurisprudenziale-in-tema-di-vita-nascente](http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/index.php/11-dottrina/393-il-consenso-qual-epicentro-del-dialogo-intergiurisprudenziale-in-tema-di-vita-nascente)> (12/2016).
- Ainis M. 1996, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*: 2015-2033.
- 2006, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino: 23-30.
- Berti G. 1986, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova.
- Bin R. 1988, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino: 1-22.
- 2007, *Cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*: 11-52.
- 2009, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli: 35-60.
- 2013a, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano.
- 2013b, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*: 7-19.
- 2014, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in P. Nappi et al. (a cura di), *Studi in onore di Luigi Costato*, III, Jovene, Napoli: 75-84.
- Campiglio C. 2010, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano: 609-636.
- Caretti P. 2011, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano: 361-374.
- Carnelutti F. 1951, *Postilla*, in *Foro it.*: 989-990.
- Casonato C. 2012, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino.
- 2014, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*: 179-208.
- Conte L. 2015, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite*, in *BioLaw Journal*: 261-272.
- Conti R. 2014, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, Roma.
- D'Aloia, A. 2011, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano: 15-50.

- 2012, *Biodiritto oltre lo Stato*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Giappichelli, Torino: 37-96.
- D'Amico G. 2004, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino: 237-266.
- 2008, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina.
- Di Ciommo F. 2010, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*: 144-153.
- Dolcini E. 2011, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*: 428-457.
- Ferrando G. 2011, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*: 517-524.
- Gemma G. 2006, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino: 31-92.
- Gianformaggio L. 1983, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano: 131-152.
- Grasso G. 2006, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano.
- La Spina A., Majone G. 2000, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna.
- Luciani M. 2012, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, <<http://www.rivistaaic.it/funzioni-e-responsabilita-della-giurisdizione-una-vicenda-italiana-e-non-solo.html>> (12/2016).
- Magnani C. 1999, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Quattroventi, Urbino.
- Malfatti E. 2012, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i 'giochi di parole' divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, <<http://www.rivistaaic.it/la-corte-di-strasburgo-tra-coerenze-e-incoerenze-della-disciplina-in-materia-di-procreazione-assistita-e-interruzione-volontaria-della-gravidanza-quando-i-giochi-di-parole-divengono-decisivi.html>> (12/2016).
- Manetti M. 1994, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- Marini L. 2012, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, Torino.
- Mowbray A. 2005, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, V (1): 57-79.
- Murphy T., Ó Cuinn G. 2010, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, X (4): 601-638.
- Nardocci C. 2013, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a*

- marginé di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, in <<http://www.rivistaaic.it/la-corte-di-strasburgo-riporta-a-coerenza-l-ordinamento-italiano-fra-procreazione-artificiale-e-interruzione-volontaria-di-gravidanza-riflessioni-a-marginé-di-costa-e-pavan-c-italia.html>> (12/2016).
- Nicodemo S. 2002, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova.
- Palmerini E. 2008, *Le frontiere del biodiritto*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Giuffrè, Milano: 275-295.
- Palmerini E. 2014, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in Palmerini E., Stradella E. (eds.), *Law and Technology. The Challenge of Regulation Technological Development*, Pisa University Press, Pisa: 7-24
- Palombino F.M. 2011, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*: 4811-4824.
- Parasidis E. 2011, *The Essence of Being Human*, in S. Muller et al. (a cura di), *The Law of the Future and the Future of the Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo: 523-543.
- Pavone I.R. 2009, *La Convenzione Europea sulla Biomedicina*, Giuffrè, Milano.
- Penasa S. 2009, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*: 817-841.
- 2015, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Piciocchi C. 2001, *L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio "insanabile"?*, in *DPCE*: 677-685.
- 2005, *Bioethics and Law: Between Values and Rules*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, XII (2): 471-482.
- Picozza E. et al. 2011, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino.
- Pin A. 2012, *Per chi suona la campana (della Corte)?*, in *Quad. cost.*: 313-337.
- Pioggia A. 2012, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*: 49-80.
- Pizzetti F.G. 2012, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Reich W.T. 1995, *Encyclopedia of Bioethics*, Macmillan Publishing Company, New York.
- Repetto G. 2013, *«Non di sola Cedu...» La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*: 131-165.
- Rodotà S. 1967, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S., Tallacchini M. 2010, *Introduzione*, in Rodotà S., Tallacchini, M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano: XLIII-LIII.
- Romano S. 1953, *Realtà giuridica*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano: 204-219.
- Rossi S. 2012, *La Cassazione e la nascita indesiderata (Profili costituzionali di Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 1675)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <<http://>

- www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\_forum/giurisprudenza/giurisdizioni\_ordinarie/0015\_rossi.pdf> (12/2016).
- Ruggeri A. 2013, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato*, in *Federalismi.it*, <[http://www.federalismi.it/nv14/articolo\\_documento.cfm?artid=21864](http://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?artid=21864)> (12/2016).
- Santosuosso A. (a cura di) 2009, *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Como-Pavia.
- Schiavone A. 2007, *Storia e destino*, Einaudi, Torino.
- Silvestri G. 2004, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*: 411-438.
- Spadaro A. 1994, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Giuffrè, Milano.
- 2009, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli: 2007-2042.
- Tega D. 2012, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano.
- Tripodina C. 2010, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/335/>> (12/2016).
- van Dijk P. (a cura di) 2006, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Antwerp.
- Velluzzi V. 2010, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Veronesi P. 2009a, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano.
- 2009b, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*: 591-618.
- Veronesi P. 2011, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Canestrari et al. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Giuffrè, Milano: 137-172.
- Violini L. 2002, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*: 1450-1461.
- 2008, *Bioetica e laicità*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura di), *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI. Atti del XXII Convegno Annuale. Napoli, 26-27 ottobre 2007*, Cedam, Padova: 221-274.
- 2014, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale, Rivista AIC*, <<http://www.osservatorioaic.it/download/AlrZWWhybHpx6DGKdGBJ33uV5qYDTR0PnTMZfeu9o0f0/violini-2014.pdf>> (12/2016).
- Volpe G. 2000, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.
- Zagrebelsky G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- 2012, *Manuale di diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna.





# LA TENUTA DELLA GIURIDIFICAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE NELL'ERA DIGITALE

*Monica Delsignore*

SOMMARIO – 1. Premessa: esclusione ed accesso come tradizionali antagonisti nella disciplina del diritto d'autore. 2. Il ruolo dell'editoria ai fini della giuridificazione del diritto d'autore. 3. La dematerializzazione del supporto dell'opera e le questioni dell'attualità e adeguatezza del regime vigente. 4. La scelta dell'*enforcement* amministrativo per fronteggiare la diminuzione di effettività del diritto d'autore nell'ambiente telematico: i soggetti pubblici coinvolti e il coordinamento tra gli stessi. 5. Esiste l'esigenza di un ribilanciamento degli interessi e di una nuova giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale? 6. Il carattere indiretto dell'interesse pubblico nella giuridificazione del diritto d'autore.

## *1. Premessa: esclusione ed accesso come tradizionali antagonisti nella disciplina del diritto d'autore*

Il diritto d'autore moderno – che attribuisce all'autore ampi poteri esclusivi di riproduzione e sfruttamento delle proprie opere – nasce ed è riconosciuto già negli Stati dell'Italia preunitaria e si uniforma nel 1861 con l'estensione delle leggi sabaude in materia di proprietà intellettuale alle regioni meridionali.

In particolare, è verso la fin del XIX secolo che si costruisce ed afferma la struttura, legislativa ed amministrativa, atta a presidiare e governare la proprietà intellettuale, ovvero la proprietà di creazioni destinate ad un godimento meramente intellettuale, in quanto tale distinguibile dalla proprietà industriale.

La disciplina del diritto d'autore e dei diritti connessi (De Sanctis, 2012) è rimasta in Italia lungamente ferma alla legge predisposta da Piola Caselli e varata nel 1941, richiamata nel codice civile per la produzione di opere dell'ingegno di carattere creativo (art. 2575 c.c.). Di recente essa è stata tuttavia profondamente messa in discussione, in particolare quanto al profilo della ricollocazione dei diritti d'autore e connessi nel quadro della società dell'informazione globale, con l'avvio dell'evoluzione dell'informatica (Ubertazzi, 2000c: 26).

Esclusione ed accesso (dei terzi) sono i tradizionali 'antagonisti' della proprietà intellettuale e il perno delle dispute, che attorno ad essa si accendono talora con toni da guerre di religione (Ghidini, 2011: 7). Esiste, tuttavia, un preciso tratto differenziale che caratterizza, sul piano effettuale, la tematica dell'accesso dei terzi alle opere dell'ingegno rispetto all'accesso alle invenzioni industriali. L'accesso alle conoscenze di queste ultime è tipicamente interesse di im-

prese concorrenti che si contendono un mercato; viceversa, l'accesso alle opere oggetto classico del diritto d'autore, ossia quelle destinate a funzione culturale, anche tenendo a mente il nostro dettato costituzionale, corrisponde tipicamente all'interesse di una platea non solo ben più vasta, potenzialmente illimitata, bensì anche ad una platea ove i fruitori – studiosi, ma non solo – si fanno 'moltiplicatori' delle conoscenze: il raggio delle quali si espande, per l'appunto, per trasmissione o comunicazione sociale diffusa.

Questa differenza rende tanto più rilevante, e, in questo momento storico, quanto mai discussa, la questione della tutela delle ragioni dell'accesso alle opere di proprietà intellettuale. Vi è acceso dibattito e tensione fra diritto d'autore, da un lato, e accessibilità dell'opera e dell'informazione, dall'altro, e la questione si è fatta più intensa e complessa proprio in conseguenza dell'affermazione delle tecniche digitali di riproduzione e ritrasmissione telematica. Chi lamenta l'inadeguatezza, delle tradizionali tecniche di tutela approntate per le violazioni del diritto d'autore online, si confronta con chi critica il modello chiuso della conoscenza, che deriva dall'esclusiva sull'utilizzazione dell'opera riconosciuta all'autore.

Se, dunque, potrebbe apparire una contraddizione in termini interrogarsi sulla giuridificazione di una posizione che è già di diritto ancor prima dell'unificazione d'Italia, l'analisi si rivela interessante e stimolante, vista la generalizzata considerazione che oggi sussista una possibile lacuna tra le richieste sociali e la legislazione esistente.

Allora, è certamente non un mero esercizio argomentativo comprendere se esistano e quali siano gli spazi per un nuovo intervento del decisore pubblico. Passo successivo sarà verificare se sia conveniente colmare gli eventuali spazi e lacune con meccanismi diretti di regolamentazione, di giuridificazione – qui intesa nell'accezione di evoluzione della disciplina giuridica, sia attraverso l'acquisizione all'ordinamento di interessi nuovi, sia attraverso l'arricchimento o avanzamento nella tutela di posizioni già giuridicamente rilevanti – o sia, invece, preferibile affidarsi all'idea di un diritto determinato da un'autopoiesi graduale, che si sviluppa attraverso perturbazioni sociali e che, in ultima analisi, riflette ed è *riflesso* della società da cui proviene e dai principi generali di diritto che già sono ampiamente affermati nella stessa (Teubner, 1984: 83).

Proprio il settore digitale e l'evoluzione tecnologica che lo connota mettono in luce il probabile limite di una disciplina troppo puntuale o ancorata al fatto: mentre le pretese sociali sono sempre più veloci e pressanti, l'intervento legislativo è limitato dal formalismo e dalle procedure, nonché dalla dogmatica che deve sistematizzare l'elaborazione legislativa.

È oramai acquisito, infatti, che le tradizionali norme a tutela del diritto d'autore trovino applicazione in scenari tecnologici, sociali e di mercato indubbia-

mente distanti rispetto al contesto da cui presero spunto; una distanza che scaturisce non solo, e non semplicemente, da un fattore temporale, quanto, piuttosto, dalla pressione esercitata dall'avvento della tecnologia digitale e dai numerosi sviluppi che essa ha permesso. In seguito all'innesto di Internet – il quale offre uno straordinario strumento di diffusione dei contenuti in formato digitale – anche le attestate dinamiche del mercato delle industrie culturali e creative sono mutate. Ecco, ad esempio, che il tipico modello del diritto d'autore risulterebbe inadatto alla circolazione delle opere quando applicato ai moderni processi creativi, basati sulle tecnologie dell'informazione e comunicazione, in virtù delle quali gli utenti della rete si trasformano quotidianamente da consumatori ad autori di contenuti originali (Bertoni, Lillà Montagnani, 2015: 111).

Occorre, certamente, prendere le mosse dalla primigenia disciplina del diritto d'autore, per cogliere il contesto in cui è nata e comprendere le ragioni alla base della giuridificazione, così da verificarne la tenuta nell'epoca attuale.

## *2. Il ruolo dell'editoria ai fini della giuridificazione del diritto d'autore*

La nascita del diritto d'autore è preceduta dal privilegio librario: il diritto romano considerava possibile oggetto di proprietà i soli beni materiali, ma con l'invenzione della stampa a caratteri mobili il problema della riproduzione delle opere diviene più acuto e si risolve a favore degli stampatori appunto con il sistema dei privilegi librari (Iolanda Palazzolo, 2013), una forma di controllo politico talmente contiguo alla censura da esserne quasi indistinguibile (Rose, 1993: 10). Con l'abolizione dei privilegi librari, in Inghilterra nel 1709/1710 la Regina Anna accorda direttamente agli autori un diritto esclusivo di copia (*copyright*) cedibile agli editori, mentre in Francia – modello cui il regno sabauda prima e il Regno d'Italia poi si conformano – si riconosce il valore della creazione intellettuale sulla base di un diritto di proprietà allora nuovo, in quanto di natura differente dalla tradizionale proprietà dei beni materiali.

La giuridificazione del diritto d'autore è profondamente interconnessa con la nascita e lo sviluppo in Italia di un'editoria di tipo moderno, a sua volta fortemente legata con la realizzazione dell'unità nazionale (De Vecchis, Traniello, 2012: 63). La legislazione del diritto d'autore mira, cioè, ad assicurare, non più con provvedimenti autoritativi singolarmente emanati (quali erano stati i privilegi librari), ma con una legge generale, che i prodotti di una determinata industria, quella editoriale, non possano venire riprodotti da altri per un determinato lasso di tempo, nello stesso modo dei prodotti industriali soggetti a brevetto. La legislazione del diritto d'autore presuppone insomma la nascita dell'industria dell'editoria che, come fatto sociale di rilevanza economica, precede la sua regolamentazione giuridica.

In questo contesto non sorprende che la legge 2.04.1865, n. 2215 per l'unificazione legislativa del Regno comprenda la proprietà letteraria e artistica tra le materie delegate alla regolazione del governo (art. 1, punto 10), delega attuata il 25.06. 1865 con la legge n. 2337.

Con il r.d.l. 7. 11. 1925, n. 1950 e la l. 18.03.1926, n. 562 la c.d. concezione pluralistico duale del diritto d'autore entra e si afferma nell'ordinamento. Il diritto d'autore contiene due posizioni entrambe tutelabili, una patrimoniale – sostanzialmente composta dell'esclusiva e della disponibilità e trasmissibilità del diritto agli eredi – e l'altra morale, che riguarda la paternità e integrità dell'opera e l'eventuale ritiro dell'opera stessa dal commercio. Tale costruzione è fatta propria nella Convenzione di Berna<sup>1</sup>, il principale atto di diritto internazionale che ancor oggi disciplina il diritto d'autore. Si stabilisce, inoltre, con una regola a tutt'oggi vigente, che la durata dei diritti di utilizzazione economica si protragga per tutta la vita dell'autore e 50 anni dopo la sua morte a favore degli eredi, durata poi portata a 70 anni con la modifica del 1996.

Infine la l. 22.04.1941, n. 633 (d'ora in poi l.a.), richiamata nel libro V del codice civile, organizza sistematicamente la disciplina del diritto d'autore e dei c.d. diritti connessi (attribuiti a chi con la propria attività d'impresa o con la propria creatività interviene sull'opera) assecondando l'impostazione che vuole funzione essenziale della disciplina del diritto la garanzia della tutela contro il rischio di attività in grado di frustrare gli interessi dell'avente diritto a recuperare i costi dell'investimento e a ottenere una giusta compensazione per il lavoro svolto.

In quest'ottica la limitazione temporale al diritto di esclusiva costituisce una soluzione normativa in grado di bilanciare l'interesse all'incentivo derivante dal potere monopolistico dell'esclusiva con l'interesse a restituire, esaurito il termine, il mercato alla concorrenza e a diffondere la conoscenza (Caso, 2010, postfazione).

La disciplina mira nel suo complesso a risolvere gli eventuali conflitti interpretati sull'allocazione delle risorse intangibili: la giuridificazione avviene, dunque, con l'introduzione di norme di diritto privato che nel dettare le regole per la risoluzione dei conflitti tutelano la creatività dell'autore e così indirettamente gli interessi pubblici dell'istruzione, ricerca ed accesso all'informazione.

### *3. La dematerializzazione del supporto dell'opera e le questioni dell'attualità e adeguatezza del regime vigente*

La dematerializzazione dell'informazione interrompe il binomio indissolubile tra l'opera e il supporto fisico che la veicola: un binomio che aveva regolato per secoli l'editoria e i meccanismi di tutela della proprietà intellettuale.

Gli stampatori non rappresentano più l'interlocutore privilegiato e il ruolo dell'impresa nel campo del diritto d'autore digitale muta a causa del mutamen-

to delle tecnologie: l'organizzazione imprenditoriale tesa alla distribuzione dei contenuti perde il *proprium* dell'intermediazione per acquisire quello dell'aggregazione o organizzazione delle opere (Prosperetti, 2013: 185).

Si afferma, a livello sociale, un diverso approccio: finché l'opera insiste su un supporto fisico sembra naturale riconoscerne la proprietà solo ad alcuni, quando l'opera entra in uno spazio elettronico sembra ugualmente naturale liberarne l'accessibilità. Il decisore pubblico, non più solo a livello nazionale, ma anche sul piano europeo<sup>2</sup>, risponde alle nuove tecnologie estendendo in ampiezza e durata il *copyright* o diritto d'autore e individuando meccanismi di libere utilizzazioni al fine della accessibilità e fruibilità delle opere per fini personali o culturali. Il cresciuto rilievo sociale e la dimensione sempre più allargata dei conflitti tra autore e fruitore dell'opera ha di fatto comportato una partecipazione sempre più intensa della pubblica amministrazione, che si assume oggi investita di un ruolo centrale nell'ambiente telematico (Bertani, 2012: 129).

#### *4. La scelta dell'enforcement amministrativo per fronteggiare la diminuzione di effettività del diritto d'autore nell'ambiente telematico: i soggetti pubblici coinvolti e il coordinamento tra gli stessi*

Il diritto d'autore è diritto della proprietà intellettuale e, come tale, è un diritto di proprietà che si riferisce ad un bene intangibile, qual è la creazione originale dell'ingegno. La creazione originale si concretizza in un supporto tangibile: lo scritto, il libro, la scultura, la tela, il disco, la pellicola; ciò permette all'immaginario umano di collegare la proprietà intellettuale al suo frutto. L'avvento della tecnologia digitale mette, invece, in risalto l'estraneità della cosa tangibile all'oggetto della tutela. Tale estraneità è un aspetto connaturale alla proprietà intellettuale, pur tuttavia aspetto che resta a lungo nascosto o mitigato dalla finzione della riconduzione della proprietà al suo frutto concreto.

Internet e l'interoperabilità delle reti con il Web 2.0 amplificano le incertezze e le difficoltà nell'applicazione delle garanzie e degli standard di tutela immaginati e pensati per un diritto d'autore che passa attraverso opere tangibili e richiede la mediazione dello stampatore, prima, dell'editore, poi. La facilità di diffusione e l'istantaneità nella riproduzione delle opere dell'ingegno dematerializzate rappresentano nuovi elementi estranei all'impostazione e all'impianco della disciplina. L'imporsi delle reti telematiche rende possibili violazioni sistematiche del diritto d'autore, le quali non sono facilmente affrontabili con le misure repressive tradizionali (Ramajoli, 2014: 88).

La reazione dell'ordinamento si manifesta con il fenomeno definito (Bertani, 2012: 129) dell'amministrativizzazione dei conflitti interprivati sull'allocazione delle risorse protette dai diritti d'autore e connessi. Il cresciuto rilievo pub-

blicistico dei conflitti interprivati ha legittimato una partecipazione sempre più intensa della pubblica amministrazione. Essa si manifesta in modo più evidente nei procedimenti amministrativi di brevettazione e registrazione, ma assume un ruolo centrale nell'ambiente telematico, secondo una linea politica «favorita dall'idea che la maggior flessibilità dell'intervento amministrativo rispetto a quello giurisdizionale, lo renda più adatto a contrastare le violazioni dei diritti sugli intangibles [...] realizzate in ambiente telematico [...]» (Bertani, 2012: 130).

Se l'ordinamento intende mantenere al diritto d'autore la struttura del diritto esclusivo, allora occorre fronteggiare la diminuzione di effettività in ambiente telematico con l'introduzione di nuove misure di tutela calibrate sulla peculiarità del dominio digitale.

Poiché, nonostante la dematerializzazione, l'opera deve ancora transitare dalla struttura di rete, il controllo delle infrastrutture di comunicazione può divenire lo strumento per ristabilire l'effettività del diritto esclusivo (Bertani, 2012: 135), acquisendo la collaborazione dei diversi tipi di prestatori di servizi su internet per strumentalizzarne l'operato allo scopo di monitorare gli illeciti telematici, facilitarne la repressione e prevenirne la ripetizione.

Negli Stati Uniti<sup>3</sup> il legislatore individua nella regolazione della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime (Delsignore, 2014: 3). Il sistema di *enforcement* statunitense non esce, in ogni caso, dall'alveo della tutela civile dei diritti di proprietà intellettuale, ma utilizza lo strumento civilistico della responsabilità per ottenere un rimedio inibitorio o ripristinatorio oggettivo e immediato, tale da ridurre drasticamente la necessità di ricorrere al lungo e costoso rimedio giurisdizionale. Il modello statunitense è frutto di una «torsione oggettivante» (Tonoletti, 2013: 335) della responsabilità civile per illecita diffusione di opere in violazione del *copyright*, che si realizza attraverso un procedimento di *notice and takedown* che coinvolge esclusivamente soggetti privati.

In Italia, anche su stimolo del diritto europeo e, in parte, sulla scorta dell'esempio transoceanico, la reazione è nel senso di intervenire di modo che l'irrogazione di inibitorie delle violazioni telematiche del diritto d'autore e connessi non debba rimanere riservata al giudice civile<sup>4</sup>, così come previsto per la violazione di diritti su opere non digitali.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni entra in gioco per la tutela del diritto d'autore in internet con un intervento che è previsto come parallelo e alternativo a quello giurisdizionale e non, come nelle ipotesi già in precedenza di competenza dell'amministrazione in funzione servente all'*enforcement* giudiziale (Ramajoli, 2014: 95). I due pilastri che sorreggono la policy e l'intervento regolatorio dell'Autorità – necessità di rafforzare l'*enforcement* dei diritti d'auto-

re e connessi nell'ambiente telematico, da una parte, e naturale ruolo giustiziale delle autorità indipendenti, dall'altra – sembrano giustificarsi a vicenda, come in un gioco di specchi: i diritti d'autore e connessi soffrono di un deficit di tutela sulle reti di comunicazione elettronica, settore cui è preposta una specifica autorità indipendente, il cui compito è anche quello di garantire la tutela delle posizioni di tutti i soggetti che vi operano (Tonoletti, 2013: 339).

Si prevede, così, che pretese primariamente riconducibili all'interesse di un operatore economico privato (il titolare dei diritti di proprietà intellettuale) ricevano protezione attraverso il più tipico dei *public enforcement*, vale a dire con l'esercizio di poteri amministrativi da parte di un'autorità amministrativa (Clini, 2014: 161).

In particolare, con la delibera n. 680/13 del 12.12.2013 l'AGCom adotta un regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica<sup>5</sup>, che prevede il potere dell'Autorità di ordinare direttamente la rimozione di un contenuto dalla pagina internet o addirittura il blocco dell'accesso a un sito internet, su domanda del titolare del diritto d'autore o del diritto connesso che si pretende leso dalla pubblicazione dell'opera o di una sua parte, a prescindere dall'accertamento giurisdizionale di un illecito penale. Al ricevimento della segnalazione da parte di un privato, l'Autorità, dopo un primo vaglio sommario, procede a notificare la segnalazione al sito, dandogli così la possibilità di adeguarsi in via spontanea a quanto richiesto dal precedente o, invece, di effettuare una *counter-notice*. Nell'ipotesi in cui il gestore del sito non si attivi rimuovendo i materiali, ma resti inerte o reagisca inviando la *counter-notice*, la Commissione deciderà se vi siano i presupposti per procedere. Nel caso in cui all'esito del procedimento si rinvenga la sussistenza di una violazione, si richiederà la rimozione del materiale se i server sono in Italia, o – qualora i server siano all'estero – si potrà richiedere ai fornitori di connettività il blocco del sito dall'Italia.

La scelta di affidare la repressione del fenomeno della pirateria in rete alla regolamentazione amministrativa e l'intervento dell'Autorità rimangono controversi. Da un lato, sono state sollevate molteplici perplessità sulla sussistenza di un fondamento normativo quanto all'esercizio del potere regolamentare di Agcom ovvero sulla possibilità di mitigare il deficit di legalità formale attraverso un irrobustimento della legalità procedurale, quantomeno tramite la garanzia della *full jurisdiction* (Renna, 2014: 111). Dall'altro lato, risultano tuttora pendenti ricorsi al TAR del Lazio per l'annullamento del regolamento, dopo che la Corte Costituzionale, con la sentenza depositata il 3 dicembre 2015, n. 247, ha ritenuto inammissibili, in quanto contraddittorie, le questioni sollevate dallo stesso TAR in merito alla conformità costituzionale della tutela dei diritti in gioco<sup>6</sup>.

Il procedimento alternativo al giudizio civile si rivela, in ogni caso, indubbiamente più celere e meno costoso, sicché già molto numerose sono le delibere adottate da AGCom a fronte delle segnalazioni di lesioni al diritto d'autore e connessi.

Accanto ad AGCom, esiste altro soggetto, presente da ben più lunga data tra le istituzioni, cui sono attribuite funzioni nella tutela del diritto d'autore. È la SIAE (Ramajoli, 2014: 96; Schiavano 1997; Fabiani, 1997: 779), nata come ente privato e associativo, con il nome di Società degli autori, a Milano nel 1882 per iniziativa di un gruppo di letterati e politici, di musicisti ed editori, con lo scopo appunto di tutelare il diritto d'autore.

L'ente è stato presto chiamato ad assolvere funzioni pubblicistiche, quali l'accertamento e la riscossione delle imposte sugli spettacoli e, successivamente, la raccolta dei compensi dovuti per le riproduzioni reprografiche, la tenuta dei registri delle opere, la ricezione dei depositi e l'apposizione del contrassegno o la distribuzione dei compensi dovuti ad autori ed editori per il prestito effettuato da istituti pubblici come le biblioteche<sup>7</sup>. Si tratta cioè di esclusivo organo intermedio riconosciuto dallo Stato per l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica spettanti agli autori.

SIAE è un ente pubblico con particolare competenze ai fini del funzionamento del sistema del diritto d'autore e le sue competenze si estendono anche alla tutela del diritto. L'art. 182 *bis* L.A. ha, infatti, attribuito a SIAE, insieme ad AGCom, «nell'ambito delle rispettive competenze» funzioni di vigilanza «al fine di prevenire e accertare le violazioni» della legge. La disposizione è stata tuttavia interpretata, peraltro dalla stessa AGCom, nel senso che a SIAE residuino compiti di mera collaborazione e supporto rispetto ad AGCom. AGCom, in quanto autorità indipendente, rivendica titolarità in via principale della vigilanza sul diritto d'autore e delle connesse attività istruttorie ed ispettive, lasciando alla SIAE attività di mero coordinamento e supporto operativo.

AGCom riveste, dunque, alla luce del recente regolamento, un ruolo centrale oggi nella tutela dalle violazioni del diritto d'autore online e sui servizi media audiovisivi. Si è giustamente osservato (Tonoletti, 2013: 343) che nel passaggio dalla vigilanza prefigurata dagli artt. 182 *bis* e 182 *ter* L.A. al regolamento dell'Autorità si verifica un radicale mutamento dell'oggetto della vigilanza stessa.

L'art. 182 *bis* definisce questo oggetto riferendosi, in termini generali, alle «violazioni della presente legge», che è compito dell'Autorità «prevenire ed accertare», ma l'art. 182 *ter*, stabilendo che «in caso di accertamento di violazione delle norme di legge» gli ispettori trasmettono il processo verbale «agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli articoli 347 e seguenti del codice di procedura penale», chiarisce che le violazioni cui si riferisce l'art. 182 *bis* sono quelle per le quali la L.A. prevede fattispecie di reato e



che, quindi, la vigilanza ispettiva affidata all'Autorità si esplica solo nei limiti di una tale rilevanza penalistica degli illeciti.

Nella logica dell'art. 182 *bis*, pertanto, l'Autorità svolge una mera attività ausiliaria della giurisdizione penale. Con il nuovo regolamento, invece, la vigilanza dell'Autorità viene a dislocarsi non più in posizione ausiliaria rispetto alla giurisdizione penale, bensì in posizione alternativa rispetto alla giurisdizione civile.

L'oggetto della funzione amministrativa di vigilanza si trasforma profondamente, in quanto diviene la diretta tutela di diritti privati individuali, peraltro di contenuto (prevalentemente e spiccatamente) patrimoniale, e la funzione viene conseguentemente a qualificarsi tecnicamente come attività di *enforcement* di diritti soggettivi a struttura proprietaria.

##### *5. Esiste l'esigenza di un ribilanciamento degli interessi e di una nuova giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale?*

Con la rivoluzione digitale ci si chiede, allora, se sorgano anche le condizioni per un ribilanciamento della protezione autoriale, al fine di salvaguardare gli interessi fondamentali della libertà d'iniziativa economica e della concorrenza, della libera circolazione delle idee e delle informazioni e dello sviluppo della ricerca scientifica e della cultura.

Certamente le esigenze culturali e di diffusione della conoscenza in capo allo Stato, intese come espressione dei valori e diritti fondamentali della società e del suo armonico sviluppo, sono da sempre presenti e temperate nella disciplina del diritto d'autore e connessi.

Come si legge nella *Declaration Three steps test*<sup>8</sup>, nel contesto globale della legislazione sul diritto d'autore, il concetto di armonizzazione è stato finora applicato precipuamente nella direzione atta a garantire ai titolari del diritto la possibilità di trarre vantaggio da nuovi modi di sfruttamento e modelli di business. Se il processo di armonizzazione internazionale è principalmente inteso a salvaguardare gli interessi dei paesi 'esportatori di diritto d'autore', sul fronte opposto, evidenze storiche, teoria economica ed il principio di auto-determinazione suggeriscono che i singoli Stati dovrebbero godere di sufficiente flessibilità ed autonomia da poter adattare la legislazione sul diritto d'autore alle proprie esigenze culturali ed ai bisogni di sviluppo economico e sociale. Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, che sono abitualmente ritagliate attorno alle necessità locali, rappresentano il più importante meccanismo per il raggiungimento di un appropriato, auto-determinato bilanciamento degli interessi a livello nazionale.

Occorre, in proposito, ricordare che le leggi sul diritto d'autore si basano sul principio della territorialità (De Sanctis, 2012: 23), secondo cui i diritti sono regolati dalle norme dello stato di utilizzazione. Ne deriva, allora, che la giuri-

dificazione nei singoli Stati può sempre inglobare ed elevare gli interessi pubblici legati alle proprie esigenze culturali e attraverso la disciplina delle utilizzazioni libere – oggi indicate quali eccezioni al diritto d'autore nella già citata Dir. 2001/29/CE c.d. *Information society* (Ghidini, 2013) – tutelare le istanze della società che assurgano ad interessi pubblici alla diffusione della informazione, cultura e conoscenza o sviluppo economico e scientifico. Tali limitazioni del diritto d'autore consistono nell'utilizzazione anche economica di opere dell'ingegno senza il consenso dell'autore e dei suoi aventi causa in base al temperamento, affidato al decisore pubblico e alla diversa sensibilità culturale nei singoli Stati, tra i diritti fondamentali degli autori, artisti, esecutori e imprese connesse e i diritti fondamentali della comunità o di particolari categorie di cittadini.

Le eccezioni al diritto d'autore devono certo essere espresse con chiarezza, anche alla luce del c.d. *Three steps test*<sup>9</sup>, che richiede, pur nella complessità della sua interpretazione, anzitutto che si tratti di casi particolari, che la riproduzione non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e non comporti un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare.

Si indica così la strada, già esistente, per risolvere la nuova tensione fra interessi privati dei titolari di diritti di proprietà intellettuale e interessi dei concorrenti e dei consumatori-utenti. La crescente 'contestazione' riguardante le limitazioni dell'accesso dei terzi ai contenuti, a cominciare da quelli rilevanti per il dibattito scientifico o civile e politico può forse trovare una adeguata risposta attraverso la sistemazione della disciplina delle libere utilizzazioni.

È stato per esempio affermato che il c.d. *Three steps test* non impone un'interpretazione restrittiva delle libere utilizzazioni. Piuttosto, esse dovrebbero essere interpretate alla luce degli obiettivi e delle finalità perseguite. Si è quindi suggerito di distinguere tra le varie libere utilizzazioni: tra queste, alcune esprimono infatti interessi costituzionalmente garantiti di (almeno) pari rango rispetto a quelli dei titolari dei diritti esclusivi, come nel caso degli usi per finalità di ricerca scientifica (Ghidini, Briceno Moraia, 2011: 201).

Così già esistono nel nostro ordinamento le previsioni contenute nel capo V del titolo I L.A., ove si prevedono utilizzazioni libere, ad esempio all'interno degli ospedali o istituti di prevenzione e pena, ovvero utilizzazioni libere per fini di promozione culturale<sup>10</sup>.

Il modello di giuridificazione del diritto d'autore come diritto di esclusiva, infatti, non è di per sé un modello chiuso, ma conosce possibili aperture e contemperamenti attraverso la disciplina delle libere utilizzazioni, sicché le contrapposizioni che si registrano nel dibattito attuale tra un modello protezionistico ed un modello aperto sono mal poste (Paccagnella, 2010).

Qualche considerazione particolare circa la tutela del diritto d'autore quanto ai frutti della ricerca scientifica pare necessaria anzitutto considerata la parti-

colare declinazione della libera utilizzazione in quel settore, ma anche considerato il recente ravvivato interesse dimostrato dal decisore pubblico, a livello europeo e a livello nazionale.

Lo scienziato non è un autore come un altro (Caso, 2009). È mosso dall'incentivo di diffondere il proprio pensiero e non da prospettive di guadagno economico generato dal mercato dei diritti d'autore e ciò trova conferma nel fatto che l'autore scientifico di rado percepisce guadagni dalla commercializzazione della propria opera.

La maggior parte delle ricerche è, inoltre, finanziata con fondi pubblici, ma i diritti sulla pubblicazione vengono, in genere, ceduti gratuitamente in esclusiva all'editore (così precludendosi anche la possibilità di ripubblicare l'opera senza autorizzazione dello stesso editore); editore che, in aggiunta, viene pagato, sempre con risorse pubbliche, per la stampa di un certo numero di copie dell'opera. I diritti di accesso e uso vengono poi acquistati sempre con fondi pubblici dalle istituzioni di ricerca tramite le proprie biblioteche. In buona sostanza, lo Stato paga più due volte lo stesso bene e gli editori tradizionali riescono a difendere una posizione di vantaggio sul mercato.

Lucidamente si osserva (Caso, 2009) che la posizione di forza dipende innanzitutto da ragioni che attengono al sistema di valutazione delle pubblicazioni scientifiche, che spinge l'autore a scegliere le sedi editoriali di maggior prestigio e le biblioteche a concentrare i propri investimenti solo sulle pubblicazioni con reputazione più elevata. Lo scenario peggiora nella dimensione digitale dove la vendita di abbonamenti a periodici si trasforma nella licenza di accesso a banche dati scientifiche generalmente commercializzate in forma di *bundling* (offerte a pacchetto). Il *bundling* si riflette sulla spesa delle biblioteche accentuando lo sbilanciamento tra la voce (molto più consistente) di *budget* dedicata ai periodici e quella (decisamente più esigua) riservata alle monografie.

La recente sensibilità per l'efficiente utilizzo delle risorse pubbliche, stimolata dalla crisi economica, ha comportato un ripensamento sulle modalità di pubblicazione delle opere scientifiche, anche in considerazione del valore della ricerca universitaria come risorsa per la comunità sociale e istituzionale.

L'*open access*, o accesso aperto, identifica una nuova modalità atta a permettere l'immediata accessibilità ai frutti della ricerca anche al fine di incentivare la cooperazione, lo scambio, l'imitazione creativa e la valutazione critica, nella convinzione che la pubblica disponibilità della letteratura scientifica possa dare un impulso decisivo ai processi di crescita economica e contribuire al progresso di una scienza più efficiente (Caso, 2009: 42).

Esso si realizza attraverso la pubblicazione di riviste ad accesso aperto e gratuito (la cosiddetta *golden road* o via aurea) oppure in pratiche di autoarchiviazione online da parte degli autori, in genere in archivi istituzionali c.d. *repository* (gre-

*en road* o via verde). Gli studiosi, finanziati con risorse pubbliche, sono chiamati a depositare una copia dei loro lavori, indipendentemente dalla pubblicazione sulle tradizionali riviste scientifiche, in appositi archivi istituzionali ad accesso pubblico predisposti dalle università e dalle altre istituzioni di ricerca. Nella *golden road* si preserva il ruolo di editori, comitati scientifici e revisori, ma i costi anziché essere sopportati dai lettori, sono a carico degli autori, ovvero studiosi e scienziati. In questo modo i finanziamenti della ricerca finirebbero per coprire sia i costi di produzione della conoscenza sia i costi della disseminazione.

In favore di questo nuovo sistema è la raccomandazione della Commissione del 17 luglio 2012 *on access to and preservation of scientific information*<sup>11</sup> che invita gli Stati a definire politiche di accesso aperto in linea con le *policies* già precisate in Horizon 2020.

In Italia l'art. 4 della legge 7.10.2013, n. 112 che ha convertito con modificazioni il decreto legge 8.08.2013, n. 91, *Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*, invita i promotori pubblici della ricerca scientifica a adottare le misure necessarie per l'accesso aperto ai risultati della ricerca.

Anche la consultazione per l'istituzione di AnPREPS, ovvero dell'Anagrafe nazionale nominativa dei Professori e dei Ricercatori e delle Pubblicazioni Scientifiche, avviata dal CUN e dall'ANVUR testimonia la presa di coscienza della necessità di un intervento e conferma la percezione dell'*open access* sicuramente come un valore per la stessa ricerca, pur nella difficoltà di indentificare elementi idonei a certificare il carattere scientifico delle opere registrate.

#### 6. *Il carattere indiretto dell'interesse pubblico nella giuridificazione del diritto d'autore*

Le recenti innovazioni tecnologiche, ora anche attraverso l'interconnessione tra mezzi di comunicazione, ma soprattutto attraverso la digitalizzazione e i nuovi formati elettronici delle opere, hanno, da un lato, messo in luce talune criticità della disciplina del diritto d'autore, suscitando un dibattito, tuttora in essere, sulla opportunità di un eventuale ripensamento del complessivo sistema di protezione, e, al contempo, evidenziato le lacune di un regime pensato per la tutela di opere tangibili, che si andava organizzando attraverso banche dati elettroniche e via internet.

Tutto ciò ha prodotto inevitabili riflessi anche sulla dimensione sociale del diritto d'autore, visto l'importante aumento del numero delle opere prodotte e la copiosa e rapida diffusione ed accessibilità delle stesse via web, e ha posto l'interrogativo circa l'eventuale necessità di un intervento del decisore pubblico a tutela dei diritti degli utenti. La tensione fra la tutela degli interessi dei titola-

ri di diritti di proprietà intellettuale e quella di altri interessi sociali e 'diffusi', la cui garanzia non è rinvenibile, e comunque non è tradizionalmente ascritta, alla disciplina specifica della proprietà intellettuale, inserisce così la discussione nel dibattito sulla opportunità della 'giuridificazione' degli interessi nuovi, o degli interessi deboli, che si è aperto in Italia alcuni anni or sono ad opera di sociologi del diritto e di cultori di diritto positivo (Alpa, 1999: 725).

Il bilanciamento di interessi è un obiettivo generale delle norme sul diritto d'autore così come testimoniano l'art. 7 TRIPS ed il WIPO *Copyright Treaty*, nel cui preambolo si può leggere «[...] la necessità di salvaguardare un equilibrio tra i diritti degli autori ed il più ampio interesse pubblico, in particolare istruzione, ricerca ed accesso all'informazione».

Il Preambolo dell'Accordo riconosce, nell'ordine, «that intellectual property rights are private rights» e «the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property». Esistono, precisa la dottrina (Tonoletti, 2013: 363), motivi superiori di interesse pubblico per proteggere la proprietà intellettuale, ma i diritti che risultano da questa protezione non smettono per questo di essere diritti privati.

La scelta in favore di un *enforcement* amministrativo della tutela del diritto d'autore con l'intervento di AGCom non tiene conto affatto del sistema esistente e risulta estranea alla logica dei conflitti interprivati propria della proprietà intellettuale. Essa, pur appetibile in quanto rapida e poco costosa, provoca una non desiderabile frammentazione nella disciplina della tutela dalle violazioni del diritto d'autore online e possibili sovrapposizioni tra istituzioni coinvolte. Nella pendenza dei giudizi sulla legittimità delle scelte di AGCom sarebbe forse opportuno ricercare soluzioni che siano invece compatibili con il sistema esistente, anche sulla scorta del modello statunitense che ragiona pur sempre all'interno delle regole della responsabilità civile.

Limitazioni ed eccezioni, come già messo in luce, rappresentano un importante strumento giuridico in mano al decisore pubblico, idoneo a coniugare l'esclusiva offerta dal diritto d'autore con gli interessi individuali e collettivi del pubblico, pur nella difficoltà di ponderare posizioni che hanno tutte rilievo costituzionale (Ghidini, 2013: 5; Ubertazzi, 2000a: 390).

Nemmeno bisogna commettere l'errore di chiedere alla proprietà intellettuale di intervenire a fini concorrenziali (Ghidini, 2005: 247). La funzione essenziale della disciplina del diritto d'autore, come si è tentato di evidenziare, consiste nel garantire la tutela contro il rischio di attività in grado di frustrare gli interessi dell'avente diritto a recuperare i costi dell'investimento e a ottenere una giusta compensazione per il lavoro svolto.

Esiste piuttosto uno scambio dialettico fra le due distinte discipline le quali, pur tendendo ad obiettivi diversi, ma certo non incompatibili ed anzi frequen-

temente sinergici, si intrecciano spesso per prevenire e rimuovere situazioni e/o comportamenti che ostruirebbero vuoi l'innovazione vuoi la dinamica e la correttezza della competizione economica. Scambio dialettico, dunque, attraverso il quale ciascuna disciplina, nell'adempiere alla propria funzione, può indirettamente servire anche la finalità dell'altra (Pojaghi, 2014: 149).

I numerosi effetti negativi per gli interessi pubblici fondamentali ascritti alla tutela della proprietà intellettuale sono spesso frutto di declinazioni iper-protezionistiche della disciplina, se non a volte di suoi 'abusi'. Va considerato, invece, che le funzioni di sviluppo dell'innovazione, di compenso/stimolo della creatività, di tutela anti-contraffazione dei beni oggetto di diritti di proprietà intellettuale sono anch'esse di interesse pubblico (Ghidini, Briceno Moraia, 2011: 201).

A conclusioni non dissimili si giunge anche oltreoceano, ove nella omogenea discussione circa l'eccessiva durata temporale dell'esclusiva e l'opportunità di ampliare l'accesso alle opere, la dottrina ha di recente messo in luce come siano i limiti e i condizionamenti inerenti la proprietà intellettuale a procurare lo stimolo necessario alla creatività di cui si connota l'opera dell'ingegno, utile al progresso scientifico e alla crescita economica e culturale della società (Fishman 2015: 1333).

## Note

- <sup>1</sup> La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche adottata il 9 settembre 1886 stabilisce il riconoscimento reciproco del diritto d'autore tra le nazioni aderenti, per risolvere, principalmente, il problema delle traduzioni in lingue diverse da quella originale della stessa opera. La Convenzione è amministrata dal WIPO, Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale. Nel 1994 con l'Accordo TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) adottato nell'ambito del GATT e promosso dall'OMC si fissano standard per la tutela della proprietà intellettuale, richiamando le condizioni della Convenzione di Berna.
- <sup>2</sup> Con la c.d. sesta Direttiva 2001/29/CE, Information Society, attuata in Italia con il d.lgs. 9.04.2003, n. 68. L'intervento europeo in tema di diritto d'autore prende avvio con l'avvento della telematica con la Dir.91/250/CE sui programmi per elaboratore. Alla stessa seguono la Dir. 92/100/CE sul diritto di noleggio e del prestito da istituzioni aperte al pubblico, la Dir. 93/83/CE sui diritti connessi nella radiodiffusione via satellitare e ritrasmissione via cavo, la Dir. 93/98/CE sull'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi, la Dir. 96/9/CE sulle banche dati, la Dir. 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato, la Dir. 2000/31 sul commercio elettronico, la Dir. 2001/29/CE sull'armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, che introduce il c.d. *three step test* per individuare le c.d. utilizzazioni libere, la Dir. 2001/84 sul diritto d'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, la Dir. 2004/48/CE c.d. dir. *enforcement*, e, da ultimo, la Dir. 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenza multiterritoriali.
- <sup>3</sup> La sezione OCILLA del DMCA (Digital Millennium Copyright Act) contiene la disciplina della responsabilità in tema di violazione del diritto d'autore. In particolare, vi si introducono talune esenzioni o limitazioni di responsabilità, c.d. *safe harbors*, in capo agli OSP che assumano una condotta collaborativa nella tutela del diritto d'autore, sia attraverso la predisposizione di regole per la sospensione del servizio in capo ai propri utenti che commettano ripetute violazioni, sia a mezzo della non interferenza con le eventuali misure tecniche di protezione del materiale, sia, infine, con la pronta rimozione delle eventuali opere illecite, ove ne abbiano conoscenza.
- <sup>4</sup> L'art. 156 L.A. prevede che «chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione».
- <sup>5</sup> Lo stesso regolamento Agcom ha inoltre istituito il Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali che svolge attività di mediazione per la semplificazione della filiera di distribuzione e in favore dell'adozione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi della società dell'informazione quali mezzi idonei per tutelare l'offerta legale delle opere digitali contrastando l'offerta di contenuti in violazione del diritto d'autore. La funzione di mediazione spiega la composizione variegata del Comitato. In merito cfr. Pampanin, 2014.
- <sup>6</sup> Ord. TAR Lazio, Roma, 26.09.2014, n. 10016 e ord. TAR Lazio, Roma, 26.09.2014, n. 10020.
- <sup>7</sup> Art. 180 L.A.
- <sup>8</sup> *Declaration Three steps test* Traduzione italiana a cura di Marco Ricolfi e Thomas Margoni. La versione di riferimento, aperta alla sottoscrizione, è solo quella inglese presente sul sito del Max Plank Institut per la proprietà intellettuale <[http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration\\_three\\_steps.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf)>(12/2016).
- <sup>9</sup> Previsto nella convenzione di Berna e poi ripreso sia nella dir. Infosoc, sia dall'accordo TRIPS, nel trattato WIPO, che prevede che «I Membri possono imporre limitazioni o ec-

cezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare».

<sup>10</sup> Con l'art. 4, comma 1 del decreto legge 8 agosto 2013, n. 91 (in G.U. 09/08/2013, n.186), convertito con modificazioni dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112 (in G.U. 08/10/2013, n. 236) si è introdotto un comma finale all'art. 15 L.A. in base al quale «Non è considerata pubblica la recitazione di opere letterarie effettuata, senza scopo di lucro, all'interno di musei, archivi e biblioteche pubblici ai fini esclusivi di promozione culturale e di valorizzazione delle opere stesse individuati in base a protocolli di intesa tra la SIAE e il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo». Il protocollo d'intesa è stato sottoscritto nel 2014, pubblicato con un breve appunto di Bellani, 2014.

<sup>11</sup> C (2012) 4890 final.



*Riferimenti bibliografici*

- Alpa G. 1999, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*: 725 sgg.
- Bellani V. 2014, *SIAE e MIBACT: alleanza per la cultura*, in *IDA*: 298 sgg.
- Bertani M. 2012, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *AIDA*: 129 sgg.
- Bertoni A., Lillà Montagnani M. 2015, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari di internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*: 111 sgg.
- Bixio M.L. 2015, *Ancora una chance per il sistema monopolistico delle collecting societies. Osservazioni sulla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 27 febbraio 2014 caso OSA*. in *Riv. dir. ind.*: 69.
- Caso R. 2009, *Relazione introduttiva. L'open access alle pubblicazioni scientifiche: una nuova speranza*, nel volume *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e open access*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008.
- 2010, *Alle origini del copyright e del droit d'auteur: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, Postfazione al volume di U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci.
- 2013, *La legge italiana sull'accesso aperto agli articoli scientifici: una prima panoramica*, in *Aedon*, 3.
- Clini A. 2014, *Le esperienze dell'enforcement amministrativo*, in *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Quaderni AIDA, a cura di L.C. Ubertazzi, Torino: 160 sgg.
- De Sanctis V. M. 2012, *Manuale del nuovo diritto d'autore* (II ed.), Editoriale Scientifica, Napoli.
- De Vecchis C., Traniello P. 2012, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal Settecento ad oggi*, Carocci, Roma.
- Delsignore M. 2014, *Il sistema U.S.A.*, in *AIDA*: 3.
- Fabiani M. 1997, voce *Siae*, in *Dig. Comm.*: 779 sgg.
- Falce V. 2012, *La modernizzazione del diritto d'autore* (II ed.), Giappichelli, Torino.
- Fishman J.P. 2015, *Creating Around Copyright*, in *Harv. L. Rev.*, 128: 1333 sgg.
- Ghidini G. 2005, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Merc.conc.reg.*: 247 sgg.
- 2011, *Introduzione*, in G. Ghidini, A. Stazi (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale*, Luiss University Press, Roma: 7 sgg.
- 2013, *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the European Directive "on Information Society"*, in *Dir. Ind.*, parte I: 5 sgg.
- Ghidini G., Briceno Moraia L. 2011, *Il futuro della proprietà intellettuale: un universo in espansione*, in *IDI*: 201 sgg.
- Iolanda Palazzolo M. 2013, *La nascita del diritto d'autore in Italia*, Viella, Roma.

- Paccagnella L. 2010, *Open access. Conoscenza aperta e società dell'informazione*, il Mulino, Bologna.
- Pampanin V. 2014, *Il comitato AGCOM per le opere digitali*, in *IDA*: 304 sgg.
- Pojaghi A. 2014, *Beni culturali e diritto d'autore*, in *IDA*: 149 sgg.
- Prosperetti E. 2013, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Giappichelli, Torino.
- Ramajoli M. 2014, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *AIDA*: 88 sgg.
- Renna M. 2014, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *AIDA*: 111 sgg.
- Rose M. 1993, *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Scamardella F. 2011, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in <<http://www.i-lex.it>> (12/2016).
- Schiavano M.L. 1997, *Pubblico e privato negli enti pubblici associativi – il caso della SIAE – Problemi di diritto interno e profili comparatistici*, Cedam, Padova.
- Teubner G. 1984, *Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg*, in *Law and society review*, XVIII (2): 83 sgg.
- Tonoletti B. 2013, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*: 335 sgg.
- Ubertazzi L.C. 2000a, *Il fondamento costituzionale del diritto d'autore*, in *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano: 389 sgg.
- 2000b, *Le banche dati*, in *I diritti d'autore e connessi, Scritti*, Giuffrè, Milano: 67 sgg.
- 2000c, *Seconda introduzione*, in *I diritti d'autore e connessi, Scritti*, Giuffrè, Milano: 25 sgg.

# LA GIURIDIFICAZIONE DEGLI ORDINI PROFESSIONALI

*Andrea Fantin*

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. La fase ascendente della giuridificazione degli ordini professionali. Dal riconoscimento di un'identità culturale degli appartenenti alla regolamentazione privatistica del fenomeno. 3. L'assorbimento degli ordini professionali nell'ordinamento statale. Dalla prima normativa di settore in Italia alle corporazioni fasciste. Prime conclusioni sulle ragioni della giuridificazione degli ordini. 4. Gli ordini professionali nell'ordinamento repubblicano dalla Costituzione ad oggi. 4.1 I principi costituzionali. 4.2 Gli ordini professionali nel codice civile. 4.3 Le leggi istitutive degli ordini professionali. Organizzazione e funzioni. 4.4 La legge 14 gennaio 2013, n. 4 sulle professioni non organizzate in ordini e collegi. 5. L'incidenza della normativa comunitaria sulla disciplina dell'attività professionale e degli ordini. 6. Considerazioni conclusive: ipotesi per una nuova giuridificazione degli ordini professionali.

## *1. Premessa*

Tentare di analizzare le ragioni che stanno a fondamento della giuridificazione degli ordini professionali e l'evoluzione del fenomeno nel nostro ordinamento non appare, per nulla, compito semplice, sia dal punto di vista sistematico, stante l'ampiezza dell'argomento sia dal punto di vista sostanziale alla luce del difficile inquadramento dogmatico che da sempre ruota intorno alla natura degli ordini stessi.

In relazione al primo dei due punti sopra accennati, risulta quindi necessario delineare i confini della ricerca, anticipando fin d'ora che il presente lavoro si occuperà esclusivamente dell'evoluzione della giuridificazione degli ordini dal punto di vista organizzativo, intrecciando solo marginalmente, e per quanto qui possa giovare, le problematiche legate all'attività funzionale svolta dagli appartenenti a tali organizzazioni.

Passando poi al secondo dei problemi evidenziato, non può tacersi come le incertezze e le differenti opinioni ancor oggi esistenti in dottrina e mai risolte in via definitiva dal dato normativo, relativamente all'esatta collocazione e appartenenza degli ordini professionali agli enti pubblici o meno, rendono più complesso dare precise risposte non solo alle ragioni che stanno alla base della giuridificazione degli ordini nel nostro ordinamento ma anche alle stesse modalità che hanno portato all'attuale regolamentazione degli stessi.

Delineato l'ambito della ricerca e le difficoltà che presenta, è possibile ora iniziare a circoscrivere temporalmente il fenomeno della giuridificazione degli or-

dini e quale sia stato inizialmente il minimo comune denominatore che ha indotto determinati gruppi di persone, portatori di interessi comuni, non solo a riunirsi spontaneamente in gruppi ma ad attribuire a tali organizzazioni il compito specifico di dettare, da un lato norme di autoorganizzazione dell'ente esponenziale e dall'altro norme di regolamentazione dei comportamenti degli associati, aventi come finalità la tutela, non solo degli interessi collettivi degli appartenenti della categoria, ma anche quella dei terzi che delle prestazioni di questi appartenenti fruiscono.

Come si cercherà di evidenziare il fenomeno della giuridificazione degli enti professionali è stato influenzato, fin dall'origine, dal fatto che tali organizzazioni, indipendentemente dalla natura ad essi attribuita rappresentano veri e propri «ordinamenti giuridici particolari per ogni professione, ciascuno dei quali ha una propria normazione che si pone a seconda dei casi in situazione di indifferenza, di autonomia o di soggezione rispetto all'ordinamento giuridico generale» (Piscione, 1987: 1041). Per tali ragioni si è ritenuto necessario procedere ad una disamina del problema in chiave diacronica.

Solo un'analisi che contestualizzi temporalmente le fasi della giuridificazione degli ordini professionali, è, a giudizio di chi scrive, in grado di far emergere le ragioni giuridiche, politiche e sociali che, nei periodi che si sono succeduti, hanno determinato una regolamentazione tanto diversa del fenomeno.

## *2. La fase ascendente della giuridificazione degli ordini professionali. Dal riconoscimento di un'identità culturale degli appartenenti alla regolamentazione privatistica del fenomeno*

L'origine della giuridificazione degli enti professionali fonda le sue radici già nella Roma imperiale.

Fin da tale periodo infatti coloro che esercitavano le c.d. *operae liberales* – attività caratterizzate da prestazioni intellettuali di alto profilo – sentirono l'esigenza di riunirsi in associazioni (i c.d. *collegia* o *corpora opificium*), dotate, già allora, di personalità giuridica.

L'appartenenza a tali associazioni se da un lato imponeva ai membri specifici obblighi, dall'altro garantiva agli appartenenti considerevoli privilegi come ad esempio l'esenzione dal servizio militare o dal pagamento di tributi di carattere straordinario.

L'esigenza di difendere gli interessi dei diversi appartenenti alle categorie professionali, e la consapevolezza sempre crescente di un'identità culturale di gruppo, determinò nel Medioevo un'accentuazione del fenomeno, sorto durante l'impero romano, con l'istituzione delle corporazioni professionali, caratterizzate da una forte autonomia rispetto alle istituzioni statali e dall'esercizio di spe-

cifici poteri posti a difesa non solo degli interessi del gruppo ma anche dell'intera collettività (Golino, 2011: 14).

Se, come si avrà modo di verificare successivamente, le ragioni che furono alla base dell'istituzione dei *collegia* e successivamente delle corporazioni medioevali sembrano essere pressoché identiche a quelle che oggi giustificano l'esistenza dei moderni ordini professionali (alto livello di competenza e qualità da un lato e stringente controllo sugli appartenenti dall'altro), diversa è sicuramente la fonte giuridica che ha portato alla regolamentazione dei diversi fenomeni associativi.

Nonostante l'eterogeneità della disciplina – dovuta essenzialmente alle tipologie di potere locale e nazionale con le quali tali organizzazioni, allora, dovevano confrontarsi – esse erano caratterizzate dal fatto di costituire «veri e propri gruppi sociali chiusi, con propria autonomia e giurisdizione, come tali riconosciuti dallo Stato, muniti di speciali privilegi, minutamente organizzati, spesso anche con notevole rilievo politico» (Lega, 1965: 7).

Come è stato osservato, è possibile individuare 'un percorso evolutivo comune' delle organizzazioni di categoria caratterizzato dapprima dalla costituzione e dall'affermazione nella società della corporazione professionale di settore con contestuale rivendicazione di una propria area di attività esclusiva e, successivamente, anche dalla pretesa di un riconoscimento esplicito da parte delle istituzioni (Golino, 2011: 15).

L'iniziale carattere di indipendenza ed autonomia di tali organizzazioni dall'ordinamento statale favorì, pertanto, una forma di giuridificazione caratterizzata, per lo più, da regole pattizie, volte da un lato a regolamentare la vita dell'organizzazione e l'ammissione degli appartenenti e dall'altro a controllare, ed eventualmente a sanzionare, i comportamenti degli stessi associati.

La giuridificazione era dunque riservata in via esclusiva allo Statuto che regolamentava e conteneva al suo interno le norme relative alla struttura della corporazione oltre a compiti e finalità che le corporazioni si prefiggevano di realizzare.

Proprio la capacità di dotarsi di norme, volte a contingentare l'accesso degli appartenenti e il conseguente mantenimento di posizioni di monopolio delle attività esercitate, rafforzò ulteriormente tali corporazioni che ben presto riuscirono ad esercitare pressioni considerevoli sugli stessi poteri locali fino ad orientare la produzione di leggi a favore dei singoli gruppi di interesse.

Il rapporto di equilibrio sopra descritto tra corporazioni professionali e potere pubblico, venne alterato in seguito alle spinte della Rivoluzione francese e alla nuova concezione di Stato liberale ottocentesco.

Tali spinte determinarono infatti una forte diffidenza verso tutti i corpi intermedi che si frapponevano tra l'individuo e lo Stato, con la conseguenza che, sulla scia di quanto avvenne in Francia con la legge Le Chapelier, venne imposto anche sul territorio italiano lo scioglimento di tutte le corporazioni esisten-

ti, disconoscendo così espressamente ogni interesse di gruppo in nome della libertà di associazione e dell'autonomia dell'individuo (Badinter, 1989: 377).

Non deve quindi meravigliare che i primi veri interventi di giuridificazione statale nei confronti delle corporazioni professionali non abbiano avuto ad oggetto la regolamentazione del fenomeno associativo esistente, ma si siano concretizzati in una totale chiusura da parte delle istituzioni verso ogni forma di associazione compresa quella degli ordini professionali stessi.

Anche in Italia, è stato osservato (Manfredi, 2008: 567), il disfavore dell'ordinamento nei confronti dei corpi intermedi si concretizzò, in tale periodo, in una giuridificazione statale fortemente restrittiva nei confronti del diritto di associazione come è dimostrato da specifiche disposizioni contenute nel codice penale sardo e tutta una serie di interventi repressivi imposti dal Parlamento che di fatto recepivano quanto già precedentemente disciplinato in Francia, dapprima con la già citata legge Le Chapelier del 1791 e successivamente dal Codice penale napoleonico.

### *3. L'assorbimento degli ordini professionali nell'ordinamento statale. Dalla prima normativa di settore in Italia alle corporazioni fasciste. Prime conclusioni sulle ragioni della giuridificazione degli ordini*

Il divieto di riunirsi in gruppi professionali organizzati durò fino all'inizio del XIX secolo, periodo in cui gli ordini cominciarono a ricostituirsi, perdendo gli antichi privilegi ma mantenendo, in gran parte, i tratti tradizionali quanto ad organizzazione e funzioni.

Ciò che cambia rispetto al passato è invece il rapporto tra Stato e ordini professionali.

Con la ricostituzione dell'ordine degli avvocati, avvenuta in Francia il 14 dicembre 1810 grazie a Napoleone con apposito decreto imperiale, per la prima volta, gli Ordini professionali vengono sottoposti, ad un penetrante controllo statale (Halperin, 1992: 59).

Con tale atto normativo, lo Stato non solo disciplinava minuziosamente – dal punto di vista organizzativo – l'intera struttura dell'ordine professionale degli avvocati (Alvazzi Del Frate, 1994: 17) ma attribuiva anche un ampio potere disciplinare al Ministero della Giustizia nei confronti degli appartenenti: controllo statale tanto invasivo da indurre a ritenere che il provvedimento imperiale se, da un lato, aveva il merito di «resuscitare l'avvocatura, al tempo stesso la imbavagliava» (Damien, 1989: 147).

In seguito a ciò si assiste, ovunque anche in Italia, ad un radicale cambiamento nella fisionomia di tali gruppi sociali.

Le vecchie categorie di professionisti, organizzate secondo regole di diritto privato, che godevano fino a quel momento dell'esclusiva giurisdizione sui pro-

pri aderenti, del potere di fissare nei propri statuti le norme di comportamento, di giudicare le vertenze tra gli associati, vengono trasformate «attraverso un provvedimento legislativo o amministrativo statale, in enti pubblici, sotto la sorveglianza dello Stato» (Teresi, 1997: 451; Piscione, 1987: 1041): gli ordini professionali diventano, d'ora in avanti, vere e proprie strutture inserite nella organizzazione unitaria dello Stato.

Come fatto notare da una parte della dottrina (Manfredi, 2008: 567; Allegretti, 1989: 71), si assiste con l'avvento dello Stato liberale ottocentesco ad un fenomeno di vero e proprio assorbimento degli ordini professionali nell'organizzazione statale che solo apparentemente può risultare in contrasto con il precedente divieto di costituzione dei gruppi intermedi imposto con la legge Chapelier.

La giuridificazione stringente di tale periodo degli Ordini, portata avanti dallo Stato con specifici provvedimenti normativi, infatti, sia pur attraverso una diversa strada, ottiene l'effetto di 'depotenziare ed imbrigliare', in ugual misura, gli stessi.

Significative – per comprendere le ragioni e le modalità della giuridificazione in chiave pubblicistica degli ordini professionali sono le parole di Adam Smith che giustifica il fenomeno affermando che: «è difficile che persone dello stesso mestiere si incontrino, sia pure per far festa e per divertirsi, senza che la conversazione finisca in una cospirazione contro lo stato o in qualche espediente per elevare i prezzi. È certamente impossibile impedire questi incontri con una legge compatibile con la libertà e la giustizia. Ma se la legge non può vietare a coloro che esercitano lo stesso mestiere di riunirsi talvolta insieme, non dovrebbe far niente per facilitare tali riunioni e tanto meno per renderle necessarie. Un regolamento che obbliga tutti quelli che esercitano lo stesso mestiere in una determinata città a iscrivere i loro nomi e i loro domicili in un pubblico registro facilita tali riunioni, in quanto mette in rapporto tra loro individui che altrimenti potrebbero non conoscersi mai l'uno con l'altro e indica a ciascuno dove trovare ogni altro appartenente al medesimo mestiere» (Smith, 1995: 155).

Si assiste dunque, a partire da questo momento, ad una vera e propria entificazione pubblicistica di tali ordinamenti particolari con la precisa finalità di garantire allo Stato la regolazione e il controllo sugli stessi.

È in tale contesto che dopo l'unificazione del Regno d'Italia si procede alla regolamentazione di tutte le principali professioni a cominciare da quella di avvocato e procuratore legale attuata con la l. 8.6.1874, n. 1938 e relativo regolamento r.d. 27.7.1874.

Tale disciplina, ispirata fortemente a quella francese, risulta di importanza fondamentale, non solo perché rappresenta il primo intervento organico post unitario volto a regolamentare con legge statale una professione 'protetta' ma perché contiene in sé gli elementi caratterizzanti che ispireranno anche tutti gli

ordinamenti delle altre professioni (Merusi, 2009: 145), definendo: 1) i principi del monopolio legale dell'esercizio professionale riservato, da questo momento, esclusivamente a coloro che risultano iscritti in appositi albi; 2) l'autonomia degli enti professionali costituiti su base corporativa e dotati di personalità giuridica, 3) il controllo dello Stato, 4) i compiti attribuiti agli ordini (tenuta degli albi e vigilanza sul comportamento degli iscritti).

Sulla base di tale impostazione vennero, infatti, successivamente disciplinate anche tutte le altre professioni c.d. protette: i ragionieri nel 1906 con la legge n. 327 e successivo regolamento r.d. 9.12.1906, n. 715, i notai con la l. 25.7.1875, n. 2786 e l. 6.4.1879, n. 4817 riunite nel T.U. approvato con r.d. 25.5.1879, n. 4900, gli ingegneri e gli architetti con l. 24.6.1923 e successivo regolamento r.d. 23.10.1925, n. 2537.

Successivamente con la l. 17.4.1925, n.473 (conversione del r.d.l. 24.1.1924, n. 103) vennero regolamentate in via generale anche tutte le restanti professioni intellettuali restanti imponendo anche, per queste, l'iscrizione obbligatoria ai rispettivi ordini professionali.

L'apice dell'intensità dell'intervento statale nella giuridificazione degli ordini professionali tuttavia si raggiunse poco dopo con l'avvento del fascismo e l'introduzione dell'ordinamento corporativo.

Con l'emanazione della l. 3.4.1926, n. 563 infatti, il precedente sistema degli ordini professionali venne sostituito interamente da una nuova organizzazione professionale valida per tutte le categorie (Piscione, 1959: 17) di produttori, compresi, tra questi, i professionisti.

Lo Stato, attraverso un intervento normativo mirato, di fatto svuotava gli ordini, a vantaggio dei sindacati unici di categoria, delle funzioni prevalenti, a questi in precedenza attribuite: ossia della rappresentanza legale degli interessi della categoria stessa e della composizione dei conflitti tra gli aderenti.

Più precisamente l'art. 11 del Regolamento esecutivo della predetta legge (r.d. 1.7.1926, n. 1130) espressamente «sottraeva ai vecchi ordini e collegi di precedente costituzione i compiti di tutela degli interessi morali e materiali dei loro rappresentanti e di assistenza» (Lega, 1965: 7).

Come è stato osservato, con la normativa fascista si ebbe «la soluzione estrema del possibile rapporto fra diritto pubblico e professione» (Merusi, 2009: 140), imponendosi l'obbligo, in via generale con la l. 25.4.1938, n. 897, di iscrizione nei rispettivi albi per poter esercitare la professione, obbligo di iscrizione confermato nel 1942 dall'art. 2229 c.c.

Già da tali prime considerazioni è possibile provare a dare alcune risposte sulle ragioni che hanno determinato il passaggio da una fase caratterizzata da una giuridificazione basata esclusivamente su regole di autoregolamentazione degli associati, di natura pattizia (*soft law*) ad una seconda fase in cui l'intervento re-



golatore forte (*hard law*), attraverso atti normativi, da parte dello Stato ha portato alla pubblicizzazione del fenomeno.

Tale differenza di ruolo da parte dello Stato si può giustificare solo se viene preso in considerazione il contesto storico del fenomeno e i diversi interessi che hanno portato ad una così diversa regolamentazione.

Ed infatti se inizialmente l'esigenza di associarsi era dettata dalla necessità di far emergere particolari interessi settoriali e rivendicare determinati privilegi nei confronti dell'ordinamento, al quale si chiedeva un riconoscimento, in un secondo momento la crescente rilevanza delle funzioni svolte da tali gruppi professionali, ha imposto un intervento statale, che non si è limitato ad un riconoscimento da parte delle istituzioni, ma si è concretizzato in un vero e proprio controllo del fenomeno, fino alla riconduzione dello stesso all'interno dell'organizzazione statale.

Quanto detto trova d'altra parte riscontro se si considera la dicotomia da sempre esistente tra le finalità prettamente privatistiche cui tende il professionista (mosso prevalentemente dallo scopo di lucro) e le finalità pubblicistiche, legate alla imprescindibile garanzia di tutelare l'interesse della collettività nell'esercizio delle funzioni pubbliche demandate ai professionisti.

Come è stato infatti sostenuto, «i risultati che i professionisti raggiungono, attraverso l'esercizio della propria attività lavorativa, costituiscono fini di interesse pubblico [...]. Il fine pubblico che può dirsi insito nell'esercizio della professione può porsi in contrasto con il fine privato, nel qual caso il fine pubblicistico deve sempre prevalere» (Catelani, 1976: 21), con la conseguenza che l'assorbimento nella struttura statale è risultata fase necessaria ed inevitabile.

Tuttavia è certo che l'esercizio di pubbliche funzioni o servizi di pubblica necessità, demandato dallo Stato al professionista, giustifica l'intervento regolatorio dello Stato anche relativamente alla natura degli ordini stessi.

Consegue da quanto detto che il professionista, perseguendo interessi pubblici predeterminati dalla legge, deve essere considerato come organo ausiliario della p.a. (Zanobini, 1927: 338; Benvenuti, 1956: 968; Golino, 2011: 59), così che è proprio l'«esigenza di perseguire fini di pubblica utilità che determina il sorgere dell'organizzazione professionale e del rapporto organizzativo che, attraverso l'iscrizione all'albo, unisce il soggetto privato alla pubblica amministrazione» (Catelani, 1976: 42).

#### *4. Gli ordini professionali nell'ordinamento repubblicano dalla Costituzione ad oggi*

Con il crollo del regime fascista cessa conseguentemente anche il sistema corporativistico e si assiste, in forza del d.lgs. lgt. 23.11.1944, n. 382, alla rinascita dei vecchi Ordini e Collegi i quali, oltre a mantenere pressoché immutata la loro struttura organizzativa, si vedono riassegnate le funzioni e i poteri originari.

Anche dopo la promulgazione della costituzione repubblicana – di pochi anni successiva alla legge che aveva riportato in vita i vecchi ordini – la disciplina delle professioni non subisce modifiche sostanziali, conservando quel carattere pubblicistico caratterizzato dai principi della riserva dell'attività professionale a favore di determinati soggetti e da quello dell'attribuzione del controllo degli aderenti agli ordini o collegi (Della Cananea, 2000: 1142).

#### *4.1 I principi costituzionali*

Occorre preliminarmente verificare quale incidenza abbiano avuto i principi dettati dalla Costituzione nei rapporti tra pubblici poteri e professioni 'riservate'.

Dall'analisi della Costituzione, emerge, in primo luogo, l'assenza di qualunque norma posta a garanzia della 'libertà professionale' così che il fondamento – in assenza di un espresso riconoscimento – va ricercato in altre libertà previste dal testo costituzionale.

Questo è stato dalla dottrina prevalente (Piscione, 1959: 1040; Catelani, 1976: 11; Teresi, 1997: 451) ricondotto al 'diritto al lavoro' e più precisamente agli artt. 4 e 35, 5° comma, Cost.

Dalla lettura combinata, dell'art. 4 Cost. (che tutela il diritto al lavoro «come fondamentale diritto di libertà della persona umana, garantendo al cittadino la scelta e le modalità di esercizio dell'attività lavorativa»)¹ con l'art. 35, 1° comma, (che protegge «il lavoro in tutte le sue forme»), si può affermare che nella accezione ampia 'di lavoro' utilizzata dal Costituente, rientri anche l'attività professionale.

La libertà professionale dunque si traduce da un lato nel diritto per il cittadino di poter scegliere, tra le diverse attività lavorative, anche quella professionale, e dall'altro nella garanzia che lo Stato non crei o lasci «sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà»².

Ciò tuttavia non vuol dire che la libertà professionale si configuri come una libertà assoluta: resta infatti sempre nelle possibilità del legislatore ordinario la facoltà di introdurre specifici limiti a garanzia di altri interessi o altre esigenze sociali ugualmente meritevoli di protezione costituzionale³.

Sulla base di tale ultimo principio, la Corte Costituzionale ha, in più occasioni, dichiarato legittimi i limiti posti dal legislatore alla libertà professionale, sia in materia di accesso alla professione (riserve di attività⁴, obbligatoria iscrizione ad albi⁵ e necessaria appartenenza agli ordini⁶) sia relativamente alle modalità di esercizio della stessa, giustificando tali sacrifici con l'esigenza di garantire l'affidamento della collettività sulla competenza e sulla preparazione dei professionisti.

Alla luce di quanto fin qui detto, è ora possibile fornire una lettura corretta anche dell'art. 33, 5° comma, Cost. che prevede un espresso limite alla liber-

tà professionale attraverso la previsione di un esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale.

Come ha spiegato la Corte costituzionale, nella sentenza n. 43 del 1972, finalità collegata alla previsione dell'obbligo del superamento dell'esame di Stato è «l'oggettivo accertamento del grado di maturità del discente e del concreto possesso da parte dello stesso della preparazione, attitudine e capacità tecnica necessarie perché dell'esercizio pubblico dell'attività professionale i cittadini possano giovare con fiducia».

Si può dunque affermare che i vincoli posti all'esercizio delle libere professioni, hanno ragion d'essere solo qualora ne venga verificata «la legittimità, in rapporto ad interessi di rilievo costituzionale e, posto che l'esito [...] sia positivo, verificare se risultino proporzionali rispetto alla finalità perseguita» (Della Cananea, 2000: 1158).

In secondo luogo dal testo costituzionale non emerge alcun espresso riferimento né agli ordini né ai collegi.

A differenza di quanto accade, infatti, per altre 'formazioni sociali' intermedie (partiti politici all'art. 49 Cost. e sindacati all'art. 39 Cost.), gli ordini e i collegi professionali non vengono espressamente menzionati nella Costituzione, restando così senza una rilevanza costituzionale specifica.

Tuttavia l'art. 2 Cost., tutelando qualunque 'formazione sociale' in cui si svolga la personalità del singolo, sembra riferirsi anche agli enti professionali.

#### *4.2 Gli ordini professionali nel codice civile*

Le professioni intellettuali vengono espressamente disciplinate nel libro V del codice civile, più precisamente agli artt. da 2229 a 2238.

Tali norme, ed in particolar modo l'art. 2229 c.c., sono di rilevante importanza dal momento che delineano i confini della disciplina pubblicistica sulle professioni, ponendo alcuni principi fondamentali per la materia.

In primo luogo l'art. 2229, 1° comma, rimandando alla legge il compito di indicare le professioni intellettuali il cui esercizio è subordinato all'iscrizione in un albo o in un elenco, sancisce, implicitamente, una distinzione tra le professioni c.d. protette e quelle non regolamentate o c.d. libere.

Tale distinzione appare, d'altra parte, confermata, implicitamente, anche dall'art. 2231 c.c. che, escludendo la possibilità – per il prestatore d'opera professionale non iscritto – di agire per il pagamento della retribuzione «quando l'esercizio dell'attività è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi», ne suppone inequivocabilmente l'esistenza.

Strettamente collegato a tale previsione è poi il 2° comma del medesimo articolo che demanda alle organizzazioni professionali (ordini e collegi) il compi-

to di accertare, in coloro che chiedono l'iscrizione, la presenza delle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio della professione.

L'esercizio dell'attività professionale è dunque di regola libero<sup>7</sup>, fatta eccezione per i casi in cui il legislatore, effettuando a monte una valutazione sugli interessi in gioco, ne limiti l'esercizio esclusivamente a chi risulti iscritto ad un Albo o ad un elenco, avendo dimostrato di possedere determinati requisiti<sup>8</sup>.

Solo in tale ultimo caso si transita «da un regime di libertà [che rappresenta la regola] ad uno di rigida esclusiva nel senso che gli iscritti all'albo diventano, per così dire, monopolisti delle attività tipizzate» (Giannini, Mantini, 1999: 21).

In secondo luogo con l'art. 2229 c.c., 2° comma, il legislatore, demandando alle associazioni professionali il controllo sulla verifica dei requisiti per l'iscrizione all'albo, da un lato, delinea i compiti essenziali degli ordini e dei collegi (corretta tenuta degli albi) e, dall'altro, si preoccupa di conferire agli stessi specifici poteri di rilievo pubblicistico per adempiere alla funzione assegnata (potere di certazione e potere disciplinare).

Gli ordini, pertanto, attraverso le funzioni loro attribuite, diventano i soggetti deputati dall'ordinamento a garantire al contenuto degli albi, certezza legale posta a tutela di quell'interesse superiore che è l'affidamento della collettività<sup>9</sup>.

A ciò si aggiunga che l'iscrizione all'albo determina per il professionista l'acquisizione di un vero e proprio «status caratterizzato da specifici diritti e doveri» (Della Cananea, 2000: 1167).

Più precisamente con l'iscrizione all'albo il professionista si lega indissolubilmente all'ordine o al collegio di appartenenza con la conseguenza che, se da un lato acquisirà il diritto di partecipazione (diretta e indiretta) al governo dell'ente professionale, dall'altro, da quel momento, verrà assoggettato alla potestà disciplinare e alla responsabilità deontologica.

#### *4.3 Le leggi istitutive degli ordini professionali. Organizzazione e funzioni*

Al fine di delineare compiutamente la disciplina degli ordini e dei collegi, è necessario analizzare anche le specifiche leggi professionali.

Esistono oggi in Italia 32 ordini, regolamentati da altrettante leggi professionali, alcune delle quali emanate in epoca antecedente alla Costituzione e tuttora vigenti (più precisamente l. 16.2.1913, n. 89 sull'ordinamento notarile; il r.d. 23.10.1925, n. 2537, sugli ingegneri e architetti).

Tale precisazione temporale, non è priva di significato dal momento che, come fatto rilevare anche dalla dottrina (Golino, 2011: 179; Mari, 1999: 33), emerge una differenziazione nella disciplina tra le norme professionali in vigore prima della Costituzione e quelle successive.

Nel primo caso, infatti, il decreto n. 382 del 1944 (*Norme sui consigli degli Ordini e dei collegi e sulle Commissioni centrali*), tuttora in vigore, nel disporre la ricostituzione dei vecchi Consigli dell'ordine, soppressi dall'ordinamento fascista, ha dettato per le professioni di ingegnere, architetto, chimico, attuario, agronomo, geometra, perito agrario e perito industriale, una disciplina comune.

Attraverso l'art. 1 del predetto decreto sono state, riassegnate agli enti professionali «le funzioni relative alla custodia dell'albo e le funzioni disciplinari», mentre con gli articoli successivi il legislatore ha definito, unitariamente per tutte le professioni richiamate, la struttura organizzativa dei Consigli dell'ordine, prevedendone il numero dei componenti, le regole di funzionamento, le modalità assembleari e le maggioranze.

Per quanto riguarda, viceversa, le leggi professionali successive alla Costituzione, il legislatore ha previsto per ciascuna 'nuova' professione, una legge *ad hoc* con la conseguenza che la normativa sugli ordini e i collegi risulta oggi disomogenea e frammentata (Golino, 2011: 175).

Nonostante l'eterogeneità normativa, appena accennata, è possibile identificare nelle diverse leggi professionali (sia antecedenti che successive alla Costituzione) una serie di compiti e poteri che unifica tutti gli ordini, come: 1) la verifica dei requisiti minimi previsti dalla legge per l'esercizio della professione (possesso di specifici titoli di studio, superamento dell'esame di Stato, eventuale tirocinio ove previsto); 2) la tenuta degli albi; 3) il potere normativo (che si concretizza nella possibilità di dotarsi di regole endoassociative, a protezione del corretto esercizio dell'attività professionale e del decoro e del prestigio dell'attività professionale); 4) ed infine il potere disciplinare a cui viene ricollegato quello sanzionatorio.

Per quanto riguarda la struttura organizzativa, emergono, dalle fonti, significativi tratti di uniformità.

Tutte le leggi professionali prevedono infatti, salvo qualche eccezione in presenza di particolari circostanze (cfr. ad esempio art. 2, c.2, r.d. 23.10.1925, n. 2537, per gli architetti e ingegneri; art. 8, c.2, l. 28.3.1968, n. 434, per i periti agronomi; prevedono, invece, l'istituzione dell'ordine/collegio solo a livello regionale: art. 5, l. 18.2.1989, n. 56 sull'Ordinamento della professione di psicologo; art. 9, l. 18.1.1994, n. 59, sui tecnologi alimentari e l'art. 13, l. 2.1.1989, n. 6 sulle guide alpine) la presenza di un ordine o di un collegio per ogni provincia.

Un ruolo centrale, in tutte le discipline analizzate, è attribuito all'assemblea degli iscritti, che svolge funzione di corpo elettorale dei componenti dei Consigli distrettuali e soprattutto svolge funzione di organo deliberativo.

Organo, rappresentativo di ciascun ordine o collegio, è il Consiglio al quale vengono attribuite le funzioni gestorie, la tenuta dell'albo e i poteri disciplinari.

Quanto alla natura degli enti professionali, nonostante dalle norme non emergano indicazioni certe, dottrina (Catelani, 1976: 70; Teresi, 1997: 452; Piscione,

1959: 1040; Rossi, 1979: 23; *contra* Ferrara, 2011: 376) e giurisprudenza<sup>10</sup> attribuiscono agli ordini e collegi personalità giuridica pubblica, alla luce dei «fini pubblicistici che perseguono, dei poteri d'imperio di cui lo Stato li ha dotati e dei controlli e vigilanza cui lo stesso li sottopone» (Lega, 1965: 9), facendoli rientrare, più precisamente, negli enti pubblici associativi (Sciullo, 2013: 167) a partecipazione obbligatoria.

Occorre tuttavia precisare che la natura pubblica degli ordini è stata, invero, espressamente affermata dal legislatore solo in quattro, delle oltre trenta leggi che regolamentano gli Ordini professionali e più precisamente: a) all'art. 1, c. 3, della l. n. 69/1963 sull'Ordinamento della professione di giornalista nel quale l'ordine viene qualificato come «persona giuridica di diritto pubblico»; b) all'art. 8, c. 3, della l. n. 434/1968 sull'Ordinamento della professione agraria nel quale si precisa che il collegio ha «personalità giuridica di diritto pubblico»; c) all'art. 6 del d.lgs. 28.6.2005, n. 139 (Costituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili) che testualmente qualifica: «il Consiglio nazionale e gli Ordini territoriali come “enti pubblici non economici a carattere associativo”»; d) infine all'art. 24 della l. 31.12.2012, n. 247 (*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*) in cui «il Consiglio Nazionale Forense e gli ordini circondariali sono istituiti come enti pubblici non economici a carattere associativo».

Passando, ora, alle funzioni esercitate dagli ordini, queste possono dividersi in due distinti gruppi: da un lato quelle che si rivolgono alla categoria degli iscritti, dall'altro quelle che incidono sui pubblici poteri (Della Cananea, 2000: 1177).

Rientrano nella prima categoria le funzioni di certazione, quelle prescrittive e quelle di controllo.

La funzione di certazione è strettamente legata alla funzione di tenuta degli albi attribuita dalla legge agli ordini e ai collegi. Come è stato affermato (Teresi, 1997: 454) è attraverso la verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, posta in essere dall'ordine al momento dell'iscrizione a ruolo, che l'albo, «assume ad una funzione di certezza pubblica» e garanzia di affidamento per i terzi.

Quanto alle funzioni prescrittive queste si sostanziano prevalentemente nel potere attribuito agli Ordini di emanare norme deontologiche. Peraltro dalle diverse leggi professionali solo in taluni casi siffatto potere è indicato espressamente e precisamente: dall'art. 28, c. 6, lett. c), della l. 18.2.1989, n. 56 (legge istitutiva dell'ordine degli psicologi) che attribuisce al consiglio nazionale il compito di predisporre e aggiornare il codice deontologico; dall'art. 16, l. 2.1. 1989, n. 6 (legge sull'Ordinamento delle guide alpine) in cui è espressamente demandata al Collegio Nazionale l'elaborazione delle norme di deontologia professionale; dall'art. 16, l. 8. 3. 1991, n. 81 (legge sull'ordinamento dei maestri di sci) che prevede tra le competenze del Collegio nazionale quella di elaborare il codi-

ce deontologico; ed infine dall'art. 35, c. 1, lett. d), l. 31.12.2012, n. 247 (legge su Nuovo ordinamento forense) nel quale si attribuisce espressamente al CNF il compito di emanare e aggiornare periodicamente il codice deontologico. Pur in assenza di espressa previsione normativa, tale potere di normazione si ritiene sussistere anche per gli altri ordini e collegi, essendo «considerato come diretta attuazione dei caratteri di autogoverno e autodisciplina» (Mirate, 2012: 6) propri degli enti professionali. Rientra infine nella funzione di controllo, sia il potere disciplinare, attribuito di norma agli ordini o ai collegi provinciali sia il potere sanzionatorio conseguente. Per quanto riguarda, invece, le funzioni che incidono sui poteri pubblici queste si sostanziano prevalentemente nell'attività consultiva prestata dal Consiglio o Ordine nazionale, a favore dei Ministeri di riferimento (Ministero di Giustizia o della Sanità) e dai consigli ed ordini distrettuali nei confronti di enti pubblici locali o nei confronti dei terzi in generale.

#### *4.4 La legge 14 gennaio 2013, n. 4 sulle professioni non organizzate in ordini e collegi*

Particolare rilevanza nella evoluzione della giuridificazione degli ordini professionali ha, infine, anche la l. 14 gennaio 2013, n. 4 (*Disposizioni in materia di professioni non organizzate in Ordini e Collegi*), dal momento che tipizza un modello di organizzazione professionale che, sia pur limitato oggi alle professioni 'non organizzate', si potrebbe, in futuro, estendere alle professioni attualmente 'regolamentate'.

Come già visto nel par. 1.4.2 a fianco delle c.d. professioni protette, l'ordinamento riconosce l'esistenza anche di altre professioni, il cui esercizio è libero, non esistendo riserve di attività per poterle esercitare, non essendo obbligatoria alcuna iscrizione in albi o elenchi e non essendo previsto alcun controllo né preventivo né successivo sui professionisti.

La l. n. 4/2013 interviene, ora, a regolamentare tali professioni specificando, all'art. 1, comma 2, che – nella definizione di professione non strutturata in ordini e collegi – deve farsi rientrare «ogni attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o, comunque, con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi ai sensi dell'art. 2229 c.c.».

L'art. 2 stabilisce poi la possibilità per i professionisti di costituire associazioni a carattere professionale di natura privatistica (che in assenza di una specifica previsione sembra possano avere natura anche di associazioni non riconosciute ai sensi degli artt. 36 sgg. c.c.), a base volontaria con il fine di valorizzare le competenze degli associati e garantire il rispetto delle regole deontologiche.

La legge si preoccupa infine di individuare precisamente i compiti che tali associazioni possono svolgere tra i quali si evidenziano: a) la promozione dell'attività, anche attraverso specifiche iniziative degli aderenti; b) la formazione permanente dei propri iscritti; c) l'adozione di codici di condotta ai sensi dell'art. 27 *bis* codice del Consumo; d) la vigilanza sulla condotta professionale degli associati; e) la previsione di sanzioni disciplinari da irrogare agli associati per le violazioni commesse; f) forme di tutela posta a garanzie dell'utente.

L'iscrizione all'associazione professionale, ha dunque, come prevede espressamente l'art. 7, la finalità principale di attestare nei confronti dei terzi consumatori: la qualità del professionista nello svolgere la prestazione, il rispetto da parte dell'associato delle regole di condotta che eventualmente l'associazione si sia data, lo stato dell'aggiornamento professionale, nonché l'eventuale copertura assicurativa del professionista.

A tal fine la legge prevede espressamente all'art. 4 l'obbligo specifico, a carico delle associazioni, di pubblicare, nel proprio sito web, tutti gli elementi informativi che presentino utilità per il consumatore, secondo principi di trasparenza, correttezza e veridicità.

Al Ministero dello sviluppo economico, è infine demandato il compito di vigilare sulla corretta tenuta delle informazioni pubblicate con la conseguenza che, in caso di violazione accertata, troveranno applicazione ai sensi dell'art. 10, le sanzioni previste dall'art. 27 codice del consumo che prevede, l'immediata cessazione della condotta scorretta e l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 500.000 euro, a seconda della gravità e della durata della violazione.

##### *5. L'incidenza della normativa comunitaria sulla disciplina dell'attività professionale e degli ordini*

Un ruolo determinante nell'evoluzione della normativa delle professioni intellettuali e degli Ordini in Italia è stato giocato negli ultimi anni dal diritto comunitario.

Come è stato affermato, l'impatto di alcuni principi previsti dal Trattato (quali la libertà di circolazione dei professionisti, la libertà di prestazione di servizi, la libertà di stabilimento e la concorrenza) ha rappresentato uno dei maggiori fattori di crisi della disciplina interna delle libere professioni e conseguentemente degli ordini stessi (Cassese, 2001: 633).

Prima di indicare quali effettive ricadute il recepimento di questi principi abbia avuto sull'ordinamento interno, è necessario tratteggiare brevemente il contenuto della regolamentazione delle libere professioni nel diritto comunitario.



In primo luogo il Trattato, pur non fornendo alcuna specifica definizione di libera professione, ricomprende tra i 'servizi' – all'art. 50, lett. d) – le attività libero professionali con la conseguenza che anche per le professioni deve trovare applicazione il principio previsto dall'art. 3, lett. c) del Trattato CE che impone l'eliminazione di qualunque ostacolo nella circolazione di merci, persone, servizi e capitali all'interno dell'Unione.

In secondo luogo, particolare rilievo rivestono, considerate le conseguenze che hanno determinato sulle regole di accesso alle professioni protette, le libertà sancite dagli artt. da 43 a 48 del Trattato CE riguardanti 'la libertà di stabilimento' e gli artt. da 49 a 55 riguardanti 'la libera prestazione dei servizi'.

Attraverso il rispetto della libertà di stabilimento, l'Unione garantisce, infatti, ad ogni professionista di uno Stato membro il diritto di svolgere la propria attività in via continuativa in altro Stato comunitario, purché vengano rispettate le stesse condizioni alle quali è assoggettato il cittadino dello Stato nel quale si decide di esercitare l'attività<sup>11</sup>.

Il Trattato indica, tuttavia, alcune eccezioni alla libertà di stabilimento:

- l'art. 45 esclude, infatti, l'applicabilità di tale principio per tutte quelle attività (quindi anche le attività professionali) che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;
- l'art. 46 prevede la limitazione del diritto di libera circolazione delle persone, in presenza di disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che stabiliscono un regime particolare per i cittadini e che siano motivate da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (ad esempio vengono fatte rientrare in tale previsione le professioni mediche).

In forza, poi, del principio di libera prestazione dei servizi si consente al professionista comunitario di esercitare, anche in via temporanea e senza obbligo di stabilimento, la propria attività professionale in altro Stato dell'Unione.

In terzo luogo, la Corte di Giustizia<sup>12</sup> ha in più occasioni ribadito che l'attività svolta dai liberi professionisti, configurandosi come attività di impresa secondo la definizione estensiva data dalla giurisprudenza comunitaria, è assoggettata ai principi sulla concorrenza previsti dagli artt. 81 e 82 del Trattato.

Nella definizione di impresa, data dalla giurisprudenza comunitaria viene infatti fatta rientrare «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico [pubblico o privato] di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»<sup>13</sup>.

Se dunque i professionisti sono equiparati alle imprese a tutti gli effetti, gli ordini – rilevando ai fini della predetta qualifica esclusivamente il dato economico (e non la natura pubblica o privata) – sono da considerare a tutti gli effetti per il diritto comunitario, associazioni di imprese (Golino, 2011: 142; Gnes, 2002: 610).

L'equivalenza posta dall'ordinamento comunitario tra professione e impresa, ha inevitabilmente inciso profondamente sulla normativa interna degli Ordini professionali, determinando, in alcuni casi, un ridimensionamento delle funzioni da questi esercitate.

Al riguardo emblematica è la vicenda delle norme deontologiche sulla pubblicità.

Le prime versioni dei codici deontologici professionali consideravano la pubblicità commerciale del tutto incompatibile sia con il decoro che con la dignità della professione, in quanto capace di alterare l'effettiva qualità della prestazione.

Del tutto opposto era il giudizio della Corte di Giustizia<sup>14</sup> che riteneva la pubblicità un fattore di sviluppo fondamentale per la concorrenza nel settore delle libere professioni, riconoscendo il merito di coadiuvare il cliente nella comparazione delle prestazioni offerte in termini di miglior qualità e minor prezzo.

Non deve dunque meravigliare che, in seguito alle istanze comunitarie, da un lato il legislatore nazionale<sup>15</sup> abbia previsto l'abrogazione di ogni disposizione volta a vietare, anche parzialmente, la c.d. attività informativa e dall'altro l'Autorità Antitrust, nella propria relazione conclusiva sull'Indagine conoscitiva sul settore degli ordini professionali, abbia considerato legittime esclusivamente quelle «restrizioni giustificabili in quanto funzionali alla tutela di pubblici interessi ovvero in quanto oggettivamente necessarie per raggiungere obiettivi di interesse generale» (Autorità della Concorrenza del Mercato, 2009: 11).

Da ultimo particolare importanza riveste anche l'art. 3 della direttiva 2005/36CE *Direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali*.

Con tale direttiva l'Ordinamento comunitario, da un lato, attribuendo la possibilità agli Stati membri di subordinare attraverso leggi o regolamenti, l'esercizio di alcune attività professionali al possesso di determinate qualifiche, riconosce espressamente la specificità di alcune professioni rispetto ad altre, dall'altro, demandando il controllo e la verifica di tali requisiti e il rispetto delle regole di condotta professionale ad «apposite associazioni o organizzazioni riconosciute dallo Stato membro», sembra non manifestare alcuna contrarietà, anche, alla regolamentazione pubblica degli enti professionali.

Gli impulsi e le istanze volte ad una maggiore liberalizzazione del mercato delle professioni, dovuti in parte alla normativa comunitaria (Trattato e Direttive) e in parte alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si sono concretizzate per la prima volta in Italia, come in parte già anticipato trattando del divieto di pubblicità – nella l. n. 248/2006.

Più precisamente l'art. 2, 1° comma, dispone – come in parte già sopra anticipato – l'abrogazione di tutte le disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, tra gli altri, in riferimento alle attività libero professionali: 1) l'obbligatorietà delle tariffe minime; 2) il divieto, anche parziale di svolgere attivi-

tà informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni; 3) il divieto di fornire all'utenza servizi interdisciplinari da parte di associazioni di professionisti.

Un accenno merita, infine, anche il d.d.l. n. 3012 sulla (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), approvato in prima lettura il 7 ottobre 2015 dalla Camera dei Deputati e ora in discussione al Senato.

Dal disegno di legge emergono significativi interventi sull'attività libero professionale, che tuttavia non sembrano incidere né sull'attuale organizzazione degli ordini e dei collegi né sulle funzioni.

Gli interventi proposti – volti a garantire maggiore concorrenza all'interno delle diverse categorie – sembrano, in realtà, incidere principalmente sulle modalità di esercizio della professione stessa, prevedendo: a) l'eliminazione di alcuni vincoli territoriali (per gli avvocati: abrogazione della disposizione che impone agli associati di avere il domicilio professionale presso la sede dell'associazione tra professionisti e il divieto per l'avvocato di aderire a più di un'associazione; per i notai: estensione dell'area di esercizio delle funzioni notarili, non più limitato alla Corte d'Appello ma all'intera regione in cui il notaio ha sede); b) la previsione della possibilità di esercitare la professione forense in forma societaria; c) il venir meno dell'esclusività della funzione notarile in relazione alla stipula di alcuni tipi di atti societario per i quali viene meno l'obbligo dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata; d) l'aumento del numero dei notai.

#### *6. Considerazioni conclusive: ipotesi per una nuova giuridificazione degli Ordini professionali*

Terminata l'analisi della vigente normativa sugli ordini è ora possibile trarre qualche spunto – da sviluppare in una successiva e più estesa ricerca – sulla futura evoluzione della giuridificazione degli enti professionali.

Innanzitutto, è necessario domandarsi preliminarmente, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, se il sistema oggi previsto, basato sulla c.d. 'riserva di attività', abbia ancora ragione d'essere o sia destinato ad un inevitabile declino sotto la spinta delle istanze comunitarie.

Per rispondere a tale quesito sembra opportuno precisare che in realtà il diritto comunitario, non impone agli Stati membri una disciplina specifica di settore né per gli ordini né per le professioni intellettuali, occupandosene solo incidentalmente.

Non deve dunque meravigliare, in primo luogo, l'inesistenza nell'ordinamento comunitario, di alcuna norma che vieti o disciplini la c.d. riserva di attività professionale.

In secondo luogo, si deve sottolineare come i contrasti verificatisi fino ad oggi, in ambito di regolamentazione delle libere professioni, siano stati sempre conseguenza dell'intersecarsi della normativa interna sulle professioni con interventi comunitari volti, non tanto a tutelare l'esercizio dell'attività professionale in sé, ma piuttosto a garantire il diritto di libera circolazione delle persone (più precisamente il diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi) o più spesso il principio di libera concorrenza.

Unica finalità, in tutti questi casi, è sempre stata solamente quella di ricondurre nell'alveo delle regole del libero mercato anche l'attività professionale, al pari di quanto avviene per tutte le altre attività che producono ricchezza.

Discorso analogo può essere poi fatto anche per gli ordini professionali.

È stato evidenziato, nel corso del presente scritto, come gli interventi a tutela della concorrenza aventi ad oggetto le libere professioni, abbiano riguardato solamente i provvedimenti adottati dagli ordini (come provano le sentenze della Corte di Giustizia sulle tariffe o i codici deontologici degli enti professionali), non avendo mai rivestito alcun rilievo, per le istituzioni comunitarie, né lo *status* giuridico pubblico o privato di detti enti, né le modalità organizzative previste dai singoli Stati membri nel disciplinare l'attività professionale.

A ciò si aggiunga, che l'Ordinamento europeo ha espressamente riconosciuto (Direttiva 2005/36) la specificità di alcune professioni rispetto ad altre in virtù dell'interesse pubblico loro sotteso, acconsentendo espressamente, in tali casi, all'introduzione di limitazioni in fase di accesso e legittimando, in tal modo di fatto, la distinzione anche nel diritto comunitario tra professioni protette e non.

Nonostante dunque non emerga nell'ordinamento comunitario un disfavore nei confronti della disciplina interna sulle libere professioni, resta indubbia l'esigenza, di riconsiderare «le funzioni e il ruolo degli Ordini professionali e l'efficacia degli strumenti di regolazione delle professioni [...] alla luce della loro attualità e della congruità nei confronti degli interessi in gioco» (Giannini, 1999: 31).

A tal fine, un primo correttivo da apportare – sulla spinta della maggiore rilevanza assunta dal principio di concorrenza – sembra essere rappresentato dalla rimodulazione delle funzioni e delle competenze attribuite agli enti professionali.

La particolare natura degli ordini, da un lato persone giuridiche pubbliche volte al perseguimento di interessi pubblici e dall'altro enti esponenziali dell'interesse di categoria, prevede, secondo alcuni, oggi l'attribuzione di funzioni rivolte più alla conservazione di privilegi che all'effettiva tutela dei terzi 'consumatori'.

Ed infatti, come visto anche nel paragrafo 5, è proprio in relazione a tali ultimi compiti che si sono manifestati i maggiori contrasti con la normativa comunitaria.

Potrebbe, dunque, avere una logica procedere, da un lato, all'attenuazione di quelle funzioni che si risolvono ancora nella imposizione di vincoli concor-

renziali tra i professionisti e, dall'altro, al potenziamento di tutte quelle che si traducono in un monitoraggio più incisivo della qualità, ancorato a *standards* prefissati, a vantaggio dei consumatori, oggi svolte, solo in minima parte, dagli enti professionali (Golino, 2011: 319).

A fronte di un siffatto adeguamento funzionale, a giudizio di chi scrive, dovrebbe comunque corrispondere un rafforzamento del ruolo degli Ordini come garanti dell'interesse pubblico legato al corretto esercizio della professione e alla tutela dell'affidamento della collettività.

In tale ottica sarebbe dunque necessario prevedere (Stanzione, 2006: 13): 1) norme deontologiche che identifichino chiaramente ed uniformemente i comportamenti vietati 2) prevedere procedimenti disciplinari più snelli, che garantiscano l'effettivo corretto esercizio dell'attività professionale da parte degli iscritti; 3) un nuovo ruolo, attribuito agli ordini, nella fase di formazione delle competenze dei futuri professionisti (esteso anche alla fase di accesso alla professione).

Meno convincente appare, a giudizio di chi scrive, un intervento normativo volto a ridisciplinare l'organizzazione degli enti professionali in termini privatistici (Ferrara, 2011: 376) che preveda, come da molti auspicato, la riduzione o addirittura l'eliminazione dell'intervento dello Stato nella fase regolatoria (eliminazione della funzione di controllo, obbligo di iscrizione all'Albo ecc.).

Una tale soluzione infatti determinerebbe il passaggio dagli attuali ordini aventi natura pubblicistica ad enti interamente regolamentati dal diritto privato (associazioni riconosciute ai sensi degli artt. 12 sgg. c.c.) sul modello degli Ordinamenti di *common law* o, in alternativa, ad enti aventi forma giuridica mista 'pubblico-privato' (Golino, 2012: 140).

Nonostante che in più occasioni sia stata invocata la necessità di una 'deregolamentazione' in chiave privatistica degli ordini professionali, colpevoli secondo i più di essere il vero ostacolo alla realizzazione del libero mercato nel settore, non si può non rilevare come almeno per alcune professioni, in cui vengono in gioco interessi di rilievo costituzionale (salute, fede pubblica ecc.), il controllo effettuato dall'ente esponenziale non possa ridursi ad una sola valutazione sulla qualità della prestazione fornita dal professionista, ma necessiti di un intervento regolatorio dello Stato a garanzia delle funzioni pubbliche demandate ai professionisti stessi.

In ogni caso, in attesa che il legislatore ridefinisca il ruolo e la natura degli ordini al fine di renderli «sempre più strumento di protezione della prestazione e sempre meno luogo giuridico funzionale alla conservazione dei privilegi» (Stanzione, 2011: 13), sarebbe auspicabile che, fin da subito, gli «Ordini maturassero la consapevolezza che solo una forte accentuazione del loro ruolo di garanti dell'affidamento dei cittadini potrebbe valere, oggi, a giustificarne la permanente esistenza come enti pubblici» (Renna, 2012).

Per concludere, sia consentita un'ultima considerazione.

Una futura giuridificazione degli enti professionali, vista l'ormai avvenuta equiparazione almeno a livello comunitario tra attività di impresa e attività professionale, non potrà non farsi carico di rileggere la disciplina delle professioni anche alla luce dell'art. 41 Cost. riscrivendone di conseguenza i limiti alla luce del concetto di 'utilità sociale'.

*Note*

- <sup>1</sup> C. Cost., 9.6.1965, n. 45.
- <sup>2</sup> C. Cost., n. 45/1965.
- <sup>3</sup> C. Cost., 28.3.1968, n. 16; C. Cost., 22.6.1965, n. 61; C. Cost., 15.3.1960, n. 12.
- <sup>4</sup> C. Cost., 2.7.1968, n. 102
- <sup>5</sup> C. Cost., 12.3.1976, n. 59.
- <sup>6</sup> C. Cost., 18.6.1970, n. 114.
- <sup>7</sup> Cons. St., sez. VI, 14.1.1999, n. 33.
- <sup>8</sup> In tal senso cfr. art. 2, d.p.r. 7.8.2012, n. 137.
- <sup>9</sup> C. Cost., 24.10.2005, n. 405.
- <sup>10</sup> Cass., S.U., 12.3.2008, n. 6534; Cass., S.U., 18.12.1990, n. 12010; Cons. St., sez. III, 11.6.2010, n. 139.
- <sup>11</sup> C. Giust., 17.7.2014, C-58/13 e C-59/13, *Torresi e a.*
- <sup>12</sup> C. Giust., 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione/Italia (tariffe spedizionieri doganali); C.Giust., 23.4.1991, C-41/90 (Hofner ed Elser) e C. Giust., 12 settembre 2000, C-180/98 – C-184/98 (Pavel Pavlov e altri).
- <sup>13</sup> Così testualmente il par. 21 della Sentenza C. Giust. C-41/90 (Hofner ed Elser).
- <sup>14</sup> C. Giust., 19.2.2002, C-309/99 (J.C.J. Wouters e altri).
- <sup>15</sup> Cfr. d.l. 4.7.2006, n. 204 convertito nella l. 4.8.2006, n. 248.

*Riferimenti bibliografici*

- Allegretti U. 1989, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, il Mulino, Bologna.
- Alvazzi Del Frate P. 1994, *Sulle origini dell'ordine degli avvocati dall'Ancien Régime all'Italia liberale*, in *Panorami, riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, VI, Rubbettino Roma: 17-31.
- Autorità della Concorrenza del Mercato 2009, *Indagine conoscitiva sul settore degli ordini professionali (IC-34)*, Roma.
- Badinter R. 1989, *Une autre Justice*, Fayard, Paris.
- Benvenuti F. 1956, *L'organizzazione impropria della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 968 sgg.
- Cassese S. 2001, *La riforma degli Ordini professionali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6: 633.
- Catelani A. 1976, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano.
- Damien A. 1989, *Avocats*, in *Dictionnaire Napoleon*, sous la direction de J. Toulard, n. ed., Paris.
- Della Cananea G. 2000, *L'Ordinamento delle Professioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Parte Speciale, II, Giuffrè, Milano: 1139-1200.
- Ferrara L. 2011, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. Amm.*, 2: 366 sgg.
- Giannini M.S., Mantini 1999, *La riforma delle professioni intellettuali in Italia*, Maggioli, Rimini.
- Gnes M. 2002, *Le professioni intellettuali tra tutela nazionale e concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6: 609 sgg.
- Golino C. 2011, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato*, Cedam, Padova.
- 2012, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nelle esperienze di "civil law" e di "common law"*, in *Jus*: 125 sgg.
- Halperin J.-L. 1992, *Les Professions Judiciaires and juridiques dans l'histoire contemporaine. Modes d'organisation dans divers pays eu ropéens*, LGDJ, Paris.
- Lega C. 1965, *Ordinamenti Professionali*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino : 9 sgg.
- Manfredi G. 2008, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *Jus*: 565 sgg.
- 2011, *L'attività normativa degli Ordini professionali incontra il principio di legalità*, in *Foro Amm. TAR*: 10 sgg.
- Mari A. 1999, *Professioni e ordini professionali in Italia*, in S. Cassese (a cura di), *Professioni e ordini professionali in Europa*, in *Il sole 24ore*: 18-116.
- Merusi F. 2009, *I sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna.
- Mirate S. 2012, *Ordini e Collegi professionali: poteri normativi e disciplinari*, in *Giur. It.*, 6: 1452 sgg.
- Ornaghi L., 1992, *Corporazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, Roma, 2, 469 ss.
- Piscione P. 1959, *Ordini e collegi professionali*, Giuffrè, Milano.



- 1987, “Professioni (*Disciplina delle*)”, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano: 1040 sgg.
- Renna M. 2012, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Jus*: 171 sgg.
- Rossi G. 1979, *Enti pubblici associativi*, Jovene, Napoli.
- Savatier J. 1947, *La profession Libérale*, LGDJ, Parigi.
- Sciullo G. 2013, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Smith A. 1995, *La ricchezza delle nazioni*, Newton, Roma.
- Stanzione F. 2006, *Gli ordini professionali: funzione attuale e prospettive di riforma*, in *Corriere Giur.*: 1633 sgg.
- Teresi F. 1997, *Ordini e Collegi professionali*, in *Dig. Pubbl.*, X, Utet, Torino: 449 sgg.
- Zanobini G. 1927, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano: 360.



# IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA GIURIDIFICAZIONE DEL DIRITTO TRIBUTARIO

*Francesco Farri*

SOMMARIO – 1. Il peculiare atteggiarsi della giuridificazione pretoria nel diritto tributario. 2. Giuridificazione da parte della Corte costituzionale. 2.1 Abolizione della regola del *solve et repete*. 2.2 Intervento sulle Commissioni Tributarie. 3. Giuridificazione da parte dei giudici comuni. 3.1 La vicenda della solidarietà nel diritto tributario. 3.2 Il processo tributario. 4. Giuridificazione promossa dalle corti sovranazionali. 4.1 Principio del contraddittorio e tutela immediata nella fase istruttoria. 4.2 La nuova frontiera dell'abuso del diritto. 5. Gli interrogativi sottesi al problema posto dalla nuova frontiera.

## *1. Il peculiare atteggiarsi della giuridificazione pretoria nel diritto tributario*

Il ruolo del giudice come 'costruttore' dell'ordinamento vede, nella materia tributaria, un terreno che presenta al contempo tratti di particolare fertilità e di particolare inospitalità.

Principiando dagli aspetti che predispongono la fiscalità a creare un ambiente favorevole allo sviluppo di tale forma evolutiva dell'ordinamento, si osserva come la legislazione fiscale italiana sia caratterizzata da sempre dalla presenza di numerose lacune relative soprattutto alla configurazione e alla disciplina di istituti giuridici considerabili come presupposti per l'applicazione dei singoli tributi. Ciò è dipeso e dipende dal combinarsi di ragioni dogmaticamente strutturali e di ragioni contingenti le quali ultime, tuttavia, ricorrono con tanta frequenza da assumere anch'esse un carattere ormai para-strutturale. Sotto il primo profilo, va evidenziato che, per il fenomeno tributario, la tendenza alla multidisciplinarietà ordinamentale assume un'intensità più marcata di quanto avviene, intrinsecamente, per ogni fenomeno giuridico. Invero, consistendo il tributo in una forma di obbligazione che va a innestarsi su fenomeni attinenti ai più disparati e variegati ambiti della vita giuridica (dai bilanci alla contrattualistica, dalla circolazione internazionale dei beni allo smaltimento dei rifiuti), gli operatori tributari sono per definizione chiamati a un'opera di continuo adeguamento della materia alle evoluzioni che si registrano negli altri comparti giuridici: e un siffatto lavoro, specie quando abbia a che fare con l'applicabilità di istituti di carattere generale, si presta assai agevolmente a trasformare una ordinaria opera interpretativa<sup>1</sup> in una vera e propria attività nomopoietica. Sotto il secondo profilo, la cronica urgenza in cui si trova a operare in que-

---

B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, ISBN (online) 978-88-6453-439-8, ISBN (print) 978-88-6453-438-1, CC BY-NC-ND 4.0 IT, 2016 Firenze University Press

sto settore, unitamente alla molteplicità di esigenze (comprese quelle di cassa) che è chiamato a contemperare sotto il profilo politico, impediscono pressoché stabilmente al legislatore di dirigere in modo idoneo l'opera di adeguamento del comparto tributario alle evoluzioni che si registrano negli altri settori della vita economica e giuridica: in tal modo, la parte principale di questo essenziale compito viene di fatto lasciata agli interpreti e, in particolare, a fondamentali interventi giurisprudenziali.

Passando, invece, agli aspetti che rendono la fiscalità un ambiente ostile allo sviluppo di una vera e propria costruzione e definizione giurisprudenziale dei cardini del sistema, l'attenzione deve esser posta anzitutto sul fatto che nel diritto tributario opera da sempre una specifica riserva di legge<sup>2</sup>, la quale va ad aggiungersi alle altre vevoli in generale nel diritto pubblico<sup>3</sup> e rende il diritto tributario una delle materie in cui più marcatamente si manifesta quella necessità di statualizzazione del diritto che anche i più autorevoli critici del legalismo riconoscono in certi ambiti essere inevitabile (Grossi, 2007)<sup>4</sup>. La predetta riserva di legge, infatti e per sua natura, costituisce un limite (per quanto non assoluto, specie alla luce del carattere relativo della riserva stessa) alla possibilità dei giudici di intervenire in modo significativo sugli elementi coperti dalla riserva stessa, che sono stati tradizionalmente indicati in quelli attinenti agli aspetti sostanziali della fattispecie impositiva (Fedele, 1978)<sup>5</sup>. Per questo motivo, nel diritto tributario sostanziale sono stati finora poco diffusi interventi di vera e propria 'giuridificazione' da parte dei giudici: solo di recente, infatti, si è registrato un caso – davvero eclatante – in cui ciò è avvenuto, ossia l'introduzione per via pretoria di quel generalizzato principio di divieto di abuso del diritto in materia fiscale di cui si parlerà più approfonditamente nel successivo par. 4.2. Ulteriore elemento che incide negativamente sul possibile ruolo nomopoietico della giurisprudenza in materia tributaria è il carattere non professionale dei giudici di merito. Va tenuto conto, infatti, che a comporre gli organi di merito della giustizia tributaria (Commissioni Tributarie) sono stati pressoché da sempre chiamati anche professionisti e operatori economici<sup>6</sup> i quali, per quanto adeguati sotto il profilo delle conoscenze tecniche economiche e dell'attitudine alla stima delle capacità reddituali dei diversi attori commerciali, per formazione e *habitus* mentale non hanno mai manifestato particolare inclinazione alla creatività giurisprudenziale<sup>7</sup>, ad eccezione probabilmente di alcune esperienze giurisprudenziali legate alla Commissione Centrale delle Imposte specie nel contesto antecedente alla riforma del 1972<sup>8</sup>.

Dalla combinazione dei tre predetti fattori emerge, per un verso, che il più importante ruolo di giuridificazione pretoria nel diritto tributario è stato svolto dai giudici costituzionali e, per altro verso, che il ruolo in tal senso da parte

dei giudici comuni (specialmente di legittimità) è finora consistito prevalentemente nel definire i limiti dell'applicabilità, nel settore fiscale, di istituti di provenienza di altre branche del diritto. Naturalmente, la recente giurisprudenza comune in materia di divieto di abuso del diritto si presta a scardinare gli schemi appena tracciati e ad aprire nuovi spazi al possibile ruolo del giudice nel diritto tributario: tale eventualità, peraltro, dovrà essere oggetto di attento esame, al fine di verificare se i nuovi e inesplorati lidi che possono aprirsi sulla scia di tali aperture giurisprudenziali possano o meno ritenersi corretti sotto il profilo giuridico e opportuni in una prospettiva di politica del diritto.

## *2. Giuridificazione da parte della Corte costituzionale*

Come anticipato, sono stati quelli della Corte costituzionale a campeggiare come centrali nel novero degli interventi giurisprudenziali che più profondamente hanno inciso sui cardini fondamentali dell'ordinamento tributario. Invero, sono stati proprio i giudici di palazzo della Consulta ad avere, in alcuni casi, demolito direttamente per via pretoria importanti capisaldi del sistema costruito dal legislatore (par. 2.1); e sono stati sempre i medesimi ad avere, in altri casi, adottato strategie decisionali più complesse (e anche contraddittorie, ma non per questo meno efficaci sotto il profilo pratico) al fine di 'costringere' il legislatore a intervenire su problematiche altrettanto essenziali (par. 2.2), oltre a essere stati in talune vicende tra i primi a delineare i principi fondamentali di attuazione di norme costituzionali di problematica concretizzazione<sup>9</sup>. In questo modo, la giurisprudenza costituzionale ha realizzato una importante opera ricostruttiva dell'ordinamento tributario che, nei propri tratti essenziali e nonostante alcune note acute, non ha finora posto particolari problemi di compatibilità con la riserva di legge prevista in Costituzione e con il principio di separazione dei poteri che, in materia tributaria, assume storicamente quella centralità cui si è sopra fatto accenno<sup>10</sup>.

### *2.1 Abolizione della regola del solve et repete*

Il cambiamento più profondo e pervasivo avvenuto nell'ordinamento tributario nel corso dei decenni è stato, probabilmente, quello imposto dalla giurisprudenza costituzionale in occasione della declaratoria di incostituzionalità della regola sulla quale, fin dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865, si reggeva l'assetto dell'accesso alla giurisdizione nel settore fiscale.

Il sistema originario tracciato dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865 prevedeva che, nella materia fiscale, l'obiettivo che il giudice ordinario non interferisse con il 'potere' amministrativo – secondo l'accezione al tempo diffu-

sa<sup>11</sup> – era stato ottenuto relegando l'intervento di un vero e proprio organo giurisdizionale soltanto in un momento successivo a quello dell'avvenuta 'consumazione' di tale potere: e ciò si riteneva sicuramente avvenuto quando le imposte richieste dall'amministrazione erano già state effettivamente riscosse<sup>12</sup>. Per questo, era stata recepita nell'art. 6 dell'allegato E della l. 20.3.1865, n. 2248 la regola del c.d. *solve et repete*, che prevedeva la possibilità di sottoporre le controversie tributarie a un 'vero' giudice soltanto dopo l'avvenuto pagamento delle imposte pretese dagli uffici<sup>13</sup>.

La Corte costituzionale riconobbe la contrarietà di un sistema del genere ai principi costituzionali e, per questa via, tracciò la strada affinché il legislatore ricostruisse la regolamentazione di questo profilo essenziale in modo conforme a Costituzione<sup>14</sup>. È agevole comprendere, quindi e al riguardo, come sia stato proprio l'intervento di un organo giudiziario, per quanto peculiare come la Corte costituzionale, ad aver costituito l'elemento essenziale per la costruzione dei cardini dell'ordinamento tributario come attualmente si delineano in Italia<sup>15</sup>.

## 2.2 *Intervento sulle Commissioni Tributarie*

Strettamente collegato al tema del *solve et repete* è quello della natura degli organi chiamati a decidere le controversie tributarie, ossia le Commissioni Tributarie: non può, quindi, considerarsi casuale la circostanza che anche su questa problematica abbia ritenuto di intervenire la Corte costituzionale, a complemento e rafforzamento dell'opera di giuridificazione avviata con la pronuncia C. cost., 31.3.1961, n. 21 che ebbe modo di dichiarare l'incostituzionalità della norma recante la regola del *solve et repete*.

Invero, anche nella vigenza della regola del *solve et repete* il sistema tracciato dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865 non privava il contribuente di ogni possibilità di tutela prima che gli fosse consentito l'accesso al giudice ordinario: tale sistema, infatti, prevedeva che una forma di tutela vi fosse, ma continuasse ad essere somministrata da una peculiare tipologia di tribunali speciali del contenzioso amministrativo, sottratta all'abolizione disposta dalle leggi suddette. Tali organi erano rappresentati dalle Commissioni Tributarie, mantenute operative in forza del disposto dell'art. 12 dell'allegato E della l. n. 2248/1865.

La stessa genesi delle Commissioni Tributarie permette di comprendere come esse non potessero all'origine considerarsi dotate di quei requisiti che, invece, connotano gli organi di carattere propriamente giurisdizionale<sup>16</sup>: tuttavia, negli anni successivi e anche sulla base dell'interpretazione evolutiva fornita dalla giurisprudenza comune, l'ordinamento giunse progressivamente a configurare la competenza delle commissioni come giurisdizionale (Fransoni, 2012: par.

2.2.; Tesaurò, 1980: 31 sgg.; Micheli, 1966: 158 e. 1951: 246; Allorio, 1943a: 76; Mortara, 1923: 322, 328, 333, 337 e 611).

Ciò poneva rilevanti problemi di compatibilità con la Costituzione, che vennero sottoposti all'attenzione della Consulta soprattutto con riferimento al rispetto del principio di indipendenza da parte di organi che rimanevano saldamente inseriti nel contesto dell'amministrazione finanziaria. La Corte costituzionale, non potendo evidentemente provvedere a dettare in positivo i requisiti necessari a garantire l'indipendenza delle commissioni, giunse ad affermare che non sussistevano violazioni delle norme costituzionali in quanto alle commissioni stesse non poteva riconoscersi già alla radice carattere giurisdizionale<sup>17</sup>.

Una simile presa di posizione, peraltro, poneva profondi problemi in punto di tutela del diritto di difesa dei contribuenti, che contribuirono a indurre il legislatore a concretizzare il proposito di riformare in profondità l'ordinamento tributario, ciò che avvenne tramite la riforma degli anni Settanta. In occasione di tale riforma, tramite il d.p.r. 26.10.1972, n. 636 vennero regolamentate *ex novo* anche le commissioni tributarie, alle quali furono conferite maggiori garanzie di indipendenza, pur rimanendo le medesime sempre incardinate nell'ordinamento del ministero delle finanze.

A questo punto, potevano tuttavia porsi problemi di rispetto della norma di cui all'art. 102, co. 2 della Costituzione in ordine al divieto di istituzione di giudici speciali: se, infatti, alle commissioni tributarie come precedentemente regolamentate non doveva riconoscersi carattere giurisdizionale, la configurazione delle medesime come vero e proprio giudice speciale rappresentava di fatto una violazione al divieto in questione. La Corte costituzionale, tuttavia e pur ponendosi in contrasto con le proprie precedenti sentenze del 1969, ritenne di superare simili problemi appellandosi comunque alla VI disposizione finale della Costituzione, per tale via suggellando il processo di giuridificazione dell'ordinamento tributario da essa stessa avviato con l'abolizione della regola del *solve et repete*<sup>18</sup>.

Occorre, peraltro, ribadire che la tendenziale sistemazione della giurisdizione tributaria dal punto di vista della conformità a Costituzione<sup>19</sup> non ha di per sé risolto la questione di fondo della strutturale problematicità delle commissioni dal punto di vista della effettiva idoneità a soddisfare fino in fondo le esigenze di tutela che a esse vengono rivolte. Tale problematicità, cui si è già fatto accenno nel precedente par. 1 e che deriva essenzialmente dal carattere non professionale dei giudici tributari (oltre che da scelte normative ritenute conformi a Costituzione e, quindi, discutibili soltanto sotto il piano politico)<sup>20</sup>, si presta peraltro a essere affrontata e risolta in modo organico soltanto per il tramite di un profondo e complessivo intervento di riassetto a livello legislativo, essendo difficile immaginare che questo livello possa essere efficacemente reimpostato soltanto tramite puntuali interventi pretori<sup>21</sup>.

### *3. Giuridificazione da parte dei giudici comuni*

Terminata l'illustrazione dei principali aspetti specificamente relativi alla giurisprudenza costituzionale, è possibile osservare come anche alcuni tra i molteplici, sistematici e pervasivi interventi interpretativi, con i quali i giudici comuni hanno disegnato le caratteristiche dell'ordinamento tributario italiano, possano considerarsi trascendere rispetto alla ordinaria opera interpretativa giurisprudenziale e sconfinare in una vera e propria giuridificazione pretoria del sistema tributario.

Precisato che la suddivisione tra costruzioni ordinamentali riconducibili alla giurisprudenza costituzionale e costruzioni riconducibili alla giurisprudenza comune risponde – naturalmente – a esigenze di chiarezza espositiva che non mirano a mettere in ombra la fitta trama di relazioni da sempre sussistenti tra i due sistemi (evidenti già nel successivo par. 3.1 in materia di solidarietà), appare per analogo motivo opportuno suddividere l'illustrazione degli aspetti di giuridificazione a seconda che l'impulso in tal senso sia emerso da una spinta interna alla stessa giurisdizione italiana (parr. 3.1 e 3.2) ovvero dalla rielaborazione da parte di quest'ultima di istanze promosse per prime da corti sovranazionali (par. 4).

#### *3.2 La vicenda della solidarietà nel diritto tributario*

Il primo novero di interventi di giuridificazione scaturiti da una evoluzione interna alla stessa giurisdizione italiana, su cui conviene soffermare l'attenzione in questa sede, attiene alla disciplina della solidarietà nel diritto tributario. Ciò non solo con riferimento alla problematica dell'individuazione dei presupposti di capacità contributiva necessari affinché il legislatore possa istituire forme di solidarietà in materia tributaria<sup>22</sup>, ma anche e soprattutto con riferimento alla problematica dell'attuazione procedimentale e processuale dei rapporti tributari plurisoggettivi. L'analisi dello sviluppo di quest'ultimo versante, peraltro, rende evidente il concorso tra giurisprudenza costituzionale e comune nell'opera di giuridificazione e mostra bene come tale concorso possa talora svilupparsi anche in direzioni contrastanti.

Invero, fin dall'Ottocento e con riguardo ad alcuni principi contenuti nel codice civile del 1865, la giurisprudenza comune aveva introdotto in materia tributaria il principio della solidarietà c.d. 'formale' o 'supersolidarietà tributaria'<sup>23</sup>, in forza del quale gli atti notificati nei confronti di uno soltanto dei condebitori in solido producevano tutti i propri effetti anche nei confronti degli altri in virtù di una sorta di reciproca rappresentazione asseritamente presupposta dal sistema in casi del genere.



In un secondo momento, alla fine degli anni Sessanta, la giurisprudenza costituzionale ebbe modo di dichiarare contraria a Costituzione una simile configurazione. In quella occasione, peraltro, la Corte costituzionale riscontrò significativi problemi ad ancorare la propria pronuncia a una specifica norma di legge, essendo per l'appunto consistita la 'supersolidarietà tributaria' in una vicenda di vera e propria normazione pretoria<sup>24</sup>.

Successivamente, è sempre stata la giurisprudenza ad essere chiamata a ricostruire la disciplina dei rapporti plurisoggettivi nel diritto tributario, con particolare riguardo a un duplice ordine di aspetti. Sotto il profilo sostanziale, la cassazione e la stessa Corte costituzionale hanno continuato a mantenere alcuni profili di contatto con la tesi della 'supersolidarietà tributaria'<sup>25</sup> ma, per altri e fondamentali aspetti, le sezioni unite hanno conclusivamente dato attuazione al superamento della 'supersolidarietà' dichiarando applicabile al settore tributario la regola di cui all'art. 1306 c.c.<sup>26</sup>: è stato in questo modo risolto un problema ultradecennale attinente a un aspetto di frequente e centrale applicazione che il legislatore non aveva avuto occasione di disciplinare in modo esaustivo. Sotto il profilo processuale, poi, la giurisprudenza ha ritenuto di ricostruire l'istituto del litisconsorzio in una maniera caratterizzata da importanti tratti di peculiarità rispetto alla situazione che si registra nel processo civile ordinario<sup>27</sup>.

Pare evidente, dunque, come sia stata pressoché esclusivamente la giurisprudenza ad aver affrontato e sistemato il problema della disciplina dei rapporti di solidarietà nel settore fiscale.

### *3.2 Il processo tributario*

Un secondo importante novero di interventi di giuridificazione pretoria di matrice interna è connesso alle importanti problematiche applicative apertesi in relazione agli interventi sul sistema delle tutele nel settore fiscale (cfr. il precedente par. 2), che il legislatore non ha provveduto a regolamentare e che, quindi, sono state almeno inizialmente oggetto di una ricostruzione normativa di provenienza giurisprudenziale.

Alcuni degli interventi incidenti sui profili in questione si pongono a cavallo tra una forma di ordinaria attività interpretativa e una vera e propria opera di normazione portata avanti in sede pretoria. Si pensi, in generale e oltre a molti casi specifici<sup>28</sup> che non si prestano ad essere esaustivamente passati in rassegna in questa sede, al problema di fondo della definizione dell'estensione dei poteri del giudice tributario a seguito della piena giurisdizionalizzazione delle commissioni: sulla scorta di importanti ricostruzioni dottrinali (Russo, 1969, 1993: 749 sgg. e 2010: 661 sgg.), è stata la giurisprudenza

a sancire nell'ordinamento il peculiare carattere di 'impugnazione-merito' del processo dinnanzi alle commissioni<sup>29</sup>, con intuizione che negli anni successivi sarebbe stata progressivamente recepita anche nel giudizio amministrativo relativo ad atti aventi natura vincolata, aprendo la via a un riassetto complessivo dei compromessi originari del diritto pubblico scaturiti dall'interpretazione fornita alle leggi di unificazione amministrativa del 1865 (Farri, 2015: 78 sgg.). Spostando lo sguardo su istituti particolari, il pensiero corre anzitutto alla questione – sempre dinamica e attuale – dell'individuazione degli atti impugnabili dinnanzi al giudice tributario: pur essendo stato tale aspetto reso oggetto di elencazioni apparentemente tassative in sede di testi normativi relativi al processo tributario, la giurisprudenza ha provveduto fin dagli anni Ottanta del Novecento a estendere progressivamente tali limiti al fine di permettere al sistema di adeguarsi alle esigenze di tutela che venivano affermandosi<sup>30</sup>. Sempre sotto il profilo delle esigenze di tutela del contribuente, poi, è stata nuovamente la giurisprudenza a risolvere il problema della tutela cautelare successiva al primo grado del giudizio tributario, garantendo l'applicabilità degli artt. 283 e 373 c.p.c. anche al giudizio di fronte alle commissioni<sup>31</sup>.

Altri interventi si prestano, invece, ad essere considerati come più propriamente consistenti in vere operazioni nomopoietiche di matrice giurisprudenziale. Si consideri, ad esempio, come il legislatore della riforma tributaria del 1971-1973 non avesse avuto modo di fornire soluzioni definitive al problema dell'esecuzione coattiva delle sentenze delle commissioni tributarie favorevoli al contribuente e non aventi carattere "auto-esecutivo" quali, in particolare, le sentenze in materia di rimborsi. Nella vigenza della regola del *solve et repete*, le questioni attinenti alle somme che il contribuente riteneva indebitamente riscosse dall'Agenzia si trasformavano sempre – laddove non risolte stragiudizialmente – in liti di ripetizioni dell'indebito che venivano conosciute dal giudice civile, con conseguente applicabilità degli strumenti coercitivi messi a disposizione del medesimo, a cominciare dal giudizio di esecuzione forzata. Abolito tale sistema e generatasi così la possibilità che fossero le decisioni delle commissioni tributarie a dover essere portate a esecuzione per garantire soddisfazione ai diritti dei contribuenti, la giurisprudenza riconobbe alle stesse l'applicabilità del giudizio di ottemperanza dinnanzi al giudice amministrativo<sup>32</sup>. A seguito di siffatta opera di giuridificazione pretoria, il legislatore delegato del 1992 provvide effettivamente a disciplinare il giudizio di ottemperanza anche nel nuovo processo tributario (art. 70 d.lgs. 31.12.1992, n. 546), «anche per eliminare le antinomie di un sistema in cui il giudice amministrativo era chiamato ad occuparsi (sia pur indirettamente e successivamente alla decisione di merito) di una materia riservata alle Commissioni tributarie»<sup>33</sup>.

#### 4. *Giuridificazione promossa dalle corti sovranazionali*

Spostando il raggio d'indagine ai più significativi aspetti di giuridificazione ispirati da elaborazioni di matrice sovranazionale, conviene in questa sede soffermare l'attenzione specialmente sui temi relativi al diritto al contraddittorio e alla tutela immediata nella fase istruttoria (par. 4.1), da un lato, e al controverso problema dell'abuso del diritto (par. 4.2), dall'altro lato. Invero, gli ulteriori importanti capitoli giurisprudenziali scritti dalle corti sovranazionali, come quelli concernenti l'applicazione al settore fiscale dei principi dei Trattati Europei (si pensi alla nota sentenza C. giust., 14.2.1995, C-279/93, *Schumacker c. Finanzamt Köln-Almstadt*, in materia di libertà di stabilimento) e il quotidiano lavoro applicativo in materia di tributi armonizzati, possono ragionevolmente ricondursi a ordinaria attività interpretativa giudiziaria.

##### 4.1 *Principio del contraddittorio e tutela immediata nella fase istruttoria*

Tra i versanti in cui più forte si è fatta sentire l'influenza della giurisprudenza sovranazionale, nella specie della corte di giustizia di Lussemburgo, vi è quello della valorizzazione anche in materia tributaria del principio del contraddittorio.

Al riguardo, la posizione della giurisprudenza interna è sempre stata quella secondo cui non poteva dirsi sussistente in capo ai contribuenti un generalizzato diritto ad esporre all'amministrazione il proprio punto di vista prima della emanazione di un atto ad essi sfavorevole, dovendo tale facoltà essere garantita obbligatoriamente dall'amministrazione soltanto nelle ipotesi in cui fosse specificamente prevista dalla legge o in casi peculiari<sup>34</sup>.

Invece, con un orientamento che ha trovato la propria più chiara espressione nella sentenza C. giust., 18.12.2008, C-349/07, *Sopropé Organizações de Calçado Lda c. Fazenda Publica*, la giurisprudenza europea ha ritenuto applicabile anche in materia tributaria il principio generale secondo cui «i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. A tal fine essi devono beneficiare di un termine sufficiente» per potersi difendere e «il rispetto dei diritti della difesa implica, perché possa ritenersi che il beneficiario di tali diritti sia stato messo in condizione di manifestare utilmente il proprio punto di vista, che l'amministrazione esamini, con tutta l'attenzione necessaria, le osservazioni della persona o dell'impresa coinvolta»<sup>35</sup>.

Quanto all'ambito di estensione del principio predetto, enunciato in materia di tributi doganali di pertinenza comunitaria, la Corte ha precisato che l'obbligo di consentire un contraddittorio preventivo «incombe sulle ammi-

nistrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità». Ciò fermo restando che, anche «per quanto riguarda le normative nazionali che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, spetta agli Stati membri stabilire termini in funzione, segnatamente, della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione».

Sulla scorta delle delimitazioni applicative correttamente indicate dalla sentenza in questione, la Corte di cassazione ha riconosciuto la generalizzata applicabilità del principio del contraddittorio preventivo nei procedimenti relativi ai tributi armonizzati<sup>36</sup>, ma ha mostrato una completa indecisione relativamente agli altri tributi dando vita a continui e radicali ribaltamenti giurisprudenziali. Inizialmente, essa ha confermato il proprio precedente orientamento restrittivo per il comparto dei tributi non armonizzati<sup>37</sup>. Successivamente, con una pronuncia storica e particolarmente ricca di spunti di riflessione, le Sezioni Unite hanno affermato che «l'attivazione del “contraddittorio endoprocedimentale” [...] costituisce un principio fondamentale immanente dell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa», provvedendo altresì a tracciare le linee di fondo per permettere la concretizzazione di tale principio mediante l'affermazione per cui esso si sostanzia nell'obbligo di «fissare al destinatario un termine per la presentazione di eventuali osservazioni» e per cui, in mancanza di apposite previsioni legislative specifiche, «esso può trarsi, in difetto di espressa previsione scritta, dal sistema» e quantificarsi «in trenta giorni sulla base delle prescrizioni che prevedono analogo termine con l'art. 6, c. 5 dello Statuto del contribuente o il d.P.R. n. 600/1973, art. 36-ter, comma 4»<sup>38</sup>. Infine, dopo poco più di un anno, le stesse Sezioni Unite con sentenza 9.12.2015, n. 24823 hanno ribaltato il proprio precedente e sono tornate ad affermare che, per i tributi non armonizzati, il contraddittorio procedimentale non deve essere obbligatoriamente garantito dall'amministrazione se non nei casi in cui specificamente previsto dalla legge. Siffatti continui *reversement* giurisprudenziali della Cassazione hanno indotto un giudice di merito a trovare una via per investire della questione anche la Corte costituzionale<sup>39</sup>.

Un ambito nel quale, invece, né il legislatore né la giurisprudenza comune interna hanno mai neppure lontanamente provveduto a dar corso a quella opera di giuridificazione sollecitata dalla giurisprudenza sovranazionale (in particolare, dalla CEDU) attiene alla problematica della tutela immediata del soggetto interessato nella fase istruttoria, con particolare riferimento agli accessi, alle

ispezioni e alle verifiche. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, ha stabilito la contrarietà all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo della norma francese in materia di autorizzazione giudiziaria agli accessi domiciliari per verifiche fiscali, ritenendo necessaria la garanzia di un pieno controllo giurisdizionale sulla medesima e considerando insufficiente la tutela fornita dall'art. l. 16B del *Livre des procédures fiscales* francese che prevede come unico strumento di controllo in tal caso il ricorso per Cassazione<sup>40</sup>. La giurisprudenza italiana, vuoi sulla base del fatto che le pronunce della CEDU non sono considerate direttamente cogenti nell'ordinamento interno, vuoi sulla base del fatto che quello dell'applicabilità dell'articolo 6 della CEDU alla materia tributaria resta pur sempre un tema in divenire (Muleo, 2008: 198 sgg.; Marcheselli, 2009a: 757 sgg. e 2012b: 2681 sgg.; Bilancia *et al.*, 2014; Greggi, Buriani, 2014: 117 sgg.), mantiene ferma la propria giurisprudenza secondo cui eventuali illegittimità dell'autorizzazione agli accessi tributari, anche domiciliari, possono esser fatte valere soltanto in sede di impugnazione dell'eventuale atto impugnabile che abbia recepito le risultanze di tale istruttoria, salva naturalmente la possibilità (peraltro di complessa attuazione pratica) di chiedere sul piano civilistico il risarcimento dei danni ingiusti eventualmente provocati da una attività istruttoria illegittima<sup>41</sup>.

#### 4.2 *La nuova frontiera dell'abuso del diritto*

Se per alcuni degli aspetti finora passati in rassegna i confini tra funzione interpretativa e funzione nomopoietica possono apparire sfumati, un vero e proprio salto di qualità nell'opera di giuridificazione pretoria dell'ordinamento tributario si è registrato, in anni recenti, con l'introduzione giurisprudenziale della regola sostanziale del generalizzato divieto di abuso del diritto in materia tributaria.

Anche sulla scia di studi di carattere comparatistico (Gonzalez Garcia, 1974: 51 sgg.; Zizzo, 1986: 231 sgg.; ma v. già per il sistema tedesco Buhler, 1937: 31 sgg.; Hensel, 1956: 112 sgg.), si era posto nel corso degli anni il problema del trattamento di quei comportamenti giuridici dei contribuenti che, pur essendo ossequiosi del disposto normativo, ne violavano in qualche modo lo 'spirito' sostanziale (Micheli, 1976: 396 sgg.; Tremonti, 1986: 369 sgg.; Gallo, 1989a: 11 sg. e 1989b: 377 sgg.). Come ben si vede, il problema in questione attiene a un aspetto sostanziale della delimitazione delle fattispecie impositive e, come tale, risulta coperto dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., come già osservato nel precedente par. 1. Coerentemente con tale presupposto, la problematica fu affrontata e risolta da parte dell'organo a ciò deputato, ossia il legislatore, attraverso l'introduzione negli anni Novanta del Novecento dell'art. 10 della l. 29.12.1990, n. 408, successivamente sostituito dell'art. 37 *bis* del d.p.r.

29.9.1973, n. 600. Tali norme hanno legittimato l'amministrazione finanziaria a disconoscere i vantaggi tributari conseguiti dai contribuenti tramite comportamenti del tipo predetto e ad assoggettare a imposizione le vicende considerate sulla base delle disposizioni aggirate (eluse) da parte dei contribuenti stessi. Tuttavia, il legislatore – democraticamente legittimato – aveva ritenuto di porre una condizione fondamentale affinché l'amministrazione finanziaria potesse far prevalere ai fini impositivi la sostanza economica dell'operazione sulla forma giuridica utilizzata dal contribuente: e tale condizione era rappresentata dal fatto che il comportamento giuridico del contribuente coinvolgesse l'effettuazione di una tra le operazioni straordinarie o finanziarie indicate dagli articoli in questione (Lupi, 1995: 419 sgg. e 1997: 1099 sgg.; Zizzo, 1999: 435 sgg.). In altre parole, il legislatore aveva stabilito che l'elusione avesse rilievo sul piano tributario soltanto in taluni contesti negoziali, tipizzati dal legislatore stesso come particolarmente rischiosi e sensibili, per il resto essendo rimessa al contribuente la possibilità di scegliere in ogni caso e per qualsiasi ragione la soluzione giuridica fiscalmente meno onerosa.

Senonché, dalla metà circa del primo decennio del nuovo secolo, la giurisprudenza ha iniziato a cercare soluzioni per neutralizzare la predetta delimitazione di fattispecie negoziali posta dal legislatore<sup>42</sup>: ciò al fine di poter contrastare in ogni caso, e non solo in quelli coinvolgenti peculiari tipologie di operazioni, i comportamenti dei contribuenti consistenti in costruzioni giuridiche complesse e finalizzate al conseguimento di una riduzione del peso impositivo rispetto a quello che avrebbe dovuto essere sostenuto qualora il medesimo effetto sostanziale complessivo fosse stato ottenuto tramite costruzioni giuridiche diverse da quella in concreto elaborata.

Da ultimo, la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite della Cassazione, con le tre sentenze gemelle 23.12.2008, nn. 30055, 30056 e 30057, è stata quella di ritenere operativo nell'ordinamento nazionale un principio generale e immanente di contrasto dell'abuso del diritto suscettibile di condurre, in materia tributaria, al risultato sopra menzionato senza bisogno di passare tramite l'opera tipizzante del legislatore (per tutti, Rescigno, 2008: 745 sgg.; Lovisolo, 2009: 49 sgg.; Beghin, 2013).

Lo spunto per l'affermazione di tale orientamento è stato rinvenuto, a detta della giurisprudenza interna, nella sentenza *Halifax* della Corte di Giustizia europea<sup>43</sup>. Senonché, date le rigide limitazioni poste dai Trattati europei all'armonizzazione delle normative fiscali degli Stati membri, la sentenza *Halifax* avrebbe dovuto rimanere operante soltanto nel campo dei tributi sulla cui disciplina poteva esercitare influenza giuridica il diritto comunitario. La Cassazione, tuttavia e nel quadro del lavoro in corso da alcuni anni cui si è sopra sinteticamente accennato, ha ritenuto il principio in questione estensibile a tutti i tributi, ivi compresi quelli

non armonizzati: al fine di poter fornire una giustificazione giuridica a una simile 'forzatura' giurisprudenziale, la Suprema Corte è giunta ad affermare «che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano. Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi. Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale». Ciò fino al punto di ritenere la violazione del divieto di abuso del diritto rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ivi compreso quello di legittimità, in deroga a ogni principio del diritto tributario sostanziale e processuale.

Tutta la giurisprudenza successiva, pur mitigando alcuni degli aspetti più radicali delle pronunce in esame, ha confermato l'applicabilità, in materia tributaria, del divieto di abuso del diritto, inteso nel senso suddetto. Ciò finché da ultimo, con l'art. 5 della legge delega n. 23/2014, il legislatore ha dovuto prendere atto della situazione venutasi a creare e ha delegato il Governo a regolamentare compiutamente e in modo generalizzato il divieto di abuso del diritto in materia tributaria, definendone i presupposti tramite un sostanziale recepimento delle elaborazioni giurisprudenziali e contornandone l'applicazione concreta di garanzie procedurali che la giurisprudenza non aveva potuto introdurre (trovandosi, questa, necessariamente ad operare in una fase successiva a quella dell'emanazione dell'atto di accertamento). Da questo momento, la giurisprudenza sembra aver improvvisamente preso coscienza che, prima del momento di attuazione della delega (avvenuta con il decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128), «la fattispecie dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento non opera tout court nel caso di accertamento che concernano la materia delle imposte sui redditi. In tale materia occorre tener conto [...] che il legislatore, con il d.p.r. n. 600 del 1973, art. 37-bis, ha scelto di tipizzare la figura dell'abuso del diritto convogliandola su specifici elementi caratterizzanti e determinate operazioni negoziali, in assenza dei quali non sono configurabili (si ripete nella materia delle imposte sui redditi) altre ipotesi (atipiche) di pratiche abusive» (Cass., sez. trib., sent. 14.01.2015, n. 405; Cass., sez. trib., sent. 25.11.2015., n. 24024).

### 5. *Gli interrogativi posti dall'approccio sotteso alla nuova frontiera*

L'elaborazione normativa pretoria in tema di divieto di abuso del diritto in materia tributaria rappresenta, all'evidenza, il caso più eclatante di 'giuridificazione' giudiziaria che si sia mai registrato nel diritto tributario italiano sostanziale. Il fatto che il 'senso di giustizia' percepito dalla giurisprudenza abbia prevalso sulle scelte effettuate dal popolo sovrano tramite i propri rappresentanti pone, tuttavia, problemi assai significativi in relazione a molti dei principi costituzionali fondamentali che informano la materia tributaria.

Anzitutto, si pone un problema di compatibilità con il principio di uguaglianza e di razionalità di cui all'art. 3 Cost. Invero, l'intervento nomopoietico giurisprudenziale in questione, per la natura intrinsecamente casistica che lo contraddistingue, non ha avuto modo di coordinare la norma introdotta giudizialmente con le altre preesistenti nel tessuto legislativo e, in particolare, con l'art. 37 *bis*, d.p.r. n. 600/1973, che da un punto di vista contenutistico dettava presupposti applicativi<sup>44</sup> in tutto corrispondenti a quelli delineati dalla giurisprudenza per l'abuso del diritto<sup>45</sup> prevedendo, però, delimitazioni dell'ambito applicativo a operazioni ritenute tipicamente più rischiose per gli interessi erariali e un procedimento di accertamento particolarmente garantista per il contribuente non contemplati dalla giurisprudenza in materia di abuso del diritto. In questo modo, prima dell'intervento da parte del legislatore delegato in attuazione dell'art. 5, l. n. 23/2014, l'ordinamento assisteva alla situazione paradossale per cui, a fronte di assetti negoziali ritenuti meno pericolosi dal legislatore in quanto non ricompresi nel novero delle operazioni straordinarie e finanziarie cui si applicava la normativa antielusiva di livello legislativo, l'Agenzia delle Entrate poteva procedere al recupero senza le garanzie procedurali previste dall'art. 37 *bis* cit. per i casi tipizzati dal legislatore come più rischiosi. La giurisprudenza, tuttavia, non si è sentita di risolvere la situazione di palese contrasto con il principio di razionalità di cui all'art. 3 Cost. cui essa stessa aveva dato corso, pensando anzi di potervi porre rimedio unicamente sollecitando la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 37 *bis* cit.<sup>46</sup>, con conseguente prospettiva di ulteriore diminuzione delle garanzie per il contribuente.

Correlativamente, la giurisprudenza che ha introdotto il divieto di abuso del diritto in materia tributaria ha determinato un macroscopico problema di compatibilità con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. e con il principio di soggezione alla legge da parte dei giudici di cui all'art. 101 Cost. A questo proposito, non può omettersi di segnalare come non risultassero affatto convincenti le spiegazioni fornite al riguardo dalle Sezioni Unite della Cassazione e sopra riportate: esse, infatti, suonavano più come un farraginoso tentativo di giustificazione *a posteriori* di un'opzione di politica del diritto autonomamente opera-



ta dalla giurisprudenza che non come un argomento giuridicamente rigoroso e rispettoso delle scelte operate dagli organi democraticamente rappresentativi<sup>47</sup>.

Neppure negli ordinamenti di *common law* sarebbe considerato corretto e ammissibile un intervento nomopoietico di questo tipo da parte delle Corti in una materia giuspubblicistica. Anche in quegli ordinamenti, infatti, lo spazio per l'intervento creativo da parte dei giudici deve considerarsi *interstitial* (Cardozo, 1921: 14-22 e 126-129)<sup>48</sup>, ossia limitato agli ambiti privi di regolamentazione da parte del legislatore e quindi interessati da lacune. Inoltre, anche in quegli ordinamenti la pregnanza dell'intervento di giuridificazione pretoria non può essere utilizzata per far prevalere ad opera delle Corti opzioni di *policy* diverse da quelle fatte proprie dal legislatore democraticamente eletto, come è avvenuto nelle pronunce in materia di divieto di abuso del diritto da parte della Suprema Corte italiana, ma soltanto e semmai in direzione opposta, ossia al fine di far prevalere i diritti individuali su regolamentazioni dettate per ragioni pubblicistiche e ritenute non adeguatamente rispettose delle posizioni dei privati (Dworkin, 1982: 90, 173, 175, 177, 255, 272-278, 351-355). Ed il fatto che la stessa Suprema Corte italiana abbia mostrato di esser consapevole di ciò, ri-conformando ai principii costituzionali la sua giurisprudenza nel momento in cui aveva ormai ottenuto da parte del legislatore la programmazione di un cambio di *policy* nel senso sollecitato con le precedenti pronunce<sup>49</sup>, rende ancor più evidente la particolare delicatezza del problema.

Ciò permette di ben comprendere come per un sistema come quello italiano, caratterizzato peraltro da un giudizio accentratore di costituzionalità diversamente da quanto avviene per i più importanti ordinamenti di *common law*, la giuridificazione pretoria sia uno strumento da utilizzare con parsimonia negli ambiti sostanziali del diritto pubblico, in generale, e nel diritto tributario, in particolare, laddove comunque non dovrebbe mai essere utilizzato per estendere per via giurisprudenziale gli ambiti di sottoposizione dei contribuenti ad obblighi impositivi che soltanto il legislatore democraticamente eletto e rappresentativo è legittimato a delineare nelle proprie caratteristiche di fondo.

*Note*

- <sup>1</sup> Si pensi al tema tradizionale dell'interpretazione, nel contesto del diritto tributario, dei concetti di provenienza del diritto civile, oggetto di studio già da parte della scuola pavese (Griotti, 1939: 202 sgg., 1940: 306 sgg. e 1949: 347 sgg.; Vanoni, 1962: 3 sgg.) e di altri illustri studiosi (tra cui, sempre per rimanere a quegli anni, Giannini, 1941: 197 sgg.; Berliri, 1941: 161 sgg.).
- <sup>2</sup> Essa è attualmente contenuta nell'art. 23 Cost., mentre in precedenza era contenuta nell'art. 30 dello Statuto Albertino, in forza del quale «nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re». Storicamente, è noto l'esempio della *Magna Charta Libertatum* del Regno d'Inghilterra (1215), la quale prevedeva *in nuce* (artt. 12 e 14) anche un esempio di istituzionalizzazione della necessità del consenso alla imposizione da parte dell'organo rappresentativo dei contribuenti.
- <sup>3</sup> In particolare, quella di cui all'art. 97 Cost.
- <sup>4</sup> Cfr. in particolare le pp. 21-22 e 51-52 dell'opera, laddove si precisa che in ogni ordinamento è necessariamente presente «una porzione del giuridico che è legata e collegata a chi detiene il governo della cosa pubblica ed è quanto oggi siamo soliti qualificare come diritto costituzionale, amministrativo, penale» e che comprende anche il diritto tributario. Cfr. altresì Grossi, 2012: 18 e 21.
- <sup>5</sup> Per un'interpretazione evolutiva dell'art. 97 della Costituzione e dei profili coperti dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., volta ad includervi – accanto agli elementi tradizionali (soggetti attivi e passivi dell'obbligo tributario; presupposto impositivo; elementi essenziali della base imponibile e dell'aliquota) – anche gli aspetti procedurali, può vedersi, se si vuole, Farri, 2015: 380 sgg.
- <sup>6</sup> Si vedano, attualmente, gli artt. 4 e 5 d.lgs. 31.12.1992, n. 545 (ove si ammettono alla funzione di giudice tributario anche «gli iscritti negli albi degli ingegneri, degli architetti, dei geometri, dei periti edili, dei periti industriali, dei dottori agronomi, degli agrotecnici e dei periti agrari»). In precedenza, la regolamentazione era contenuta negli artt. 2 e 3 del d.p.r. 26.10.1972, n. 636 e, ancor prima, nell'art. 25 del r.d.l. 7.8.1936, n. 1639 e nell'art. 3 del r.d. 8.7.1937, n. 1516: in particolare, l'art. 25 del r.d.l. n. 1639/1936 prevedeva che la metà dei componenti delle Commissioni fosse costituita da magistrati e funzionari dello Stato, mentre l'altra metà doveva essere costituita da membri scelti e nominati dal Prefetto della Provincia «in relazione alla entità degli interessi delle attività produttive operanti nelle provincia», oltre a tecnici immobiliari per le questioni catastali. L'art. 3 del r.d. n. 1516/1937 stabiliva, poi, che le designazioni prefettizie fossero concordate con le unioni sindacali del luogo.
- <sup>7</sup> La circostanza che la non professionalità dei giudici tributari rappresenti un intrinseco elemento di freno alla creatività giurisprudenziale emerge, ad esempio, dal gran numero di pronunce di inammissibilità di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale da parte di giudici tributari e dal fatto che «la percentuale di annullamenti di decisioni di tali giudici da parte della Corte di Cassazione è assai elevata, come è del pari rilevante il numero di rinvii pregiudiziali operati dalla Corte in materia tributaria, per questioni spesso non rilevate dalle Commissioni Tributarie» (così si è espressa la sezione tributaria della cassazione nell'ordinanza 4.8.2010, n. 18055, mediante la quale è stata rinviata alla corte di giustizia la valutazione della compatibilità con il diritto comunitario di una norma condonistica che permetteva la definizione agevolata di alcune liti tributarie pendenti di fronte alla Corte di Cassazione. Sempre nella stessa ordinanza, la suprema corte ha tenuto a precisare alla corte di giustizia che «i giudici delle Commissioni tributarie non possiedono uno status professionale, essendo scelti da diverse categorie, e cioè da magistrati di altre giurisdizioni, docenti universitari, docenti in istituti di scuole secondarie di materie giuridiche, economiche o tecnico ragionieristiche, dipendenti civili dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche, avvocati,

commercialisti, ragionieri, periti commerciali, geometri, revisori ufficiali dei conti e revisori contabili», che «l'esercizio della funzione di giudice tributario consente il contemporaneo esercizio delle rispettive funzioni o professioni di provenienza» e che, conseguentemente, «corrisponde ad un interesse di rilevanza comunitaria che a questa Corte Suprema non venga sottratta la potestas judicandi sulle controversie ammesse al regime di estinzione»).

<sup>8</sup> Fra queste, un chiaro esempio di giuridificazione può essere rivenuto nell'elaborazione giurisprudenziale della commissione centrale delle imposte relativa agli istituti deflattivi del contenzioso tributario, ossia degli istituti mediante i quali contribuenti e amministrazione finanziaria definiscono in modo condiviso il modo di essere di un determinato presupposto impositivo. Fin dalla decisione 5.12.1880, n. 62849 e passando per l'importante decisione 24.4.1928, n. 84128 (cfr. Vannuccini, 1929: par. 1865), la commissione centrale ha ricostruito il 'concordato' fiscale in termini di atto avente carattere negoziale, sul modello della transazione. In questo modo, veniva affrontato e risolto dalla giurisprudenza il problema di stabilire il regime delle invalidità dell'atto in esame, non disciplinato dal legislatore: come osservato da attenta dottrina, infatti, la giurisprudenza della commissione centrale in materia ha dato vita a un «reticolo di decisioni in cui l'assimilazione del concordato a una transazione è proprio il mezzo per giungere a delineare un regime dei vizi chiaro e autorevole, perché derivato dall'esperienza civilistica» (così Marellò, 2010: 123). Il progetto di codice tributario avanzato da Ezio Vanoni nel 1942 teneva specificamente conto del lavoro giurisprudenziale dalla commissione centrale in materia, tanto da recepire nell'art. 79 il principio dell'impugnabilità per dolo, violenza ed errore del 'concordato' fiscale. Come ovvio, le circostanze che tale progetto di Codice non abbia trovato compimento (cfr. Braccini, 1998) e che, nel prosieguo, sia stata – per certi aspetti relativi agli istituti deflattivi del contenzioso tributario – accordata preferenza alla tesi opposta (propugnata dalla corte di cassazione) non fanno venir meno il significato dell'opera di giuridificazione avviata in materia dalla commissione centrale, che peraltro testimonia una mai mancata propensione della stessa alla nomofilachia e che, con specifico riguardo al problema degli istituti deflattivi del contenzioso, continua a incidere sul dibattito dottrinale relativo alla natura dell'accertamento con adesione.

<sup>9</sup> Il riferimento è, specialmente, alla problematica del cd. 'federalismo fiscale' per la quale, a fronte della incisiva riforma del Titolo V della Costituzione apportata dalla l. cost. 18.10.2001, n. 3 e dei rinvii che il legislatore statale si è concesso per attuarla, è stata la Corte costituzionale a tracciare per prima i cardini del sistema. Circoscrivendo in questa sede l'esame alle pronunce che attengono a problematiche di federalismo 'tributario' (ed escludendo, quindi, quelle relative a problematiche che in senso tecnico devono riconoscersi concernere questioni di federalismo 'finanziario'), può dirsi che è stata per prima la Corte costituzionale ad avviare la costruzione di una lettura ordinamentale restrittiva dell'art. 119 Cost. (lettura che, in un secondo momento, ha caratterizzato anche i provvedimenti di attuazione legislativa emanati specie dal 2009 in avanti), secondo la quale, ad esempio, non possono essere considerati «tributi propri della Regione» ai sensi dell'art. 119 Cost. quelli istituiti con legge statale come l'IRAP (C. cost., 26.9.2003, n. 296 e 19.7.2004, n. 241), l'ICI (C. cost., 24.2.2006, n. 75), le tasse automobilistiche (su cui cfr. altresì le sentenze C. cost., 26.9.2003, n. 297; C. cost., 15.10.2003, n. 311; C. cost., 21.12.2007, n. 451), l'imposta sulla pubblicità (C. cost., 26.1.2004, n. 37): nonostante il gettito di tali tributi sia attribuito in tutto o in parte alle regioni o agli enti locali (C. cost., 14.6.2007, n. 193), la Corte ha incardinato il sistema nel senso che la competenza legislativa in materia rimanga esclusivamente quella statale (anche per i dettagli della disciplina: cfr. C. cost., 29.12.2004, n. 431) e non quella concorrente con le regioni, le quali possono quindi intervenire soltanto se e nella misura in cui ciò sia loro espressamente consentito dalla legge statale. Correlativamente, la Corte ha indirizzato il sistema nel senso di richiedere il necessario intervento di coordinamento da parte del legislatore statale al fine di aprire la possibilità di esplicazione della potestà impositiva da parte delle regioni (C. cost. n. 37/2004), sia al fine di «fissare i principi cui i legislatori regio-

nali dovranno attenersi», sia e soprattutto al fine di «definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente di Stato, Regioni ed enti locali», «non essendo ammissibile, in materia tributaria, l'esplicazione di potestà regionali autonome in mancanza della fondamentale legislazione statale di coordinamento» (C. cost. n. 241/2004). In questa direzione, la Corte non ha esitato a dichiarare incostituzionale il noto tributo sul lusso istituito dalla regione Sardegna poiché improntato a una nozione di 'reddito entrata' che, ponendosi in contrasto con la nozione di 'reddito prodotto' presupposta dall'art. 67 del TUIR erariale, creava nel sistema una «disarmonia» derivante «dalla diversità ed incompatibilità delle rationes impositive e, in particolare, dalla coesistenza dei due menzionati contraddittori indirizzi di politica fiscale» (cfr. C. cost., 15.4.2008, n. 102, par. 6.5). Sempre la Corte, tuttavia, ha mostrato alcuni segnali di apertura verso la potestà legislativa regionale in materia tributaria avvertendo il legislatore statale della necessità di rispettare «il limite discendente dal divieto di procedere in senso inverso a quanto oggi prescritto dall'art. 119 della Costituzione, e così di sopprimere semplicemente, senza sostituirli, gli spazi di autonomia già riconosciuti dalle leggi statali in vigore alle Regioni e agli enti locali, o di procedere a configurare un sistema finanziario complessivo che contraddica i principi del medesimo art. 119» (C. cost. n. 37/2004), anche nel senso di alterare «il rapporto tra complessivi bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte» (C. cost., 14.12.2004, n. 381) e, quindi, di «comportare uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale» (C. cost., 14.4.2006, n. 155). Inoltre, anche in assenza del provvedimento legislativo attuativo dell'art. 119 Cost., la Corte ha riconosciuto alle regioni una diretta potestà di attuazione del principio di progressività del sistema tributario, negando «che la Costituzione stabilisca una riserva esclusiva di competenza legislativa dello Stato in tema di progressività dei tributi» (C. cost., 13.1.2006, n. 2). Per una panoramica della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto cfr., per tutti, Fregni, 2006; Amatucci, 2006; Di Pietro, 2009.

<sup>10</sup> Con riferimento agli elementi della fattispecie impositiva coperti da riserva di legge, l'opportuna tendenza al *self restraint* da parte della Corte costituzionale si è manifestata essenzialmente sotto due profili. Sotto un primo profilo, essa si è manifestata nella preferenza di soluzioni esegetiche meno 'invasive' di altre rispetto alla interpretazione di concetti generali del diritto tributario: si pensi, ad esempio, alla considerazione del principio di capacità contributiva prevalentemente (e specie in tempi recenti) come declinazione del principio di razionalità in ambito di riparto dei carichi pubblici (cfr., tra le molte, C. cost., 16.7.2014, n. 201; C. cost., 5.6.2013, n. 116; C. cost., 20.6.2002, n. 258; C. cost., 21.5.2001, n. 156; C. cost., 4.5.1995, n. 143; C. cost., 6.7.1972, n. 120), alla considerazione del principio di irretroattività della imposizione come limite non assoluto (cfr., tra le molte, C. cost., 27.7.1995, n. 410; C. cost., 20.7.1994, n. 315; C. cost., 6.7.1966, n. 89; C. cost., 9.3.1959, n. 9; è noto, per contro, il caso di norma tributaria incidente su forme di ricchezza anteriori di dieci anni e per questo dichiarata incostituzionale da C. cost., 23.5.1966, n. 44), nonché alla adozione di una nozione nominalistica di reddito (C. cost. n. 410/1995; ma si veda successivamente il par. 6.5 della sent. C. cost. n. 102/2008, cit., imperniato sulla nozione di reddito prodotto). Sotto un secondo profilo, essa si è manifestata nella tendenza a evitare per quanto possibile decisioni manipolative e additive di principio, nonché a limitare al massimo il sindacato sulle scelte del legislatore in materia di delineazione del presupposto del tributo e della base imponibile (tra i casi in cui la Corte ha dichiarato incostituzionali scelte del legislatore su tali aspetti, si ricordano le seguenti pronunce: C. cost., 12.7.1965, n. 69, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del primo e del secondo comma dell'art. 31 del r.d. 30.12.1923, n. 3270, in quanto escludevano le aziende agricole dal trattamento disposto, in materia di deduzioni dall'imponibile dell'imposta di successione, per le aziende industriali e commerciali; C. cost., 14.7.1976, n. 167, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del quinto comma dell'art. 47 del r.d. 30.12.1923, n. 3269, in quanto escludeva i macchinari industriali dal trattamento disposto, in materia di imposta di registro, per le pertinenze degli

opifici; C. cost., 8.11.1979, n. 126, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di una serie di norme in materia di INVIM «che concernono la determinazione definitiva della base imponibile, ossia la formazione del valore imponibile netto, mediante detrazioni percentuali fisse commisurate al numero degli anni, o frazioni d'anno, considerati per il calcolo della differenza tra valore finale e valore iniziale», specificando peraltro che «esorbita dal compito istituzionale di questa Corte formulare indicazioni o suggerimenti circa i rimedi che il legislatore vorrà adottare, nella sua piena discrezionalità, per eliminare gli inconvenienti che, sotto i diversi profili qui prospettati, dipendono dai difetti strutturali del sistema di questa legge»; C. cost., 11.7.1989, n. 387, C. cost., 30.5.1991, n. 231, C. cost., 28.5.2014, n. 142, in materia di estensione di regimi fiscali favorevoli ad alcune categorie di soggetti originariamente non compresi nell'ambito di essi; C. cost., 9.7.2002, n. 328, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 82 TUIR nella misura in cui non prevedeva, ai fini del computo della plusvalenza, la rivalutazione sulla base dell'indice ISTAT del valore di presa in carico degli immobili ricevuti per donazione o successione; C. cost., 28.11.2003, n. 345, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del comma 5 dell'art. 2 d.l. 23.1.1993, n. 16, nella misura in cui prevedeva l'applicazione di un'agevolazione ICI per gli immobili d'interesse storico e artistico soltanto se posseduti da privati; C. cost., 11.2.2015, n. 10, con la quale è stata dichiarata incostituzionale, con effetti soltanto per il futuro, la c.d. Robin Tax).

- <sup>11</sup> Tale accezione, caratteristica del positivismo giuridico ottocentesco, derivava dall'onda lunga della rivoluzione francese, la quale sotto questo profilo aveva tratto importanti spunti dal sistema precedente dello stato assoluto, esacerbandone ed estremizzandone le caratteristiche tramite l'eliminazione di quei profili equitativi che, nello stato assoluto, pur sempre trovavano spazio grazie all'ultima ricomposizione di ogni potere, amministrativo e giudiziario, nella medesima persona del sovrano, ma che, nell'approccio postrivoluzionario, erano percepiti come ascitifici e considerati forieri delle più gravi ingiustizie e diseguaglianze sociali. Emblematiche, in proposito, si mostrano (De Tocqueville, 1988) le parole dell'art. 13 del decreto rivoluzionario francese del 16.8.1790, secondo cui «le funzioni giudiziarie sono distinte e rimarranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, senza incorrere in reato, turbare in qualche maniera le operazioni dei corpi amministrativi né citare dinanzi a essi gli amministratori a causa delle loro funzioni».
- <sup>12</sup> La situazione che si verificava nel settore tributario, infatti, veniva percepita come diversa rispetto a quella che si registrava nel diritto amministrativo generale. Nel settore tributario, invero, l'espressione del potere pubblico da 'preservare' rispetto all'ingerenza dei giudici non si realizzava tanto nel temperamento di interessi contrapposti da parte dell'autorità amministrativa nei singoli casi concreti, quanto piuttosto a livello legislativo prevedendo il generale obbligo di corrispondere all'erario certe somme di denaro o di beni al verificarsi di certi fatti. In tutto questo, il ruolo principale dell'attività amministrativa era quello di provvedere alla liquidazione in termini pecuniari di indici impositivi che in natura non erano espressi in denaro, oppure quello di far riscuotere coattivamente, da privati da essa incaricati quali erano gli esattori, le somme di denaro dovute dai contribuenti ma da questi non pagate spontaneamente. In definitiva, quindi e a differenza di quanto avveniva nel diritto amministrativo generale, i problemi che potevano venire in rilievo in materia tributaria si traducevano sempre, prima o poi, in questioni di obbligazioni o, comunque, pecuniarie. Inoltre, nella materia tributaria il ruolo dei 'provvedimenti' amministrativi individuali risultava ridotto rispetto a quanto avveniva nel diritto amministrativo generale, e ciò sia a causa del fatto che molti tributi dovevano corrispondersi prima di compiere una certa attività, alla stregua di condizione necessaria per lo svolgimento di questa, sia a causa del fatto che altri tipologie di tributi, come quelli diretti, prevedevano forme di 'accertamento' plurisoggettive e oggetto di pubblicazione in forme simili a quelle previste per gli atti amministrativi generali (cfr. artt. 21 e 25 l. 14.7.1864, n. 1830). Tali peculiarità che caratterizzavano il settore fiscale permisero

di soddisfare le esigenze di ossequio al principio della separazione dei poteri, come inteso al tempo, secondo le modalità indicate nel testo, diverse da quelle ideate per il diritto amministrativo generale. Sul punto cfr., di recente e oltre agli autori citati nella nota successiva e Merusi, 2015.

- <sup>13</sup> Risultava, dunque, chiaro che «nella regola: *solve et repete*, applicata alle imposte di qualunque specie, più che un privilegio o una necessità di amministrazione, è da vedere un completamento logico delle limitazioni stabilite dalla legge all'esercizio del sindacato giurisdizionale ordinario sopra gli atti della funzione governativa. In altre parole, la detta regola fa parte delle norme sulla competenza e fra le sanzioni ne è una veramente notevole [...] Per rendere veramente certa e concreta la tutela del rammentato precetto di legge, occorre proprio la sanzione del *solve et repete*» (Mortara, 1923: 332 e 333, il quale esclude categoricamente che la regola del *solve et repete* fosse dettata unicamente da esigenze di cassa o di *privilegium fisci*; in senso analogo Allorio, 1943a: 118, secondo cui «la regola “*solve et repete*” è da riguardare come una regola di competenza» ovvero – secondo la terminologia attuale – come regola attinente al riparto di giurisdizione). In giurisprudenza (Mortara, 1923: 333 e 334) cfr., ad esempio, Cass. Roma, 11.8.1891, in *Ann. giurispr.*, 1891: II, 48; Cass. Roma, 18.4.1894, in *Circolo giur.*, 1894: 134; Cass. Roma, 4.6.1897, in *Giur. it.*, 1897: I, 1, 903.
- <sup>14</sup> Le pronunce rilevanti al riguardo sono la prima e fondamentale sentenza C. cost., 31.3.1961, n. 21 (che ha dichiarato l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 6 dell'allegato E della l. n. 2248/1865, in forza del quale «in ogni controversia d'imposte gli atti d'opposizione per essere ammissibili in giudizio dovranno accompagnarsi dal certificato di pagamento dell'imposta, eccetto il caso che si tratti di richiesta di supplemento», per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.) e la correlativa e conseguente sentenza C. cost., 1.7.1969, n. 125 (che ha dichiarato l'incostituzionalità del primo comma dell'art. 6 dell'allegato E della stessa l. 2248/1865, nonché dell'art. 22, co. 4, r.d.l. n. 1639/1936, nella parte in cui subordinavano alla pubblicazione dei ruoli e all'iscrizione a ruolo delle imposte la sussistenza «della competenza delle autorità giudiziarie» sulle questioni tributarie: a detta della Corte, infatti, simili misure riguardanti il ruolo «non assolvono allo scopo di tutela di un interesse dell'amministrazione e limitano per contro, frapponendo un ingiustificabile ritardo, la tutela giurisdizionale del soggetto privato»). Sempre con riferimento al problema dell'accesso alla giurisdizione, la Corte Costituzionale è successivamente intervenuta in alcune occasioni sotto il diverso profilo della declaratoria di incostituzionalità di norme che subordinavano senza ragione l'accesso alla giurisdizione tributaria al previo esperimento di ricorsi amministrativi (cfr. C. cost., 17.3.1998, n. 62; C. cost., 24.2.1995, n. 56; C. cost., 27.7.1994, n. 360; C. cost., 23.11.1993, n. 406).
- <sup>15</sup> In altri Paesi, invece, la logica del *solve et repete* non è stata ancora completamente superata. Ad esempio, l'ordinamento federale degli Stati Uniti d'America prevede ancora una molteplicità di giurisdizioni abilitate a conoscere le controversie tributarie ciascuna relativamente a profili diversi e, per adire la più garantista di esse, ossia la U.S. District Court, è ancora necessario il previo integrale pagamento delle imposte richieste dall'amministrazione finanziaria tramite la *notice of deficiency* (cfr. I.R.C. § 7422-a; 28 U.S.C. § 1346-a-1). Sul punto si vedano, per tutti, Greenaway T.D. 2009: 311 ss. e Watson C. 2012: 256 ss., ove si opera riferimento a un caso emblematico (*Estate of Carter v. Commissioner*, 453 F.2d 61, 2d Circ. 1971) in cui l'impossibilità per un contribuente di poter pagare le imposte prima di adire il giudice gli impedì di poter sottoporre la controversia alla District Court (i cui precedenti giurisprudenziali gli avrebbero consentito il successo) e, così, lo privò della possibilità di ottenere ragione di fronte alla Tax Court in forza dei più restrittivi precedenti giurisprudenziali di essa.
- <sup>16</sup> La genesi storica delle commissioni tributarie è ricostruita con dovizia di particolari e fin dalla situazione degli Stati preunitari da Russo, 1969: 157 sgg. e 1988: 587 sgg. Emblematiche, riguardo all'originaria concezione delle commissioni tributarie, le parole di Quarta, 1903: 274-275 il quale, sulla base «della facoltà, attribuita alle Commissioni di prima istanza, d'in-

scrivere o di elevare di ufficio i redditi», giungeva significativamente a definirle come «giudice tassatore».

- <sup>17</sup> C. cost., 6.2.1969, n. 6 e C. cost., 10.2.1969, n. 10, sulle quali cfr. in particolare Micheli, 1969: 610; Granelli, 1969: 105; Magnani, 1969: 581.
- <sup>18</sup> Cfr. la sentenza C. cost., 27.12.1974, n. 287, ove la Corte ebbe modo di affermare che «la nuova legislazione – imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni – esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa. Non si può disconoscere che, di fronte al ricordato contrasto giurisprudenziale in ordine a quel problema, il legislatore avesse il potere di rimuovere ogni incertezza: e per le cose dette è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie». Negli anni successivi, la Corte ha avuto occasione di precisare come i principi costituzionali debbano essere letti, in relazione alla problematica delle commissioni tributarie, nel senso di precludere al legislatore l'attribuzione alla giurisdizione tributaria dei giudizi relativi a pubbliche entrate non aventi carattere tributario: in questa prospettiva, la Corte costituzionale è giunta a delineare una propria nozione di 'tributo' così contribuendo in modo significativo alla giuridificazione di un aspetto da sempre sfuggente, indefinito e controverso (cfr., fra le altre, C. cost., 11.2.2005, n. 73; C. cost., 14.3.2008, n. 64; C. cost., 8.5.2009, n. 141).
- <sup>19</sup> Occorre ricordare, al riguardo, come alcuni giudici di merito abbiano di recente nuovamente sollevato questioni di costituzionalità relative al complessivo stato di effettiva indipendenza e imparzialità della giustizia tributaria come attualmente configurata (cfr. comm. trib. prov. Reggio Emilia, 14.10.2014, ord. n. 280/III/2014): e sebbene tale vicenda apparisse fin dall'inizio destinata a un esito in larga parte già segnato (come conferma la declaratoria di inammissibilità con cui la Corte costituzionale, con ord. 20.10.2016, n. 227, ha definito il giudizio), essa risulta comunque indicativa di una generale problematicità dell'assetto della giurisdizione tributaria che tuttora permane.
- <sup>20</sup> Il riferimento è, in particolare, al divieto di prova testimoniale nel processo tributario, ritenuto compatibile con la Costituzione dalla sentenza C. cost., 21.1.2000, n. 18.
- <sup>21</sup> In tale prospettiva, i criteri direttivi che sono stati stabiliti dall'art. 10 della legge delega 11.3.2014, n. 23, pongono le basi per una effettiva revisione del contenzioso tributario e confermano l'esigenza di «rafforzamento della qualificazione professionale dei componenti delle Commissioni Tributarie, al fine di assicurarne l'adeguata preparazione specialistica».
- <sup>22</sup> In materia di tributi indiretti, in particolare, si ricordi quanto affermato da C. cost., n. 120/1972, cit., secondo cui «il necessario collegamento con la capacità contributiva non esclude che la legge stabilisca prestazioni tributarie a carico solidalmente oltre che del debitore principale, anche di altri soggetti, non direttamente partecipi dell'atto assunto come indice di capacità contributiva. In tali casi, peraltro, occorre che una siffatta imposizione risulti legittimata da rapporti giuridico-economici, intercorrenti fra i soggetti predetti, rapporti idonei alla configurazione di unitarie situazioni che possano giustificare razionalmente il vincolo obbligatorio e la sua causa», oltre che consentire adeguate forme di tutela affinché il condebitore non direttamente titolare dell'indice di capacità contributiva possa strutturalmente evitare di rimanere inciso dal prelievo.
- <sup>23</sup> Per rimanere ad alcune tra le ultime sentenze in materia, può esser fatto riferimento a Cass., 8.6.1957, n. 2138, in *Foro it.*, 1958, I: 747; Cass., 13.10.1958, n. 3228, in *Foro it.*, 1959, I, 810; Cass., 30.11.1967, n. 2850, in *Foro it.*, 1968, I: 426. Esaustivi riferimenti, anche giurisprudenziali, possono rinvenirsi in Fantozzi, 1968a: 56 sgg.; Cocivera, 1960: 187 sgg.; Allorio, 1943b: 32 sgg.; Tesoro, 1938: 202 sgg.
- <sup>24</sup> Cfr. C. cost., 16.5.1968, n. 48 e C. cost., 28.12.1968, n. 139, ove è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 20 e 21 del r.d.l. n. 1639/1936, in tema di imposta di registro, e dell'art. 66 r.d. n. 3270/1923, relativo all'imposta sulle successioni, osservando che l'ordinanza di

rimessione da parte del giudice «si fonda sulla lettera delle norme, che non pone espressi divieti o limitazioni alla tutela giurisdizionale dei diritti del contribuente. Ma il Tribunale ha interpretato quelle norme nel senso che, nell'ipotesi di obbligazione tributaria solidale, la notificazione dell'accertamento di valore fatta ad uno solo dei contribuenti fa decorrere anche contro gli altri il termine per il ricorso alla commissione distrettuale delle imposte; e in ciò ha ravvisato una lesione della garanzia inerente alla tutela giurisdizionale». La Corte ha successivamente rilevato che il giudice rimettente «ha preso l'avvio da un'opinione secondo la quale l'obbligazione solidale di diritto tributario non riunisce più vincoli, come l'obbligazione solidale di diritto civile, ma lega in unico rapporto tutti i debitori, fino al punto che, contestata verso uno solo di essi, la pretesa fiscale di nuova stima del bene oggetto di trasferimento svolge i suoi effetti anche verso tutti gli altri, assorbendo nella difesa di uno la difesa di tutti. Questa interpretazione del sistema, consolidata da lunghissimo tempo, ha resistito al dissenso di una parte notevole della dottrina; ma non riesce a superare il vaglio della norma costituzionale invocata nell'ordinanza che ha dato origine all'odierno giudizio». Su tale sentenza cfr. per tutti Fantozzi, 1968b: 1480 sgg. e 1968c: 739 sgg.

- <sup>25</sup> Ciò con riferimento, specialmente, alla idoneità della notifica di un atto nei confronti di uno solo dei condebitori solidali a impedire la decadenza dell'ufficio nei confronti di tutti, sebbene l'art. 1310 c.c. operi con riferimento alla sola prescrizione e non anche alla decadenza (art. 2694 c.c.): cfr., al riguardo, C. cost., 9.7.1974, n. 214, con nota di Fedele, 1974: 2742. Sul tema cfr. altresì Fantozzi, 1970: 515; Micheli, 1984: 144, secondo cui una interpretazione di questo tipo farebbe rientrare dalla finestra quella supersolidarietà che le sentenze del 1968 avevano fatto uscire dalla porta. Per la giurisprudenza comune cfr., ad esempio, la sentenza Cass., 14.6.1995, n. 6729, mentre alcuni giudici di merito hanno iniziato a porre in discussione l'orientamento in questione (cfr. comm. trib. prov. Prato, 19.11.2014, n. 349/V/2014).
- <sup>26</sup> Cass., S.U., 22.6.1991, n. 7053, su cui cfr. specialmente le osservazioni di Fantozzi, 1994: 480 sgg.
- <sup>27</sup> Cass., S.U., 18.1.2007, n. 1052 e Cass., S.U., 4.6.2008, n. 14815. Sulla prima cfr. Consolo, 2007: 487 sgg.; Glendi, 2007: 189 sgg.; Falsitta, 2007: 167 sgg. Sulla seconda cfr. specialmente Basilavecchia, 2008: 2270 sgg.
- <sup>28</sup> Tra i quali si annoverano anche decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, come quella in materia di pubblicità delle udienze nei giudizi di fronte alle commissioni tributarie di cui alla sentenza C. cost., 24.7.1986, n. 212.
- <sup>29</sup> Cass., S.U., 18.2.1977, n. 742; Cass., S.U., 5.3.1980, nn. 1471 e 1472 del 1980; Cass., 17.5.1984, n. 3047; Cass., S.U., 3.3.1986, n. 1322; Cass., S.U., 3.6.1987, n. 4844 e 3.6.1987, n. 4853; Cass., S.U., 26.10.1988, nn. 5782-5788; Cass., S.U., 21.11.1989, n. 4966; Cass., S.U., 13.7.1989, n. 3285; Cass., S.U., 3.8.1989, n. 3578; Cass., S.U., 30.5.1990, n. 5117 e così via fino ad oggi (si segnalano, ad esempio, Cass., 29.12.2005, n. 28870; Cass., sez. trib., 12.7.2006, n. 15825; Cass., sez. trib., 16.5.2007, n. 11212; Cass., sez. trib., 6.8.2008, n. 21184; Cass., sez. trib., 5.9.2008, n. 22453; Cass., sez. trib., 13.10.2008, n. 25104; Cass., 17.10.2008, n. 25376).
- <sup>30</sup> Cass., S.U., 3.2.1986, n. 661; C. cost., 6.12.1985, n. 313. Sul punto cfr. specialmente Frasoni, 2012: par. 2.4.
- <sup>31</sup> Cass., sez. trib., 24.2.2012, n. 2845; C. cost., 17.6.2010, n. 217.
- <sup>32</sup> Invero, la giurisprudenza aveva ritenuto che l'art. 27, co. 1, num. 4 del Testo Unico sul Consiglio di Stato di cui al r.d. 26.6.1924, n. 1054, il quale prevedeva la giurisdizione di merito del Consiglio di Stato sui «ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico», potesse valere come un «rimedio di carattere generale, valido ad assicurare l'adempimento da parte della P.A. degli obblighi nascenti da qualunque giudicato, per tale intendendosi ogni pronuncia, emanata da



un organo imparziale a seguito di un procedimento contenzioso, che risolveva un conflitto di interessi, alla stregua di norme giuridiche, con effetti preclusivi» (così Cons. St., sez. VI, sez. VI, 16.10.1951, n. 430, così come riportata nella decisione dell'Adunanza Plenaria, 4.11.1980, n. 43). Tale estensione giurisprudenziale, che si inscriveva nel novero di quei fatti «di pura e semplice [...] normazione giurisdizionale» di cui parlava per altri profili Nigro, 1994: 312, trovò l'approdo definitivo in relazione alla ottemperanza delle sentenze delle commissioni tributarie con la decisione dell'Adunanza Plenaria del 22.12.1990, n. 11. Cfr. sul punto Tesauro, 1975; Muscarà, 1985: 180 sgg.; Maffezzoni, 1988a: 325 sgg. e 1988b: 1465 sgg.; Glendi, 1999; Parlato, 2008: 13 sgg.

<sup>33</sup> In questi termini si è espressa Cass., S.U., 27.6.2002, n. 9340.

<sup>34</sup> Per l'affermazione del principio generale suddetto cfr., tra le molte, Cass., 6.10.1999, n. 11094; Cass., 28.7.2000, n. 9946; Cass., 1.8.2000, n. 10060; Cass., 27.10.2000, n. 14200; Cass., 25.10.2000, n. 14012 (con nota di Miceli, 2001: 367 sgg.); Cass., 16.9.2005, n. 18429; Cass., 3.11.2010, n. 22316. Fra le ipotesi peculiari in cui la giurisprudenza di legittimità aveva richiesto l'attuazione del contraddittorio preventivo anche a prescindere da specifiche previsioni legislative, si consideri il caso degli accertamenti basati sugli studi di settore (cfr. Cass., 28.7.2006, n. 17229; Cass., 7.2.2008, n. 2816; e, definitivamente, Cass., S.U., 18.12.2009, n. 26635, su cui in particolare cfr. Basilavecchia, 2010a: 212 sgg.; Marcheselli, 2010: 251 sgg.).

<sup>35</sup> Naturalmente, il principio fissato dalla corte con la sentenza in questione trova le proprie origini nella costante giurisprudenza generale della medesima corte secondo cui «i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. A tal fine essi devono beneficiare di un termine sufficiente» (cfr., in particolare, C. giust., 24.10.1996, C32/95, *Commissione c. Lisrestal*, par. 21; C. giust., 21.9.2000, C462/98 P, *Mediocurso c. Commissione*, par. 36). La sentenza ha suscitato gli entusiasmi dei commentatori italiani, tra cui: Ragucci, 2009: 570 sgg.; Marcheselli, 2009b: 203 sgg., 2011a: 526 sgg., 2011b: 377, 2012c: 2315 sgg. e 2012a: 2379 sgg.

<sup>36</sup> Cass., 11.6.2010, n. 14105, su cui autorevolmente Basilavecchia, 2010b: 210 sgg.

<sup>37</sup> Cass., 5.2.2009, n. 2752; Cass., 9.4.2010, n. 8481; Cass., 3.8.2012, n. 14026 (seppur erroneamente motivata nella misura in cui opera richiamo alla valutazione della natura pubblica o privata dell'interesse prevalente nelle diverse fasi procedurali). Del resto, era stata la stessa giurisprudenza europea a delimitare successivamente l'ambito di applicazione del principio del contraddittorio tramite la sentenza della Grande Sezione della C. giust., 22.10.2013, C-276/12, *Sabou c. amministrazione finanziaria di Praga*. Il contenuto di quest'ultima sentenza, in particolare, è stato valorizzato nella giurisprudenza interna anche da Cass., 12.2.2014, n. 3142, la quale ha dimostrato che la concentrazione del contraddittorio unicamente in alcune tipologie di circostanze «non appare sindacabile sotto il profilo della irragionevolezza atteso che, come rilevato dalla giurisprudenza costituzionale (con riferimento al processo), è rimessa al legislatore la scelta delle modalità attraverso le quali dare attuazione al principio del contraddittorio purché ne sia assicurata l'effettività, con la conseguenza che rientra nella discrezionalità della legge prevedere che il contraddittorio intervenga soltanto nella fase successiva a quella propriamente istruttoria, o venga differito alla fase contenziosa» (i riferimenti addotti al riguardo sono C. cost., 16.12.1970, n. 190; C. cost., 6.7.1972, n. 125; nonché più di recente C. cost., 10.4.2003, n. 119).

<sup>38</sup> Così, da ultimo, Cass., S.U., 18.9.2014, n. 19667, par. 16. Tale sentenza specifica con chiarezza che «la pretesa tributaria trova legittimità nella formazione procedimentalizzata di una “decisione partecipata” mediante la promozione del contraddittorio tra amministrazione e contribuente (anche) nella “fase precontenziosa” o “endoprocedimentale”». Sulla sentenza in questione cfr. Scalinci, 2014: 883 sgg.; Marcheselli, 2014: 3019 sgg. Si era qui di fronte a una opera di giuridificazione particolarmente chiara e resa ancor più evidente dal fatto che è stata la stessa Corte di Cassazione a disciplinare un vero e proprio schema di procedimento.

- <sup>39</sup> Comm. trib. reg. Firenze, ord. 10.1.2016, n. 1
- <sup>40</sup> Il riferimento è, in particolare, alla sentenza C. eur. dir. uomo, III Sez., 21.2.2008, *Ravon e altri c. Francia*.
- <sup>41</sup> Il principio è stato ripetuto con forza, anche a seguito della sentenza della C. eur. dir. uomo *Ravon*, cit., dalle Sezioni Unite della Cassazione italiana, con sentenza 7.5.2010, n. 11082.
- <sup>42</sup> Cass., sez. trib., 21.10.2005, n. 20398; Cass., sez. trib., 14.11.2005, n. 22932.
- <sup>43</sup> C. giust., 21.2.2006, C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, su cui, fra i molti, cfr. Basilavecchia, 2006: 1466 sgg.; Pistone, 2007: 17 sgg. Prima delle pronunce delle Sezioni Unite indicate nel testo si vedano, sul punto, anche Cass., sez. trib., 29.9.2006, n. 21221; Cass., sez. trib., 4.4.2008, n. 8772; Cass., sez. trib., 21.4.2008, n. 10257.
- <sup>44</sup> Recita, infatti, l'art. 37 *bis*, co. 1, d.p.r. n. 600/1973: «sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti».
- <sup>45</sup> Riconducibili all'artificiosità dell'operazione negoziale, al conseguimento di un indebito risparmio d'imposta, al fine essenziale di ottenerlo e all'assenza di valide ragioni economiche. A dimostrazione della completa corrispondenza dei presupposti, l'art. 5 della legge delega n. 23/2014 ha previsto la completa sovrapposizione dei concetti di elusione e abuso del diritto e la conseguente abrogazione dell'art. 37 *bis* citato, poi attuata dall'art. 1 del d.lgs. n. 128/2015.
- <sup>46</sup> Cass., sez. trib., ord. 5.11.2013, n. 24739, su cui Frasoni, 2014: 47 sgg. Va dato atto, peraltro, che alcune pronunce successive avevano tentato di mitigare il problema affermando l'operatività del principio del contraddittorio preventivo obbligatorio anche in materia di accertamenti basati sulla violazione del divieto di abuso del diritto (Cass., sez. trib., sent. 14.1.2015, n. 406; Cass., sez. trib., sent. 5.12.2014, n. 25759) nonché la necessità di instaurare il contraddittorio in sede giurisdizionale in caso di rilievo officioso.
- <sup>47</sup> L'argomento della diretta traducibilità di un principio costituzionale in specifica regola direttamente applicabile alle vicende della vita anche a costo di porsi in contrasto con precise norme di legge mai dichiarate incostituzionali dall'organo a ciò deputato ricorda alcuni aspetti della teoria di Zagrebelsky, 1992: 160 e 162, secondo cui i principii produrrebbero diritto tramite contatto diretto con la realtà, con la conseguenza che sarebbe in definitiva la realtà, reagendo con i principii, a creare il diritto. Per un esame dei profili di criticità della impostazione in questione può vedersi, se si vuole, Farri, 2015: 263 sgg., ove ulteriori approfondimenti anche sulle questioni di cui alla nota successiva.
- <sup>48</sup> Cfr. anche, in tal senso, la *opinion* che un giurista proto-realista come il Justice Holmes O.W. ebbe modo di esprimere in *Southern Pacific Co v. Jensen*, 244 US, 205, 221: «I recognize without hesitation that judges must and do legislate, but they do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions. A common-law judge could not say, I think the doctrine of consideration a bit of historical nonsense and shall not enforce it in my court».
- <sup>49</sup> Cfr. le sentenze citate in conclusione del precedente par. 4.2 (Cass., n. 405/2015 e n. 24024/2015), le quali – dopo che il legislatore aveva modificato la legislazione nel senso sollecitato dalla giurisprudenza – hanno affrontato il problema dell'abuso del diritto in termini giuridici riportando serenità nella gerarchia delle fonti e smentendo tutta la giurisprudenza formata dal 2008 in poi, che si era rivelata necessaria a smuovere il legislatore in un senso diverso da quello precedentemente positivizzato.

*Riferimenti bibliografici*

- Allorio E. 1943a, *Relazione fra giudice speciale tributario e giudice ordinario*, in *Riv. dir. fn.*, II: 65-77.
- 1943b, *Solidarietà processuale e variazione dei motivi nell'impugnazione tributaria*, in *Riv. dir. fn. sc. fn.*, II: 32-44.
- 1953, *Diritto processuale tributario*, Utet, Torino.
- Amatucci F. 2006, *I limiti costituzionali del potere statutario dei Comuni in materia tributaria*, in L. Perrone, C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 503-518.
- Basilavecchia M. 2006, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili Iva*, in *Corr. trib.*: 1466-1470.
- 2008, *L'accertamento unitario trova un assetto stabile*, in *Corr. trib.*: 2271-2275.
- 2010a, *Accertamento e studi di settore: soluzione finale*, in *GT – Riv. giur. trib.*: 212-216.
- 2010b, *Si rafforza il contraddittorio in materia doganale*, in *GT – Riv. giur. trib.*: 877-880.
- Beghin M. 2013, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Cedam, Padova.
- Berliri A. 1941, *Negozi giuridici e negozi economici quale base di applicazione per l'imposta di registro?*, in *Riv. it. dir. fn.*, I: 161-185.
- Bilancia F., Califano C., Del Federico L., Puoti P. (a cura di) 2014, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giustizia tributaria italiana*, Giappichelli, Torino.
- Braccini R. 1998, *Un progetto di Codice tributario del 1942*, in *Riv. stor. dir. it.*: 5-111.
- Buhler O. 1939, *La causa giuridica nel diritto tributario tedesco*, in *Riv. dir. fn.*, I: 9-43.
- Cardozo B. 1921, *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven (USA).
- Cocivera B. 1960, *Effetti sostanziali e processuali della solidarietà nel debito d'imposta*, in *Foro it.*, IV: 177-198.
- Consolo C. 2007, *Per una nuova figura di litisconsorzio necessario nel processo tributario. Il giusto riparto tra coobbligati solidali torna (per altra via) al centro del sistema costruito dalle Sezioni Unite*, in *Giust. Trib.*: 487-497.
- De Tocqueville A. 1988, *L'antico regime e la rivoluzione* (ed. orig. 1856), Mondadori, Milano.
- Di Pietro A. 2009, *Federalismo e devoluzione nella recente riforma costituzionale: profili fiscali*, in *Rass. trib.*: 245-264.
- Dworkin R. 1982, *I diritti presi sul serio* (ed. orig. 1977), Zanichelli, Bologna.
- Falsitta G. 2007, *Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, II: 174-184.
- Fantozzi A. 1968a, *La solidarietà nel diritto tributario*, Utet, Torino.
- 1968b, *Un altro mito infranto: è la volta della solidarietà tributaria*, in *Giur. it.*, I (1): 1479-1492.

- 1968c, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità della cd. solidarietà tributaria*, in *Giur. cost.*: 739-755.
- 1970, *Reviviscenza della solidarietà tributaria?*, in *Giur. it.*, I (2): 515-518.
- 1994, *La solidarietà tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Cedam, Padova, t. II: 453-487.
- Farri F. 2015, *Forma ed efficacia nella teoria degli atti dell'amministrazione finanziaria*, Cedam, Padova.
- Fedele A. 1974, *Solidarietà tributaria e termini di decadenza*, in *Giur. Cost.*: 2742-2754.
- 1978, *Commento all'art. 23 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma.
- Fransoni G. 2012, *Spunti ricostruttivi in tema di atti impugnabili nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 1: 979-1012.
- 2014, *La diversa disciplina procedimentale dell'elusione e dell'abuso del diritto: la Cassazione vede il problema, ma non trova la soluzione*, in *Riv. dir. trib.*, II: 47-60.
- Fregni M.C. 2006, *Autonomia tributaria delle Regioni e riforma del Titolo V della Costituzione*, in L. Perrone, C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 477-502.
- Gallo F. 1989a, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I: 11-27.
- 1989b, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, I: 377-401.
- Giannini M.S. 1941, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, in *Riv. dir. fn. sc. fn.*, I: 95-128 e 170-198.
- Glendi C. 1999, *Giudizio di ottemperanza (dir. trib.)*, in *Enc. giur.*, Ist. Enc. Italiana Treccani, Roma: t. XV
- 2007, *Le sezioni unite della Suprema Corte officiano i "funerali" della solidarietà tributaria*, in *GT – Riv. giur. trib.*: 189-192.
- Gonzalez Garcia E. 1974, *La c.d. evasione fiscale legittima*, in *Riv. dir. fn.*, I: 51-80 e 254-282.
- Granelli A.E. 1969, *Sulla natura giuridica delle commissioni tributarie*, in *Riv. dir. fn.*, II: 105-135.
- Greenaway T.D. 2009, *Choice of Forum in Federal Civil Tax Litigation*, in 62 *The Tax Lawyer*: 311-334.
- Greggi M., Buriani I. 2014, *La CEDU e il principio del giusto procedimento*, in A. Di Pietro, T. Tassani (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Cedam, Padova: 117-158.
- Griziotti B. 1939, *Il principio della realtà economica negli artt. 6 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. fn. sc. fn.*, II: 202-208.
- 1940, *Lo studio funzionale dei fatti finanziari*, in *Riv. dir. fn. sc. fn.*: I: 306-314.
- 1949, *L'interpretazione delle leggi finanziarie*, in *Riv. dir. fn. sc. fn.*: I: 347-362.
- Grossi P. 2007, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Ordine, compattezza, complessità: la funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Satura, Napoli.

- Hensel A. 1956, *Diritto tributario*, Giuffrè, Milano.
- Lovisolò A. 2009, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*: 49-96.
- Lupi R. 1995, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. trib.*: 409-421.
- 1997, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*: 1099-1106.
- Maffezzoni M. 1988a, *L'esecuzione della sentenza che condanna l'amministrazione al pagamento di somme e i (troppo) sottili distinguo della Corte di Cassazione*, in *Boll. trib.*: 1466-1468.
- 1988b, *Note sull'ottemperanza delle sentenze tributarie*, in *Boll. trib.*: 325-328.
- Magnani C. 1969, *Brevi osservazioni sulla dichiarata natura amministrativa delle commissioni tributarie*, in *Giur. it.*, I (1): 581-584.
- Marcheselli A. 2009a, *Accessi e verifiche fiscali: un'altra tappa verso il giusto processo tributario in una decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giur. it.*: 758-763.
- 2009b, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*, in *GT – Riv. giur. trib.*: 210-215.
- 2010, *Le Sezioni Unite sulla natura presuntiva degli studi di settore*, in *Corr. trib.*: 251-255.
- 2011a, *Lo Statuto del contribuente: condivisione dei principi comunitari e nazionali, riflessi sulla validità degli atti*, in *Dir. prat. trib.*: 521-534.
- 2011b, *Contraddittorio e procedimento tributario, un passo indietro e due avanti*, in *Corr. trib.*: 376-380.
- 2012a, *Gli effetti della violazione del principio del contraddittorio*, in *Corr. trib.*: 2379-2382.
- 2012b, *Il riconoscimento dei diritti fondamentali del contribuente nella CEDU, nell'UE e nel diritto italiano: uno spunto da una sentenza del Consiglio di Stato francese*, in *Giur. it.*: 2682-2686.
- 2012c, *Indefettibilità del contraddittorio in ogni accertamento tributario*, in *Corr. trib.*: 2315-2320.
- 2014, *Il contraddittorio deve precedere ogni provvedimento tributario*, in *Corr. trib.*: 3019-3023.
- Marello E. 2010, *L'invalidità dell'accertamento con adesione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Del Federico (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso*, FrancoAngeli, Milano: 122-137.
- Merusi F. 2015, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Amministrare*: 225-286.
- Miceli R. 2001, *Il diritto del contribuente al contraddittorio nella fase istruttoria*, in *Riv. dir. trib.*, II: 371-397.
- Micheli G.A. 1951, *Sul rapporto tra processo avanti le commissioni tributarie e processo avanti l'autorità giudiziaria ordinaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, II: 240-251.

- 1966, *In tema di rapporti tra il processo avanti le commissioni tributarie e il processo avanti l'autorità giudiziaria ordinaria rispetto alle imposte indirette*, in *Riv. dir. proc.*: 147-158.
- 1969, *Osservazioni sulla natura giuridica delle commissioni tributarie (dopo le sentenze n. 6 e 10 del 1969 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*: 310-324.
- 1976, *La presunzione e la frode alla legge nel diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fn.*, I: 396-406.
- 1984, *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino.
- Mortara L. 1923, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vallardi, Milano: t. I.
- Muleo S. 2008., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente*, in *Riv. dir. trib.*, IV: 198-218.
- Muscarà S. 1985, *In tema di giudizio di ottemperanza per rimborsi di imposte*, in *Rass. trib.*, II: 180-183.
- Nigro M. 1994, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna.
- Parlato M.C. 2008, *Contributo allo studio del giudizio di ottemperanza nel processo tributario*, Cacucci, Bari.
- Pistone P. 2007, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di Iva*, in *Riv. dir. trib.*, IV: 17-26.
- Quarta O. 1903, *Imposta di ricchezza mobile*, Utet, Torino, t. II.
- Ragucci G. 2009, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. trib.*: 570-598.
- Rescigno P. 2008, *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione da parte delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*: 745-747.
- Russo P. 1969, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Giuffrè, Milano.
- 1988, *Contenzioso tributario*, in *Dig. Disc. priv., Sez. comm.* (IV ed.), Utet, Torino.
- 1993, *Impugnazione e merito nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, I: 749-761.
- 2010, *L'accertamento tributario nel pensiero di Enzo Capaccioli: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. dir. trib.*, I: 661-716.
- Scalinci C. 2014, *Lo Statuto e l'"auretta" dei principi che... incomincia a sussurrar: il contraddittorio preventivo per una tutela effettiva e un giusto procedimento partecipato*, in *Riv. dir. trib.*, I: 883-922.
- Tesoro F. 1975, *Il rimborso dell'imposta*, UTET, Torino.
- 1980, *Profili sistematici del processo tributario*, Cedam, Padova.
- Tesoro G. 1938, *Limiti soggettivi di efficacia dell'accertamento nelle obbligazioni tributarie solidali*, in *Riv. dir. proc.*, I: 202-224.
- Tremonti G. 1986, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fn.*, I: 369-377.

- Vannuccini U. 1929, *La giurisprudenza delle imposte dirette*, Soc. tip. Castaldi, Roma.
- Vanoni E. 1962, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*, in Id., *Opere giuridiche*, Giuffrè, Milano, t. I.
- Watson C. 2012, *Tax Procedure and Tax Fraud in a Nutshell*, West, St. Paul (USA).
- Zagrebelsky G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- Zizzo G. 1986, *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. trib.*, I: 231-253.
- 1999, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in M. Miccinesi (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Cedam, Padova: 425-472.





## LA GIURIDIFICAZIONE DELL'AMBIENTE

*Annalaura Giannelli*

SOMMARIO – 1. Premessa: la recente ‘scoperta’ dell’ambiente da parte del giurista. 2. La giuridificazione o le giuridificazioni? Puntualizzazioni introduttive, 3. L’ambiente come valore costituzionale. 4. L’ambiente come materia. 5. L’ambiente come bene giuridico. 6. Conclusioni.

### *1. Premessa: la recente ‘scoperta’ dell’ambiente da parte del giurista*

L’indagine sulla nozione di ambiente rappresenta una prospettiva privilegiata per esaminare i percorsi attraverso i quali si esprime la continua tensione tra il giuridico e il pre-giuridico. Da un punto vista empirico l’ambiente può essere percepito come il mero ‘mondo di fuori’, ossia con il contesto esterno in cui l’essere umano vive, intesse relazioni, e sviluppa le proprie potenzialità, di cui lo stesso diritto è manifestazione.

Il pensiero occidentale è, come noto, fortemente ancorato alla dialettica tra il mondo interiore e quello esteriore, di cui l’ambiente è massima espressione, e tende ad assegnare al primo una indiscussa primazia sul piano della dignità intrinseca. Non stupisce, dunque, che nel mondo antico, con ciò essenzialmente intendendo la civiltà greco-romana, il pensiero abbia raggiunto elevatissime vette in campo filosofico, artistico e politico, mentre non abbia prodotto risultati altrettanto notevoli in campo scientifico. La centralità riconosciuta all’uomo, sia come individuo sia nella sua proiezione sociale, ha, infatti, avuto come contraltare il tendenziale disinteresse verso la natura, per lo più concepita come mero palcoscenico – talvolta esteticamente accattivante, talaltra piuttosto inospitale – dei fatti umani.

Il discorso, sicuramente, meriterebbe strumenti interpretativi più sofisticati di quelli a disposizione di chi scrive. Quel che, tuttavia, preme mettere in luce nell’intraprendere la riflessione in tema di giuridificazione dell’ambiente è il fatto che quest’ultima, ammesso che si sia del tutto compiuta, rappresenta un fenomeno tutt’altro che scontato, ovvero, per ricorrere ad una sorta di calembour, tutt’altro che ‘naturale’. Il diritto, quale fatto umano, si occupa fisiologicamente di fattispecie al centro delle quali vi è l’uomo nei rapporti che questi intesse con altri esseri umani. In questo contesto l’ambiente appare come una sorta di corpo estraneo.

Il riconoscimento del rilievo giuridico dell’ambiente non è stato, quindi, il frutto di uno spontaneo percorso evolutivo del diritto, come può essersi verificato per altri beni giuridici di nuova generazione, come ad esempio la riservatezza, la trasparenza, il legittimo affidamento.

Né, tantomeno, la 'scoperta' dell'ambiente da parte della scienza giuridica è stata l'esito di una sorta di sincretismo culturale con tradizioni meno legate alla logica antropocentrica, come quelle sudamericane<sup>1</sup>.

A fare la differenza è stata, piuttosto, la presa d'atto dei crescenti rischi connessi ad una incontrollata degenerazione dei fenomeni di inquinamento e, dunque, l'atteggiarsi dell'ambiente alla stregua di un 'problema'. È stato, cioè, un evento storico, pur non puntualmente collocabile sotto il profilo cronologico, ad aver aperto una breccia nella radicata indifferenza del diritto rispetto a fenomeni non immediatamente connessi a rapporti intersoggettivi.

L'inquinamento, come ognuno sa, è il frutto avvelenato del recente sviluppo industriale e, quindi, economico.

Il significato di questa affermazione si colloca, però, su duplice livello.

Il primo, più immediato, riguarda il fatto che il progresso industriale dell'ultimo quarto di secolo ha determinato un innegabile inasprimento dell'aggressione all'ambiente e, dunque, dell'inquinamento. Al tempo stesso, però, non si può realisticamente affermare che l'epoca contemporanea rappresenti una sorta di anno zero: fenomeni tutt'altro che trascurabili di compromissione delle matrici ambientali si sono, ad esempio, registrati in concomitanza con le cd. rivoluzioni industriali. Quel che connota i tempi odierni è, piuttosto, la disponibilità a predisporre iniziative volte a contrastare, o quantomeno a contenere, i fenomeni di inquinamento. Questa disponibilità è frutto di un raggiunto stato di benessere, che ha posto le premesse culturali e 'psicologiche' per indirizzare l'attenzione, ivi compresa quella del legislatore, verso le tematiche ambientali.

In sintesi: l'inquinamento come dato empirico è, senza dubbio, eziologicamente connesso alle dinamiche di sviluppo industriale; al tempo stesso, l'inquinamento come fenomeno di rilievo giuridico scaturisce proprio dalle condizioni di benessere che il progresso industriale ha contribuito a determinare.

I due profili, quello empirico e quello culturale, sebbene interrelati, devono essere attentamente distinti, in quanto non necessariamente convergenti. Di ciò ha fornito una eloquente testimonianza l'odierna crisi economica, alla quale non si è di certo accompagnata la riduzione dell'inquinamento ma a cui, di contro, ha fatto seguito una rivisitazione critica delle istanze di tutela ambientale, le quali, ove coltivate in modo acritico e assolutizzato, rischiano di determinare inedite situazioni di ingiustizia sociale.

## *2. La giuridificazione o le giuridificazioni? Puntualizzazioni introduttive*

Il concetto di giuridificazione reca in sé una ineludibile ambiguità. Esso, infatti, si presta ad una molteplicità di possibili interpretazioni, connotate da diversi nuclei semantici e da diversi gradi di intensità. Ad un livello più ele-

mentare la giuridificazione si può intendere come sinonimo di positivizzazione: la giuridificazione di un determinato concetto verrebbe, in quest'ottica, a coincidere con la rintracciabilità del concetto stesso nel lessico utilizzato dalla legislazione.

Questo approccio, tuttavia, risulterebbe riduttivo e formalistico. Pare, infatti, ormai acquisita, anche dai giuristi di *civil law*, la consapevolezza della pluralità dei formanti del diritto, che si traduce nella necessità di non circoscrivere l'analisi dei fenomeni giuridici alla mera ricognizione e interpretazione dei dati positivi. Non si potrà, quindi, trascurare l'apporto che la dottrina e la giurisprudenza possono fornire nella attrazione dell'oggetto di volta in volta considerato nell'area del giuridicamente rilevante. Ciò è particolarmente vero con riferimento all'ambiente, rispetto al quale, come si è visto, non sussiste alcuna ontologica predisposizione alla giuridificazione, quanto piuttosto una sopravvenuta, e relativamente recente, necessità di giuridificare, di cui gli interpreti, in molti casi, si sono fatti carico con maggiore efficacia e tempestività del legislatore.

L'ambiguità del concetto di giuridificazione non riguarda, tuttavia, solo gli attori di tale processo, ma anche le caratteristiche intrinseche del processo medesimo. Non è, infatti, sufficiente che un determinato 'oggetto' compaia nel linguaggio giuridico corrente – sia esso di matrice normativa, giurisprudenziale o dottrinale – per fare dell'oggetto medesimo un bene giuridico. Il dato decisivo, per tentare di discernere tra giuridico e pre-giuridico, è l'attitudine dell'oggetto considerato ad essere terminale di puntuali e riconoscibili situazioni soggettive, effettivamente tutelabili anche in sede processuale.

Questo ultimo aspetto è, ovviamente, quello più delicato, e rappresenta una sorta di punto di arrivo. Il tentativo da intraprendere, con riferimento all'ambiente, consiste dunque nel verificare il livello di giuridificazione raggiunto, e in particolare l'effettivo superamento dello stadio meramente nominalistico del percorso di giuridificazione.

L'oggetto ambiente pone al giurista delle particolari difficoltà. Non solo e non tanto perché da un punto di vista empirico/scientifico la nozione non presenta un univoco contenuto, ma anche e soprattutto perché ad essa l'ordinamento ha guardato da prospettive diverse.

Il discorso giuridico sull'ambiente si è, in particolare, sviluppato lungo un triplice asse, relativo all'ambiente come valore costituzionale, come materia e, infine, come bene giuridico. Le interrelazioni tra ciascuno di questi profili sono numerose e complesse. Al tempo stesso, però, rispetto a ognuno di essi si pongono problemi specifici, con particolare riguardo al maggiore o minore impatto giuridificante del dato positivo a disposizione dell'interprete.

Di qui la scelta di dedicare a ciascuno di essi una autonoma trattazione.

### 3. *L'ambiente come valore costituzionale*

Il fatto che la tutela dell'ambiente rappresenti un valore di rilievo costituzionale costituisce uno dei pochi assunti su cui convergono tanto la dottrina quanto la giurisprudenza. Questa consapevolezza, tuttavia, non trae fondamento da uno specifico riscontro fornito dal diritto positivo. La Costituzione, infatti, non contempla, nella parte dedicata ai principi fondamentali, alcun puntuale riferimento alla salvaguardia dell'ambiente. Questo silenzio, invero, non può stupire. La progressiva attrazione dell'ambiente nell'area del giuridicamente rilevante è, come si è visto, un processo legato a una duplice e concomitante circostanza storica: l'inasprirsi dei fenomeni di inquinamento derivanti dal boom industriale e, al tempo stesso, il raggiunto stato di 'benessere diffuso' necessario per prendere in considerazione obiettivi di lungo periodo come la salvaguardia delle matrici ambientali. All'epoca dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale entrambe le predette condizioni non si erano ancora del tutto inverate, né nel contesto nazionale né, più in generale, nel contesto europeo. Anche le Costituzioni dei principali Paesi europei<sup>2</sup>, nella loro versione originaria, non menzionavano la tutela dell'ambiente tra i principi fondanti i rispettivi ordinamenti (Cans, 2006; nonché Marrani, 2008). Lo stesso ordinamento europeo, che a tutt'oggi rappresenta il principale centro propulsore del diritto ambientale, fino al 1986, e cioè fino alla sottoscrizione dell'Atto unico europeo, non contemplava la tutela ambientale come obiettivo ispiratore dell'azione della (allora) Comunità europea.

Sul fronte nazionale, la mancata esplicitazione di una norma costituzionale di principio puntualmente dedicata all'ambiente non ha impedito alla giurisprudenza della seconda metà del secolo scorso di affermare senza esitazioni il valore costituzionale della salvaguardia dell'ambiente. Le norme a cui il valore in questione è stato ancorato sono, da un lato, l'articolo 32 Cost. dedicato alla tutela della salute e, dall'altro, l'articolo 9 Cost. dedicato alla tutela del paesaggio.

Questa scelta non stupisce: sia il diritto alla salute che la tutela del paesaggio indiscutibilmente 'catturano' segmenti importanti del tema ambientale, sebbene – come si dirà – non esauriscano l'area semantica del concetto di tutela ambientale e, soprattutto, assumano un'ottica di protezione dell'ambiente di tipo indiretto.

Al tempo stesso, però, la scelta di incardinare il valore della tutela dell'ambiente sulle due predette norme costituzionali non era del tutto scontata.

Vi sono, infatti, ordinamenti che hanno optato per soluzioni differenti. Il caso più significativo, in questo senso, è rappresentato dalla giurisprudenza della CEDU, la quale, pur in assenza di un puntuale riferimento della Carta al diritto all'ambiente salubre, ha, di fatto, costruito quest'ultimo come un risvolto implicito del diritto, questo sì positivizzato, al rispetto della vita privata e familiare e all'inviolabilità del domicilio<sup>3</sup>.

Questo approccio assicura una sorta di anticipazione della soglia della tutela dell' 'implicito' diritto all'ambiente, tutela fruibile anche nel caso in cui il danno all'ambiente non si riverberi in un pregiudizio, reale o potenziale, alla salute dei cittadini né, tantomeno, risulti idoneo a compromettere l'integrità fisica dei cittadini medesimi (proprio nell'ottica dell'avanzamento dell'area della tutelabilità, garantita dalla scelta in favore dell'art. 8 – e dunque al diritto alla vita privata e familiare – come vettore di giuridificazione del diritto all'ambiente salubre, va letta decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, Guerra ed altre/Italia, in cui a fronte di un ricorso in materia ambientale avente ad oggetto la asserita violazione dell'art. 2 CEDU e dunque del diritto alla salute, la Corte – pur riscontrando la non rilevanza della questione in ragione del mancato esperimento di tutti i rimedi offerti dal diritto interno – non ha mancato di evidenziare che «[...] la question pourrait se poser de savoir si plutôt que sous l'angle de l'art 2, la situation dénoncée par les requérantes ne devrait pas être examinée sous l'angle de l'art. 8 de la Convention qui garantit, entre autre, le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale»).

Tale risultato, tuttavia, viene raggiunto al prezzo dell'adozione di una concezione dell'ambiente calibrata sul diritto di proprietà, il cui tratto caratterizzante consiste nello *ius excludendi*, difficilmente compatibile con la fruizione collettiva che contraddistingue il bene ambiente complessivamente considerato.

Anche sul fronte nazionale, invero, non sono mancati, prima dell'entrata in vigore della disciplina sul danno ambientale, tentativi di inquadrare il danno all'ambiente come danno da molestia, sfruttando allo scopo la disciplina di cui all'art. 844 c.c. sulle immissioni (analogamente, con riferimento alla Francia: Nicolas, 1976). Sul tema si avrà modo di tornare nel prosieguo, nella parte dedicata all'ambiente come bene giuridico. Quel che, tuttavia, preme fin d'ora puntualizzare è che il tentativo in questione rispondeva solo all'esigenza di individuare, in assenza di norme *ad hoc*, un possibile modello di tutela per le ipotesi di pregiudizio al bene-ambiente, oltre che per individuare il relativo giudice. Questo tentativo non ha, tuttavia, mai vantato solide premesse costituzionali. Esso, in altre parole, non è l'esito di una visione improntata a collocare la salvaguardia dell'ambiente nell'orizzonte del diritto costituzionale di proprietà, ma piuttosto un mero strumento per superare quello che appariva come una lacuna ordinamentale. Ne è la riprova il fatto che sia stata la stessa giurisprudenza costituzionale, con largo anticipo rispetto all'introduzione della disciplina sul danno ambientale, ad aver sollecitato il superamento del modello di tutela imperniato attorno al regime delle immissioni, evidenziando l'inadeguatezza di quest'ultimo a garantire la tutela di un bene che nulla ha che vedere con gli schemi proprietari (D'Angelo, 1978)<sup>4</sup>.

L'ancoraggio costituzionale della tutela dell'ambiente al diritto alla salute e alla tutela del paesaggio se, dunque, da un lato non rappresentava una scelta ob-

bligata, dall'altro evidenza, ancora una volta, l'approccio personalistico che ha prevalso nell'interpretazione della Carta costituzionale.

Questo dato, tuttavia, non può indurre a trascurare un ulteriore profilo d'analisi: quello relativo al carattere soddisfacente o meno del riconoscimento assicurato dagli artt. 9 e 32 Cost. al valore della salvaguardia dell'ambiente.

La risposta a questo interrogativo pare essere parzialmente negativa. Ciò per almeno un duplice ordine di ragioni, tra loro intimamente collegate.

La prima concerne l'ampiezza del perimetro della protezione accordata dai due articoli in questione, la seconda il carattere indiretto della protezione medesima. Sotto il primo profilo a venire in rilievo è l'impostazione fortemente antropocentrica che il valore della tutela ambientale viene ad assumere per il tramite della sua derivazione dai due suddetti articoli. Attraverso il diritto alla salute viene ad essere tutelato il benessere fisico dell'uomo, rispetto al quale l'integrità dell'ambiente appare in un'ottica meramente strumentale. Non troppo diverso è il discorso che riguarda il paesaggio, il quale – anche all'indomani del superamento della concezione estetizzante tipica della cd. pietrificazione (Sandulli, 1967; Casetta, 1984) – si identifica pur sempre in un dato visivo fruibile dall'uomo: il paesaggio, pertanto, ben potrebbe essere inviolato a dispetto della grave compromissione di determinate matrici ambientali. C'è, dunque, tra la salute e il paesaggio, un importante cono d'ombra, che, per l'appunto, consiste nella salvaguardia dell'ambiente in sé considerato, ossia a prescindere dalle dirette implicazioni sul benessere psicofisico dell'uomo e dall'impatto sullo stato fisico dei luoghi. La biodiversità, la salvaguardia degli animali, la tutela delle zone non popolate (ad esempio delle zone paludose e dei ghiacciai) risultano, ad esempio, difficilmente 'coperti' dalle norme costituzionali sul diritto alla salute e alla tutela del paesaggio<sup>5</sup>. La conseguenza di quanto appena rappresentato è piuttosto evidente: la tutela ambientale che la Costituzione impone di perseguire si esaurisce sul piano della protezione indiretta, ossia concerne le ipotesi in cui l'aggressione all'ambiente si traduce nella lesione di beni giuridici diversi e ulteriori rispetto all'ambiente in sé considerato<sup>6</sup>.

Questa conclusione potrebbe apparire priva di ripercussioni tangibili sul piano del cd. diritto vivente. Da quando l'Unione europea ha assunto la tutela dell'ambiente tra le proprie competenze si sono, infatti, susseguiti interventi normativi incisivi e dettagliati (Renna, 2009), che lasciano ben poco spazio alla discrezionalità del legislatore chiamato al loro recepimento. In molti casi tali interventi hanno avuto ad oggetto la tutela dell'ambiente in via diretta, ossia svincolata da eventuali implicazioni sul piano della salvaguardia della salute umana o del paesaggio: si pensi, ad esempio, alla c.d. direttiva habitat<sup>7</sup> e alla c.d. direttiva uccelli<sup>8</sup>. A ciò si aggiunge l'ingente mole delle norme internazionali, anch'esse dal contenuto tendenzialmente molto dettagliato e soprattutto, per quanto

in questa sede rileva, orientato ad imporre una tutela non mediata dell'ambiente: si veda, a titolo di esempio, la Convenzione di Ramsar<sup>9</sup> sulle zone umide, in quanto tali non abitabili e prive di pregio paesaggistico.

Di fatto, perciò, è ben difficile sostenere che il mancato riferimento all'ambiente tra i principi fondamentali della Carta costituzionale abbia effettivamente ostacolato lo sviluppo di un diritto dell'ambiente improntato ad una logica di protezione diretta: gli obblighi di recepimento e/o adeguamento alle norme sovranazionali hanno, in questo senso, svolto una sorta di ruolo di supplenza. Al tempo stesso, però, la mancanza di una norma di principio dedicata alla tutela ambientale non è stata neppure un fattore del tutto ininfluenza nella elaborazione, relativamente recente, del diritto dell'ambiente.

Gli effetti più significativi di questo silenzio hanno riguardato i contenuti e la struttura del sindacato costituzionale.

L'assenza di una norma di principio dedicata all'ambiente ha, infatti, privato l'ordinamento di una norma-parametro su cui valutare la legittimità della disciplina di rango primario dedicata alla tutela dell'ambiente in via diretta, ossia svincolata da 'proiezioni' sul terreno della salute e del paesaggio. Il caso più emblematico, in questo senso, è l'istituto del risarcimento del danno ambientale, che, come noto, assicura la ristorabilità del danno causato all'ambiente in quanto tale, indipendentemente dalle ripercussioni di tale pregiudizio sulla salute umana o sulla integrità del paesaggio<sup>10</sup>. Ebbene, il legislatore italiano ha riconosciuto al solo Ministero dell'Ambiente la legittimazione attiva necessaria per dar impulso al giudizio risarcitorio in questione<sup>11</sup>. L'azione di responsabilità, pertanto, è stata preclusa agli enti territoriali, alle associazioni ambientaliste e, *a fortiori*, ai comuni cittadini. Questa scelta, piuttosto verticistica e accentratrice, avrebbe potuto trovare un ostacolo o, quantomeno, un parametro di prudente valutazione *ex post*, in una norma di principio che qualificasse la tutela dell'ambientale come un diritto/dovere di cui ciascun cittadino è centro di imputazione. È difficile, ovviamente, ragionare sugli effetti possibili di una norma che non c'è e non c'è mai stata. Quel che, dunque, ci si limita a evidenziare è che l'istituto del danno ambientale, in quanto fortemente connotato nel senso della tutela diretta, si sia sviluppato in una cornice costituzionale lacunosa. Ciò ha impedito che le norme maggiormente controverse della disciplina in questione, come quella sulla legittimazione attiva<sup>12</sup>, potessero essere ponderate, ed eventualmente sindacate, sulla scorta di un paradigma autorevole come quello rappresentato dalla Carta costituzionale (Ferrari, 1988; Renna, 2004b).

Un secondo riflesso dalla mancata inclusione dell'ambiente tra i principi fondamentali della Carta costituzionale riguarda la struttura stessa del sindacato costituzionale sulla legislazione dedicata alla salvaguardia dell'ambiente. Quest'ultimo, infatti, si è per lo più concentrato sul tema del riparto di com-

petenze legislative in campo ambientale e, di conseguenza, ha tendenzialmente assunto la struttura del ricorso alla Corte costituzionale in via principale. Ciò, invero, non riguarda solo la fase post-riforma del Titolo V: anche prima del 2001 la legislazione in materia ambientale, invero non così copiosa come quella odierna, era stata sottoposta allo scrutinio della Consulta per lo più per questioni attinenti la allocazione delle competenze legislative e, talvolta, amministrative. Naturalmente, la situazione è diventata ancor più significativa allorché l'ambiente ha fatto il suo ingresso nel dettato costituzionale dalla metaforica 'finestra' (Rossi, 2012) rappresentata dall'articolo dedicato al riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni.

La perimetrazione della materia ambiente, come si vedrà, ha affannato a lungo la giurisprudenza costituzionale. Prima di riferire su questo specifico aspetto pare, tuttavia, utile rilevare il fatto che, anche a causa dell'assenza di una norma di principio in tema di ambiente (dedicata, ovviamente, alla tutela dell'ambiente *in via diretta*) la 'costruzione' della nozione in esame, da parte della Consulta, sia per lo più avvenuta nelle pieghe di un giudizio strutturato per risolvere il problema relativo al 'chi' deve decidere in materia ambientale, piuttosto che al 'come e entro quali limiti' si deve decidere.

Ciò ha comportato almeno due non trascurabili conseguenze.

La prima concerne una certa vischiosità tra i profili legati alla allocazione delle competenze e quelli inerenti il contenuto delle norme sottoposte al vaglio della Consulta. In molti casi, come ci si accinge a illustrare, il contenzioso tra Stato e Regioni ha avuto ad oggetto la legittimità di norme regionali che, in ossequio ad un (discutibile) principio di massimizzazione della tutela, innalzavano lo standard di tutela ambientale fissato, per un determinato settore, dalla legislazione statale. Il tema della legittimità di norme di tal fatta è assai delicato, in quanto investe l'identità stessa del principio di tutela ambientale, ossia il suo carattere assoluto o (più o meno) interrelato con valori limitrofi e talvolta potenzialmente confliggenti. A questo profilo si dedicherà una più approfondita riflessione nel paragrafo che segue. Quel che, invece, preme ora evidenziare è il fatto che, per un simile interrogativo – quello relativo alla legittimità costituzionale della logica 'incrementale' fatta propria da alcune Regioni – la struttura del giudizio in via principale si sia rivelata inadeguata, o quantomeno riduttiva.

Nel giudizio in questione, come noto, l'unica norma-parametro che può essere considerata dalla Corte è quella che ha ad oggetto il riparto di competenze legislative. Ne deriva che nei giudizi in via principale il sindacato sulla legittimità costituzionale del principio incrementale non si sia potuto direttamente appuntare sulla ragionevolezza intrinseca della logica iper-regolatoria professata dalle Regioni, ma sia stato inesorabilmente costretto entro lo schema logico del riparto delle competenze.



Ciò ha condotto a esiti talvolta sorprendenti.

Si pensi, ad esempio, alle pronunce in cui si qualificano le norme statali recanti la fissazione di puntuali valori limite di campo elettrico alla stregua di norme di principio<sup>13</sup>. Questa affermazione, a ben vedere, non è priva di senso. Il senso si comprende nel quadro di un più ampio ragionamento, volto a frenare le spinte iper-rigoriste delle Regioni senza mettere formalmente in discussione il principio incrementale. I giudici, infatti, nelle sentenze in analisi, dapprima affermano che la disciplina sui valori limite di campo elettrico non rientra nella materia statale 'ambiente', ma piuttosto nelle materie concorrenti dell'energia e di ordinamento della comunicazione, e successivamente dichiarano illegittime le norme regionali che incrementano gli standard statali, qualificati, per l'appunto, come norme di principio e quindi non derogabili (neppure in *melius*) dal legislatore regionale in sede di competenza concorrente. Rinviando al prosieguo l'approfondimento sulla legittimità del cd. principio incrementale, quel che occorre evidenziare è la forzatura logica compiuta dalla Consulta, la quale, per frenare la iper-regolazione regionale, ha paradossalmente preferito travalicare i confini della materia statale dell'*ambiente*, per entrare nel perimetro delle competenze concorrenti. Il tutto in base ad un preciso, quanto opinabile (ma sul punto cfr. par. successivo) presupposto di fondo: l'idea per cui in ambito ambientale viga sempre e comunque il principio della maggior tutela, ragion per cui, per frenare le fughe in avanti delle Regioni, la strada più 'comoda' parrebbe quella di aggirare la materia 'ambiente'.

Il caso appena richiamato testimonia una vera e propria forzatura logica: nel caso in questione la Corte si è dapprima convinta della irragionevolezza delle scelte iper-ambientaliste delle Regioni e, successivamente, ha calato tale convincimento nel discorso relativo al riparto di competenze, ridefinendone i contenuti.

Il contributo della Corte nella valutazione sulla legittimità costituzionale del principio incrementale sarebbe stato, probabilmente, più significativo laddove esso si fosse dispiegato anche nelle forme del giudizio incidentale. Se, infatti, la legittimità delle norme regionali si fosse potuta scrutinare assumendo a parametro una norma di principio dedicata alla tutela ambientale e all'eventuale carattere interrelato della stessa, oggi forse non dovremmo confrontarci con le ambiguità, e talvolta le forzature, che hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenza in materia ambientale. Volgendo il discorso in positivo non pare, quindi, assurdo ipotizzare che l'introduzione di una norma di principio in materia di tutela ambientale possa contribuire a ridurre la complessità del sindacato sul riparto di competenze, sfrondando tale sindacato da valutazioni che tecnicamente non gli sono proprie e che, al tempo stesso, inquinano la ricostruzione del perimetro semantico delle materie individuate dall'art. 117 Cost.

Inoltre, il fatto che la giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente si sia per lo più espressa nelle forme del giudizio in via principale tra Stato e Regioni appare rilevante anche perché, come a più riprese ribadito dalla Consulta, il giudizio in via principale non è aperto a soggetti diversi dai titolari del potere legislativo<sup>14</sup>.

Al giudizio in questione non possono, pertanto, partecipare i privati, ad esempio gli imprenditori pregiudicati da una norma di legge iper-cautelativa o, di contro, gli abitanti di un'area esposta a rischi di inquinamento sottovalutati o obliterati dalla disciplina legislativa. Neppure, ovviamente, a tale giudizio possono partecipare le associazioni ambientaliste, pur titolari, in base alla Convenzione di Aarhus<sup>15</sup> e alle relative norme di recepimento, del diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale<sup>16</sup>.

Tutto ciò risulta problematico soprattutto in ragione del carattere tendenzialmente iperdettagliato delle norme in materia ambientale, che spesso assumono i contorni di vere e proprie leggi-provvedimento (il caso del d.l. che ha 'salvato' l'Ilva di Taranto è, in questo senso, paradigmatico; cfr. in particolare Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 3: 1424). Rispetto a queste ultime la tutela dei privati, anche nelle loro eventuali formazioni associative, appare depotenziata: essa, infatti, sarà fruibile quando alla legge-provvedimento faccia ulteriormente seguito un provvedimento amministrativo attuativo, da impugnare sollecitando il giudice ad introdurre la questione incidentale di legittimità costituzionale relativa alla norma presupposta al provvedimento gravato. Tuttavia, l'eventuale giudizio di costituzionalità in via incidentale non potrà giovare, come si è visto, di una norma-parametro che abbia come oggetto specifico la tutela ambientale e che, eventualmente, prenda posizione sull'*an* e sul *quomodo* del bilanciamento tra il valore in questione e quelli potenzialmente confliggenti. Quel che ne deriva è alquanto prevedibile: il crescente ricorso alle leggi provvedimento, da un lato, e la mancata formulazione nella Carta costituzionale di una norma di principio in materia ambientale dall'altro, sembrano innescare dinamiche allarmanti, le quali rischiano di comprimere il regime di ampia giustiziabilità che, dalla ratifica della Convenzione di Aarhus in poi, dovrebbe caratterizzare le scelte pubbliche in tema di tutela dell'ambiente.

#### 4. *L'ambiente come materia*

Come si è anticipato, il problema dell'allocazione delle competenze ha avuto una indubbia centralità nello sviluppo del diritto dell'ambiente, finendo, in alcuni casi, per monopolizzare l'interesse degli interpreti.

Il tema della perimetrazione della materia è strettamente collegato a quello relativo al riconoscimento del valore costituzionale dell'ambiente. Si è evi-

denziato, nel paragrafo precedente, come l'assenza di una norma costituzionale di principio, che potesse fornire un parametro utile per uno scrutinio di legittimità 'intrinseco', abbia talvolta trasfigurato il dibattito sul riparto di competenze, indirizzando la giurisprudenza costituzionale verso posizioni connotate da qualche forzatura logico-concettuale. Non è stato soltanto questo, tuttavia, il tipo di interferenza che si è riscontrato tra l'ambiente inteso come valore oppure come materia. L'analisi della giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni evidenzia che, se da un lato l'assenza di una norma di principio ha 'ingrossato le fila' del contenzioso sul riparto di competenze, dall'altro è stato proprio il riconoscimento del valore costituzionale dell'ambiente (benché non consacrato da alcuna espressa norma costituzionale) ad aver consentito alla Corte una ricostruzione del riparto di competenze connotata da una particolare fluidità e da uno spiccato policentrismo decisionale.

La Corte, almeno fino al 2007, ha propugnato quella che gli interpreti hanno battezzato come de-materializzazione dell'ambiente: quest'ultimo, secondo la linea interpretativa della Consulta, non andrebbe inteso come una autentica materia, ma, per l'appunto, come un valore costituzionale che, in quanto tale, pervade di sé tutti gli ambiti in cui vengano in rilievo esigenze di salvaguardia dell'ambiente. La principale conseguenza dell'adozione di quest'ottica si è avuta all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, la quale – come noto – ha per la prima volta introdotto il termine *ambiente* nel testo costituzionale, assegnando allo Stato la competenza esclusiva a legiferare in tale materia. Questa novità è stata accolta con forte scetticismo (Manfredi, 2004a) in quanto ritenuta espressione di una anacronistica logica accentratrice, contrastante sia con la sensibilità giuridica corrente (e in particolare con l'ispirazione federalista della l. 15 marzo 1997, n. 59 a cui, secondo parte della dottrina, la l.c. 18 ottobre 2001, n. 3 avrebbe inteso dare copertura costituzionale) sia con la consolidata giurisprudenza costituzionale che, nel silenzio del previgente art. 117 Cost., aveva ricondotto l'ambiente alla competenza concorrente Stato-Regioni<sup>17</sup> (Manfredi, 2004b).

Da tale diffuso scetticismo è scaturita una sostanziale 'neutralizzazione' della novella costituzionale. La Consulta, infatti, non ha esitato a puntualizzare che «riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato»<sup>18</sup>.

Pertanto, nonostante il carattere inequivoco del novellato art. 117 Cost., il ruolo dello Stato in tema di salvaguardia dell'ambiente sarebbe limitato alla individuazione di «standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale» (ult. cit.).

Il quadro che è ne derivato è, dunque, non molto diverso da quello pre-riforma del 2001, nel quale – come si è visto – l'ambiente veniva ascritto alla com-

petenza concorrente. Tale risultato – ossia la sostanziale neutralizzazione della riforma costituzionale – è stato perseguito dalla Corte facendo leva sull'ambiente come valore costituzionale. Il sillogismo di cui la Corte si è fatta portavoce può essere riassunto nei termini che seguono: le materie, per definizione, hanno confini predeterminati e perimetrabili, laddove invece i valori costituzionali hanno, per natura, confini mobili e trasversali; l'ambiente è un valore di rilievo costituzionale, quindi non è una vera e propria materia (Benelli, Bin, 2009; Benelli, 2006).

Questa conclusione è senza dubbio interessante. Innanzitutto per il suo apparente tratto paradossale: la Carta costituzionale non enuncia, come si è visto, il valore della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali mentre si riferisce esplicitamente all'ambiente nell'articolo dedicato al riparto di materie, e ciononostante, quasi in una sorta di nemesi storico-giuridica, la Consulta nega all'ambiente la natura di 'materia' in ragione della sua intrinseca matrice valoriale (Ferrara, 2003). Ciò, tuttavia, non può stupire eccessivamente, in quanto testimonia il superamento dei retaggi positivisti, primo fra tutti quello relativo alla identità tra legge e diritto. Quel che, invece, persuade di meno, nel ragionamento della Consulta, è la premessa maggiore del soprarichiamato sillogismo, ossia quella relativa all'incompatibilità intrinseca tra valore e materia. Questa affermazione pare eccessivamente perentoria (Cocco, Marzanati, Pupilella, 2007) e, in definitiva, prova troppo. Se, infatti, si accoglie in via generale l'idea per cui ogni qualvolta venga in rilievo un valore di rango costituzionale sia impossibile individuare una corrispondente materia, si deve, giocoforza, ritenere l'art. 117 Cost. una sorta di scatola vuota, e che, in definitiva, il riparto delle competenze tra Stato e Regioni sia, nella maggior parte dei casi, una operazione impossibile, con tutto ciò che ne deriva in termini di (ir)razionalità del quadro delle fonti.

Lo scenario da ultimo rappresentato è stato, tuttavia, scongiurato da un drastico cambiamento di rotta nella giurisprudenza costituzionale, la quale dal 2007 ha cominciato a 'prendere sul serio' (Manfredi, 2003) quanto previsto dall'art. 117 Cost. in tema di competenza statale in materia di ambiente. L'indiscusso valore costituzionale dell'ambiente ha cessato di rappresentare un ostacolo al riconoscimento della configurabilità dell'ambiente anche in termini di materia.

È iniziata così quella che parte della dottrina ha definito la ri-materializzazione della materia ambiente. Questo processo, tuttavia, non ha espresso effetti dirompenti: non si può, in altre parole, affermare che sia stato l'avvenuto riconoscimento dell'ambiente come materia (e, dunque, come materia *statale*) ad aver determinato la marginalizzazione del ruolo delle Regioni.

Ciò per almeno un duplice ordine di motivi.

Il primo concerne il rilievo assunto, nella giurisprudenza costituzionale, dal principio di leale collaborazione, in forza del quale la Corte ha preteso che ogni

qualvolta lo Stato, nell'emanazione di provvedimenti molto complessi sia portato a intromettersi in materie di competenza concorrente o regionale (si parla, in proposito di concorso o intreccio di materie, che nel caso dell'ambiente molto spesso riguarda la materia limitrofa del governo del territorio) è necessario «che siano adottate modalità di attuazione degli interventi medesimi che coinvolgano, attraverso opportune forme di collaborazione, le Regioni sul cui territorio gli interventi sono destinati a realizzarsi»<sup>19</sup>. Gli strumenti di tale collaborazione sono numerosi: quello più ricorrente è rappresentato dalle intese, da ricercarsi in seno alle Conferenze unificate Stato-Regioni, o Stato-Regioni-autonomie locali. Per questa via, ossia ricercando in sede amministrativa strumenti di raccordo nell'esercizio delle rispettive prerogative decisionali, la Corte è riuscita a mitigare al cospetto delle Regioni quello che, secondo alcuni commentatori, rischiava di essere un autentico esproprio della materia ambientale e, di riflesso, di tutte le materie ad essa interrelate, benché formalmente di competenza concorrente o regionale.

Il secondo motivo per cui non si può dipingere la riforma del Titolo V come una sorta di rivoluzione copernicana concerne il ruolo, sempre più incisivo, delle norme sovranazionali relative alla tutela dell'ambiente. La disciplina vigente sulla salvaguardia dell'ambiente è, in altre parole, ormai quasi del tutto derivante da fonti europee o internazionali assai dettagliate e puntuali. Ciò deve indurre a sdrammatizzare i termini del dibattito sul riparto di competenze Stato-Regioni e, al tempo stesso, ad inquadrare il problema della allocazione delle competenze in un sistema più complesso e articolato. In un quadro in cui le norme ambientali sono per lo più scritte fuori dai confini nazionali e assumono contenuti iper-dettagliati, il fuoco del problema della allocazione delle competenze viene a identificarsi con il tema della legittimità del cd. principio incrementale, ossia quello per cui gli standard di tutela ambientale fissati dalla legislazione possano essere innalzati da livelli di governo inferiori, o comunque diversi, da quello da cui promana la regola derogata *in melius*.

L'interrogativo appena prospettato riguarda, in termini pressoché speculari, tanto i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo quanto quelli tra legislazione statale e regionale.

Sotto il primo profilo è diffusa presso gli interpreti l'idea per cui sarebbe rintracciabile, nell'ordito del diritto europeo vigente in materia di ambiente, il principio di tutela più rigorosa da parte degli Stati membri. I presupposti di tale convincimento sono in parte da ricercarsi nell'articolo 193 T.F.U.E. (*ex art.* 176), ai sensi del quale «i provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 192 (ossia adottati al fine di tutelare l'ambiente) non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con i trattati. Essi

sono notificati alla Commissione». La norma in questione, in realtà, non enuncia affatto alcun generale principio incrementale (Renna, 2004b; Mazzamuto, 2009). Essa, infatti, fa salva la possibilità degli Stati membri di incrementare il livello di protezione ambientale (non trascurabile, peraltro, pare il fatto che la norma sia formulata in negativo, quasi a smorzare ogni lettura enfatica) ad una duplice condizione. La prima prevede che l'incremento non sia contrario alle norme del Trattato, dunque a quelle che tutelano valori potenzialmente confliggenti nonché, a monte, a quelle che riconoscono le libertà circolazione, il cui presupposto fattuale consiste nell'assenza di macroscopici dislivelli tra i regimi che presiedono alla possibilità di intraprendere determinate attività economiche. La seconda è che di tale superamento venga notiziata la Commissione, in veste di controllore dell'applicazione del diritto UE e, soprattutto, di centro propulsore delle procedure di infrazione. Non si può, dunque, realisticamente ritenere che il diritto UE abbia consacrato il principio della maggior protezione.

Peraltro, estendendo l'orizzonte dell'analisi al di fuori dello specifico settore ambientale, si rintraccia una importante conferma del fatto che, da un punto di vista sistemico e generale, l'evoluzione del diritto europeo sia tutt'altro che ispirata ad un'ottusa logica incrementale, ma al contrario risulti sempre più orientata all'idea del necessario bilanciamento tra valori potenzialmente antagonisti. L'esempio più evidente, in tal senso, è rappresentato dalla disciplina in materia di gare pubbliche, certamente molto 'cara' al diritto europeo in quanto presupposto fondamentale per la concreta attuazione del principio di libera concorrenza e delle quattro libertà fondamentali. Ebbene, proprio in materia di gare la Commissione ha ammonito gli Stati membri circa i rischi della iper-regolazione<sup>20</sup> (ossia del c.d. *gold plating*, letteralmente traducibile come 'effetto gabbia dorata') cui spesso si associa il disconoscimento di valori limitrofi rispetto a quello tutelato in via principale; nel caso degli appalti, ad esempio, i valori della massima accessibilità delle gare oltre che di non discriminazione tra operatori di diversi Paesi membri. In definitiva, la sensibilità europea sembra sempre più incline a preferire la logica del bilanciamento a quella, più rudimentale, della maggior protezione 'sempre e comunque', e ciò non può essere privo di conseguenze per quanto concerne un bene fortemente interrelato come quello ambientale.

Sul fronte interno dei rapporti Stato-Regioni il tema della legittimità del 'principio incrementale'<sup>21</sup> è stato ampiamente indagato (Romano Tassone, 1993; Fonderico, 2002), con esiti altalenanti e talvolta contraddittori, dalla giurisprudenza costituzionale. Il principio in questione affiora nella giurisprudenza costituzionale attorno alla fine degli anni '80: in una serie di pronunce che avevano ad oggetto la disciplina sulla caccia la Corte ha dichiarato incostituzionali alcune norme regionali che, al fine di rafforzare il regime protezionistico, riducevano il novero delle specie cacciabili. Questa posizione, invero, se valuta-

ta tenendo conto delle specificità della fattispecie rispetto alla quale è stata resa, non pare connotata da particolari criticità: al netto dei personali e insindacabili convincimenti etici, pare indiscutibile che la caccia non sia espressione di alcun valore costituzionale, che possa essere ingiustamente pregiudicato da un intervento regionale indirizzato nel senso dell'incremento del livello di protezione della fauna sancito a livello statale. Il dato allarmante che, tuttavia, si intravede nell'ordito di queste prime sentenze è l'idea di fondo per cui la disciplina statale in materia di ambiente abbia sempre e comunque un carattere minimale, ossia rappresenti una sorta di livello di partenza su cui le Regioni possano intervenire 'al rialzo' in ragione del valore costituzionale della tutela dell'ambiente<sup>22</sup>.

Quest'idea si è affermata anche in ambiti più complessi, sotto il profilo della coesistenza di valori costituzionali confliggenti, di quello della caccia<sup>23</sup>, dando luogo a un filone giurisprudenziale caratterizzato da una vera e propria assolutizzazione del valore ambientale, nella quale non è arduo intravedere un approccio connotato da un certo tasso di ideologia.

Il tema di certo meriterebbe ulteriori approfondimenti, incompatibili con la struttura del presente contributo. Quel che, però, preme in conclusione riferire, riguardo al principio della maggior tutela, è il fatto che la recente giurisprudenza costituzionale si stia opportunamente orientando verso una rivisitazione critica del proprio originario approccio: ne sono la riprova le numerose sentenze relative ai valori soglia in materia di elettrosmog, nelle quali si scorge una acquisita consapevolezza del carattere necessariamente interrelato del principio di tutela ambientale, il quale non può in nessun caso essere considerato alla stregua di super-principio insuscettibile di alcun bilanciamento con altri valori di rilievo costituzionale, come la libertà di iniziativa economica, ma anche – e forse soprattutto – quelli implicati nella fruizione di servizi pubblici essenziali (ad esempio, l'energia elettrica).

Questo percorso ci si augura non sia ostacolato da interpretazioni improprie e ideologicamente orientate di alcune norme, che ad una superficiale (quanto erronea) lettura parrebbero legittimare l'affermazione della logica della maggior tutela<sup>24</sup>. Ci si riferisce innanzitutto all'art. 3 *quinquies* del Codice dell'ambiente, in forza del quale le Regioni sono autorizzate a adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive di quelle statali, ma solo a condizione che lo richiedano situazioni particolari del loro territorio e purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione (De Pretis, 2009). La disposizione, ove riguardata con approccio laico, deve considerarsi un vero e proprio ostacolo, non di certo un lasciapassare, per i fautori della logica incrementale. La norma, infatti, è ispirata a contenere le iniziative iper-rigoriste delle Regioni, imponendo a queste ultime di limitare simili iniziative ai casi in cui sussistano concrete e effettive specificità territoriali che impongono la regolamentazione 'al rialzo' rispetto al

livello di tutela statale. Non potrà, dunque, essere la particolare sensibilità ecologista di una maggioranza politica ad imprimere alla legislazione regionale un carattere iper-cautelativo, in deroga agli standard fissati dal legislatore nazionale. Né, ovviamente, il legislatore regionale potrà far leva su una 'personale' interpretazione del principio di precauzione per innalzare il livello della tutela oltre quello individuato dalla normativa statale. Il ruolo della fonte sub-statale, pertanto, risulta tutt'altro che irrobustito dalla norma codicistica sopra richiamata.

Un discorso analogo vale anche per quelle norme settoriali disseminate nel corpo del Codice dell'ambiente, in cui la logica della maggior tutela parrebbe, a prima vista, inverata rispetto ad una specifica fattispecie. L'esempio più eloquente, in tal senso, è rappresentato dall'articolo 271, c. 4, che prevede che i piani e i programmi di qualità dell'aria previsti dalla normativa vigente possano stabilire appositi valori limite di emissione e prescrizioni più restrittive di quelli contenuti negli allegati al Codice purché ciò sia necessario al perseguimento ed al rispetto dei valori e degli obiettivi di qualità dell'aria. Anche qui, ad avviso di chi scrive, non si assiste affatto alla consacrazione della logica incrementale. La ragione di tale convincimento è molto semplice: la presenza di una norma settoriale che autorizza la deroga in *melius* non fa altro che confermare, *a contrario*, l'insussistenza di un generale principio di massimizzazione della tutela. Se quest'ultimo facesse parte del vigente ordinamento, norme come quella appena richiamata, ovviamente, non avrebbero alcuna ragion d'essere.

La logica della maggior tutela, e il suo presupposto implicito – ossia la natura super-primaria dell'interesse ambientale e la sua non bilanciabilità con altri valori costituzionali – non risultano, alla luce di quanto sinora illustrato, far parte del patrimonio giuridico in materia di ambiente.

A questa conclusione concorre un ulteriore elemento, legato al tema della gestione dell'incertezza. Se, infatti, ci si interroga sulla legittimità costituzionale del principio incrementale non si può trascurare il fatto che in materia ambientale il legislatore è chiamato a disciplinare fenomeni di cui spesso non conosce ancora a pieno le potenziali implicazioni, né l'orizzonte temporale in cui le stesse potranno manifestarsi. In queste ipotesi entra in gioco il principio di precauzione (art. 191 T.F.U.E. e 301 del Codice dell'ambiente, su cui si veda Marchetti, 2010; F. Trimarchi, 2005; De Leonardis, 2001 e 2005) che – come noto – impone alle autorità competenti, ivi compreso il legislatore, di adottare i provvedimenti appropriati al fine di prevenire non solo i rischi per l'ambiente rispetto ai quali si è raggiunto un grado di certezza scientifica, ma anche cd. i rischi potenziali. Si tratta, con ogni evidenza, di un principio estremamente delicato. La sua applicazione distorta – si pensi ad esempio all'imposizione di divieti a fronte di rischi del tutto remoti o ipotetici – può, infatti, compromettere definitivamente le prospettive di sviluppo di un



determinato settore economico/industriale. Se sul piano dei rapporti Stato-Regioni si avalla la logica della tutela incrementale, si rischia di creare pericolose sinergie con il principio di precauzione, determinandone una prevedibile strumentalizzazione e, dunque, un sostanziale stravolgimento. La maggior tutela propugnata dalla Regione potrebbe, infatti, agevolmente far leva sulle molteplici situazioni di incertezza scientifica e, facendosi scudo di un principio duttile come quello di precauzione, introdurre nel sistema livelli di regolazione che sopravanzino sistematicamente gli standard statali e, per questa via, compromettano l'unitarietà della disciplina vigente nei confini nazionali in materia di ambiente, con possibili ricadute anche sugli equilibri economico/industriali tra le diverse aree del Paese.

### 5. *L'ambiente come bene giuridico*

L'ultimo profilo da esaminare, probabilmente il più complesso, riguarda la configurabilità dell'ambiente in termini di vero e proprio bene giuridico. Si potrebbe obiettare, in ragione del suo intrinseco rilievo e del suo carattere in qualche modo preliminare, che questo terzo profilo avrebbe meritato il primo posto nella trattazione in corso. La scelta di posticiparne l'analisi non è stata casuale. Essa è funzionale a mettere in luce un dato di fondo, ossia il fatto che il dibattito sulla unitarietà o meno del bene giuridico 'ambiente' (sul suo carattere materiale o immateriale e in definitiva sulla sua stessa esistenza), sebbene sia stato coltivato con argomenti sofisticati e pregevoli, di fatto sia rimasto piuttosto avulso dai problemi che, in concreto, hanno interessato la giurisprudenza chiamata a costruire il regime della tutela dell'ambiente anche prima delle recenti ondate di positivizzazione.

Le posizioni espresse dalla dottrina sulla controversa identità del bene *ambiente* hanno, in altre parole, rappresentato un prezioso patrimonio giuridico, in cui hanno trovato spazio riflessioni di amplissimo respiro che, senza nulla cedere sul fronte del rigore metodologico, hanno spesso investito temi extra-giuridici: si pensi, ad esempio, alla dialettica, ancora attuale, tra i sostenitori dell'impostazione antropocentrica e i fautori di un suo superamento, ossia dell'affermazione di un diritto *dell'*ambiente (cioè di cui l'ambiente stesso è, in qualche modo, il metaforico 'titolare') anziché di un diritto *all'*ambiente.

In questa sede non è possibile riferire compiutamente sui termini di questo dibattito, che si caratterizza per l'estrema eterogeneità non solo dei contenuti, ma anche dei relativi metodi di indagine più o meno permeabili rispetto all'apporto di discipline extra giuridiche come la filosofia, la sociologia, le scienze economiche e naturali. Di seguito, dunque, verranno prese in considerazione soltanto le posizioni che hanno maggiormente inciso sullo sviluppo della sensibi-

lità giuridica in campo ambientale e, eventualmente, anche sulla elaborazione degli istituti giuridici che oggi popolano il diritto vigente.

La posizione tradizionale, con la quale gli interpreti contemporanei tuttora devono confrontarsi, è rappresentata dalla teoria definita, con un lessico invero alquanto fuorviante, come 'pluralista'. Quest'ultima fa capo ad un celebre contributo di Giannini (1973; analogamente Predieri, 1981) ove si negava all'ambiente la dignità di bene giuridico unitario, riconoscendo, piuttosto, in esso la mera sintesi verbale di più profili giuridicamente rilevanti, facenti capo alla nota triade: paesaggio, urbanistica, salute. Sulla scorta di questa premessa buona parte della dottrina del secolo scorso si è, quindi, cimentata nell'individuazione dei rapporti di forza esistenti tra le sopracitate polarità, assegnando di volta in volta ad una di esse un ruolo di preminente rilievo (Capaccioli, Dal Piaz, 1980). La premessa pluralista (che forse sarebbe più opportuno definire 'negazionista') gianniniana godeva, pertanto, di un ampio e autorevole riscontro presso il formante dottrinale.

Il presupposto di tale teoria consisteva nelle caratteristiche della legislazione all'epoca vigente, ed in particolare nel silenzio della Carta costituzionale in tema di ambiente, nella frammentarietà<sup>25</sup> della legislazione di settore inerente problematiche *latu sensu* ambientali e, infine, nell'assenza di una amministrazione istituzionalmente deputata alla tutela dell'ambiente.

Le circostanze appena richiamate a tutt'oggi sono state superate, sia pure con accenti diversi, per effetto di una serie di decisivi interventi di riforma, in buona parte stimolati dalle sollecitazioni europee.

Prima di esaminare l'impatto di tali riforme sulla tenuta della cd. tesi pluralista occorre però registrare il fatto che quest'ultima, se da un lato ha goduto di un largo seguito presso la dottrina, dall'altro non ha goduto dei favori della giurisprudenza costituzionale.

Quest'ultima, anche prima del 2001 (ossia dell'introduzione del riferimento testuale all'ambiente nell'art. 117 Cost.) non ha esitato a riconoscere nell'ambiente un bene giuridico di indubbio rilievo costituzionale. Tale riconoscimento, tuttavia, non si è accompagnato ad una puntuale ricostruzione della matrice giuridica caratterizzante tale bene. La Consulta si è per lo più concentrata nella sottolineatura del carattere trasversale della nozione di ambiente (e dunque delle competenze legislative ed amministrative che su di essa riposano), il che chiaramente non ha giovato alla individuazione di un nucleo semantico unitario e aggregante relativo alla nozione in esame.

Come anticipato nei due precedenti paragrafi, il fuoco del dibattito giurisprudenziale in materia di ambiente si è concentrato sulla difficile allocazione delle competenze legislative e amministrative. Le cause di tale approccio sono molteplici: una di queste, ad avviso di chi scrive, è stata l'assenza di una norma

costituzionale che potesse rappresentare un parametro su cui imbastire una riflessione orientata comprendere non 'chi' decide in materia di ambiente, ma 'di cosa parliamo quando parliamo di ambiente'.

Non è stata, quindi, la giurisprudenza costituzionale ad aver innescato la crisi della cosiddetta teoria pluralista e dello scetticismo, rispetto alle tematiche ambientali, che ad essa era sotteso.

Tale crisi è stata, invece, decretata dalle riforme legislative che hanno scandito gli ultimi decenni. Questa affermazione necessita di essere precisata.

La tesi pluralista/negazionista pare affetta da una fallacia strutturale, che concerne la prospettiva di indagine su cui essa si fonda, ossia l'idea per cui la giuridicità della nozione di ambiente possa essere negata o affermata in funzione del grado di 'compattezza' della normativa ad essa ascrivibile e dell'assetto organizzatorio predisposto dalla legislazione per la cura di questo ipotetico bene.

Tuttavia, anche accantonando (temporaneamente) questo ordine di critiche, occorre evidenziare come l'approccio positivista sotteso alla tesi gianniniana non possa non risentire delle evoluzioni del diritto positivo, le quali, come a tutti noto, hanno portato alla 'comparsa' dell'ambiente in Costituzione, all'emanazione di un Codice e all'istituzione di un Ministero depositario dei compiti di tutela ambientale.

Ciascuna di queste tre novità non ha, invero, sgombrato il campo da una serie di criticità che interessano il diritto ambientale. Quanto alla 'comparsa' dell'ambiente in Costituzione, quest'ultima, come si è visto, non può ritenersi pienamente soddisfacente: il fatto che il riferimento all'ambiente sia confinato nella norma dedicata al riparto di competenze legislative ha, infatti, influito in modo decisivo sulla struttura del sindacato costituzionale, ostacolando la coltivazione di un dibattito direttamente incentrato sulle caratteristiche sostanziali della disciplina ambientale e sui limiti interni e esterni della discrezionalità del legislatore.

Quanto all'emanazione del Codice dell'ambiente, non pare difficile rilevare come quest'ultimo, benché sia stato ispirato e sorretto da un forte intento di sistematizzazione<sup>26</sup>, non abbia, in concreto, conferito al sistema particolari connotati di razionalità. In primo luogo non si può non riscontrare come siano rimasti estranei all'impianto del Codice importanti settori, come l'inquinamento elettromagnetico e acustico. Inoltre, del tutto pretermessa dalla struttura del Codice è l'organizzazione delle funzioni amministrative (Fracchia, 2013 e 2005) che pure rappresenta un ambito fortemente problematico del diritto ambientale, nel quale, in definitiva, si riflette il carattere fortemente interrelato del bene ambiente e dunque la difficoltà di perimetrare le competenze relative alla cura di tale bene (Renna, 2005).

Infine l'istituzione del Ministero dell'ambiente, per quanto ispirata dalla consapevolezza della indilazionabilità di una gestione efficiente e coordinata delle

problematiche ambientali, non ha rappresentato il definitivo superamento dello stato di forte frammentarietà che tradizionalmente connota la distribuzione delle funzioni amministrative in materia ambientale, alla quale si associa spesso una sovrapposizione delle competenze, particolarmente evidente per quanto concerne le attività pianificatorie.

Qualora, dunque, si accolga la premessa metodologica gianniniana, che fa perno sui silenzi del legislatore per negare l'unitarietà e, di riflesso, la giuridicità intrinseca del bene 'ambiente', si dovrà necessariamente convenire sul carattere ormai anacronistico della tesi negazionista, in ragione delle numerose e importantissime iniziative che, negli ultimi decenni, il legislatore ha assunto in campo ambientale.

Le novità legislative da ultimo ricordate non hanno, ovviamente, eliminato il problema della individuazione del baricentro giuridico della nozione di ambiente. Esse, tuttavia, hanno scompaginato i termini del dibattito tradizionale. L'attenzione si è, infatti, spostata dal problema della esistenza e della unitarietà del bene 'ambiente' al più complesso tema della qualificazione delle situazioni soggettive che su tale bene si appuntano, e delle tecniche attraverso cui l'ordinamento consente l'emersione di tali situazioni in sede procedimentale e giurisdizionale.

Sotto questo profilo, si rende necessaria una puntualizzazione. Lo spostamento dei termini del dibattito tradizionale dall'*an* del bene ambiente, al *quomodo* della sua protezione non deve suggerire l'idea di una sottovalutazione del carattere complesso del bene in questione. Il punto da mettere a fuoco, in proposito, concerne i differenti piani su cui si collocano il dato empirico e il dato giuridico. Non vi è dubbio che, da un punto di vista empirico, l'ambiente non sia un bene unitario, ma si sostanzia piuttosto in un delicato equilibrio di componenti, ciascuna delle quali a sua volta è suscettibile di essere qualificata e 'trattata' come singolo bene. Anzi, ancor prima, sempre da un punto di vista meramente fenomenico, non è neanche indiscutibilmente vero che l'ambiente rappresenti, al cospetto dell'uomo, sempre e comunque un bene: esso, al contrario, spesso si rivela inospitale e, financo, aggressivo. Basti, in proposito, richiamare il topos letterario della natura matrigna, che, da Lucrezio in poi, tanta fortuna ha avuto nella poesia occidentale.

Tutto questo, però, non ha molto a che vedere con il problema della qualificazione dell'ambiente come bene *giuridico*. Un bene giuridico, infatti, ben può essere, sotto un punto di vista empirico, composto da più entità: basti pensare alla nozione di azienda, o di eredità. L'unitarietà sotto il profilo giuridico non è, quindi, compromessa dalla molteplicità dei beni-componente che si riscontra sul piano empirico. Quel che è necessario, affinché possa parlarsi di bene giuridico, è che le varie componenti siano accomunate da un regime giuridico pe-

culiare, che si traduca nel riconoscimento e nella tutela di situazioni giuridiche soggettive che sul bene 'complessivo' si appuntino, e che siano attivabili in sede procedimentale ed eventualmente processuale.

Sotto questo profilo, cioè relativamente al riconoscimento di situazioni giuridiche aventi ad oggetto l'ambiente, la contrapposizione che si registra in dottrina è di tipo culturale, prima che giuridico.

Essa riguarda coloro che intendono l'ambiente come 'terminale' di situazioni giuridiche attive (che manifestano la natura di diritti quando sono considerate dall'ordinamento come situazioni compiute ed assolute, e come interessi legittimi quando si collocano in posizione dialettica con il potere discrezionale) e quanti, invece, ritengono l'ambiente un bene strutturalmente inidoneo ad essere oggetto di situazioni giuridiche attive, in quanto intrinsecamente orientato a rappresentare la fonte di situazioni di solo *dovere*, a loro volta ascritte al dovere di solidarietà scolpito dall'art. 2 della Carta costituzionale (Fracchia, 2005).

Quest'ultima tesi si pone, senza dubbio, in forte linea di discontinuità con l'impostazione prevalente, non solo in materia ambientale. Il giurista contemporaneo è, infatti, istintivamente portato a associare bene giuridici a situazioni attive. Spesso, sposando un approccio di tipo rimediabile, il bene giuridico e le relative situazioni attive vengono addirittura costruite *ex post*, ossia all'esito della riscontrata necessità di accordare protezione al verificarsi di determinate situazioni. Così, ad esempio, è stata costruita la nozione, ancora ambigua, di *chance*.

La tesi sopracitata, invece, tende a rovesciare questo paradigma, e a indirizzare il ragionamento verso un percorso meno battuto: quello della ricostruzione del bene giuridico a partire da una situazione passiva, per l'appunto quella di dovere, inscritta nell'alveo dell'art. 2 Cost.

Siamo, evidentemente, agli antipodi dell'impostazione gianniniana: quest'ultima negava la giuridicità del bene 'ambiente' sulla scorta delle (temporanee) lacune del diritto positivo; la tesi da ultimo considerata, invece, implicitamente nega il rilievo della copiosa disciplina legislativa vigente in tema di ambiente, ricollegando direttamente il rilievo giuridico di tale bene ad un principio generalissimo come quello di solidarietà.

Questo approccio, tuttavia, desta qualche perplessità.

Per questa via il principio solidaristico diviene, infatti, fonte di doveri non dialoganti con speculari situazioni attive e, dunque, in definitiva non ontologicamente diversi da doveri di natura morale. Il rischio che si prospetta, aderendo a tale premessa, è che il principio di solidarietà sociale, posto alla base della teoria in esame, si trasformi in una pericolosa valvola di giuridificazione di concetti pre-giuridici, con tutti gli annessi rischi di una subliminale affermazione di una qualche idea di Stato etico. Se su un bene giuridico si appuntano solo situazioni di dovere, peraltro incardinate in una norma generalissima come l'art. 2 Cost.,

la strada che si dischiude potrebbe essere quella di una proliferazione incontrollata di beni giuridici, dalla quale rischia a sua volta di scaturire un progressivo assottigliamento dei confini tra il giuridico e il metagiuridico.

Il ruolo che in materia di ambiente può giocare l'articolo 2 Cost., ad avviso di chi scrive, è antitetico a quello sopra riferito: piuttosto che fonte di doveri la norma pare porsi come presidio di indisponibilità di determinati diritti fondamentali, ivi compreso quello ad un ambiente salubre. Sul punto, tuttavia, si avrà modo di tornare nelle conclusioni del presente contributo.

Quel che a questo punto interessa esaminare è la premessa implicita su cui riposa la tesi in esame, ossia quella per cui non vi sarebbero nel diritto positivo spunti più stringenti dell'art. 2 Cost. da cui desumere l'esistenza di situazioni giuridiche facenti capo all'ambiente, né, in particolare, dati da cui desumere l'esistenza di situazioni *attive* aventi ad oggetto la salvaguardia dell'ambiente. Quest'idea non pare persuasiva. Se, infatti, è innegabile che la disciplina in materia di ambiente, pur avendo superato la lacunosità lamentata da Giannini, tuttora non rappresenti un *corpus* organico e sempre coerente, è altrettanto vero che in essa si rintracciano istituti che presuppongono l'esistenza di situazioni soggettive diverse dallo schema del dovere, e sussumibili nell'area delle situazioni attive, variamente connotate in termini di diritto o interesse legittimo a seconda del loro carattere assoluto ovvero dialogante col potere amministrativo discrezionale.

Sotto questo profilo, almeno due sono gli spunti su cui si intende sinteticamente riferire.

Il primo ha ad oggetto l'istituto del danno ambientale, il quale – come noto – ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento nazionale tramite il vettore del diritto europeo. Il tratto caratterizzante l'istituto in questione consiste nell'aver sancito, in termini del tutto innovativi per l'ordinamento interno, la ristorabilità in via diretta del danno all'ambiente. Per questa via la tutela del bene ambiente ha perso quella che, fino a quel momento, era la sua connotazione spiccatamente strumentale: il pregiudizio arrecato all'ambiente era, infatti, fonte di obblighi risarcitori solo nella misura in cui si fosse riverberato nella accertata lesione di un ulteriore e autonomo bene giuridico afferente alla sfera del danneggiato, essenzialmente la salute o la proprietà. Fintantoché lo schema riparatorio si è declinato nei termini appena descritti, è stato effettivamente difficile riscontrare il riconoscimento dell'intrinseco valore giuridico dell'«oggetto» ambiente e della riferibilità allo stesso di situazioni attive connotate in termini di diritto soggettivo. In questo contesto l'introduzione della disciplina sul danno ambientale ha impresso al sistema un significativo tratto di discontinuità: il ristoro che viene garantito, infatti, non è più relativo al danno che l'ambiente (inquinato) ha cagionato alla salute o alla proprietà di un determinato soggetto, ma il danno che l'ambiente stesso ha patito. È chiaro, dunque, che l'ambiente è stato per

questa via implicitamente riconosciuto come bene giuridico a sé stante: la predisposizione del rimedio ha, in altre parole, manifestato – ma forse sarebbe più corretto dire che ha, almeno in parte, determinato – la intervenuta giuridificazione del bene alla cui protezione il rimedio è teso.

La disciplina sul danno ambientale, non lo si nega, è tutt'altro che impeccabile. Ci si può, ad esempio, interrogare sulla scelta legislativa in favore della legittimazione esclusivamente statale all'esercizio della relativa azione, e dunque sull'idea del Ministero come di unico portavoce dei diritti dei singoli, i quali individualmente non hanno nel processo un proprio punto di emersione. Ci si può ulteriormente chiedere se un tale regime avrebbe, in ipotesi, potuto trovare un ostacolo in una norma costituzionale di principio che avesse consacrato il diritto ad un ambiente non inquinato, divenendo così parametro di legittimità di tutte le norme in materia di ambiente, ivi compresa, per quanto qui rileva, quella che preclude la strada giurisdizionale a soggetti diversi dal Ministero. Tutti questi interrogativi, su cui in parte si è riferito nei precedenti paragrafi, sicuramente denotano il carattere tuttora travagliato dell'istituto del danno ambientale e, probabilmente, la sua perfettibilità. Quel che però rileva, in un'analisi incentrata sulla giuridificazione, è il dato di fondo dapprima adombrato, ossia la predisposizione di un regime di protezione in cui l'ambiente risulti considerato indipendentemente dai suoi, pur innegabili, collegamenti con beni giuridici diversi e già autonomamente tutelati.

Il secondo aspetto da considerare concerne il ruolo svolto dalla disciplina procedurale in tema di scelte pubbliche impattanti sull'ambiente. Le ormai numerose regole sul *quomodo* della decisione pubblica incidente sull'ambiente rappresentano, in altre parole, una sorta di lente di ingrandimento puntata sul grado di giuridificazione raggiunto dal concetto di ambiente nonché sul tipo di relazione giuridica che l'ordinamento tratteggia tra ambiente ed esseri umani, siano essi decisori o comuni cittadini.

In questa prospettiva non si può non riscontrare come le regole applicabili ai procedimenti amministrativi ambientali siano sensibilmente diverse dallo standard rappresentato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e contrassegnino un peculiare irrobustimento delle garanzie partecipative le quali, di certo, corrispondono a situazioni giuridiche attive in capo ai singoli (in disparte delle possibili opzioni ricostruttive in termini di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi). Si pensi, ad esempio, al peculiare regime dell'accesso alle informazioni ambientali che, veicolato dal diritto internazionale e successivamente europeo, oggi è un elemento caratterizzante il diritto dell'ambiente<sup>27</sup>.

Il disallineamento che sussiste tra il regime in questione e quello previsto in tema di accesso dalla legge generale sul procedimento è evidente, in particolare, sotto tre profili: la maggior ampiezza della nozione di informazione rispetto

a quella di documento, il più ampio novero dei soggetti passivi dell'obbligo informativo e, soprattutto, la più ampia legittimazione attiva, tale da consentire l'accesso all'informazione «a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse»<sup>28</sup>.

Un discorso analogo concerne il diritto di partecipazione, di cui, in definitiva, l'accessibilità delle informazioni è il presupposto materiale<sup>29</sup>. Si pensi, in proposito, alle fasi di consultazione<sup>30</sup> nei procedimenti di v.i.a. e v.a.s. e di (eventuale) inchiesta pubblica (che nel primo dei due predetti procedimenti può aver luogo, cfr. l'art. 24, c. 6, del Codice dell'ambiente) entrambe ispirate da una concezione del contraddittorio endo-procedimentale sicuramente più allargata di quella che connota lo standard fissato dalla l. 241/90.

Analoga specialità si riscontra sul fronte delle regole processuali (sul quale parimenti hanno inciso le sollecitazioni internazionali ed europee) contrassegnato da una peculiare accentuazione dei profili di giurisdizione oggettiva<sup>31</sup> (Police, 2006; Goisis, 2012).

L'aspetto più significativo, in tal senso, è rappresentato dalla legittimazione processuale attiva riconosciuta alle associazioni ambientali individuate dal Ministero<sup>32</sup> (Delsignore, 2013). La giurisdizione oggettiva, per definizione, presuppone un *oggetto*, ossia un bene giuridico cui l'ordinamento ritiene di dover accordare una protezione particolare, non necessariamente ancorata all'iniziativa di un soggetto leso in una specifica situazione giuridica soggettiva. Questa particolare protezione, ad ogni modo, a sua volta si esprime attraverso il riconoscimento di una specifica situazione giuridica attiva, cioè il diritto all'azione, connotato dalla particolarità di non essere 'agganciato' ad alcuna situazione giuridica soggettiva 'sottostante'.

I tratti di specialità finora messi in evidenza comprovano l'intrinseca giuridicità del concetto di ambiente (giuridicità talmente 'forte' da aver in qualche modo 'deformato' molte categorie sistematiche, come si è visto nei precedenti capoversi), rendendo, ad avviso di chi scrive, non del tutto necessario il richiamo al principio solidaristico quale fattore decisivo di giuridificazione del concetto. Per converso tale specialità riflette una opzione ordinamentale non monopolizzata dai profili di dovere.

Il riconoscimento della intervenuta giuridificazione del concetto di ambiente non equivale alla negazione del particolare tasso di indeterminatezza che caratterizza molte delle nozioni che popolano la legislazione ambientale: basti in proposito porre mente alla persistente ambiguità della nozione di rifiuto, e alle gravi conseguenze che da tale incertezza scaturiscono, soprattutto sul fronte del rispetto del principio di legalità in ambito penalistico. Si tratta, però, di profili concernenti la qualità della legislazione, che non scalfiscono la giuridicità propria del bene tutelato, della quale oggi è davvero difficile dubitare.



## 6. Conclusioni

Le considerazioni finora svolte hanno indotto a ritenere che, nonostante la perdurante assenza di una norma costituzionale di principio dedicata alla tutela dell'ambiente, e nonostante le conseguenze che tale assenza ha determinato sul baricentro del sindacato costituzionale, oggi non sia difficile revocare in dubbio il valore costituzionale della tutela ambientale, così come la configurabilità dell'ambiente alla stregua di bene giuridico unitario su cui si appuntano situazioni giuridiche soggettive.

Il profilo di maggiore interesse per l'interprete contemporaneo sembra, perciò, essersi trasformato: gli interrogativi sulla esistenza di una nozione autenticamente giuridica di ambiente e sulla riferibilità, a tale bene, di situazioni giuridiche soggettive (anche, come si è visto, a connotazione attiva) paiono aver ceduto il passo alle urgenti problematiche poste dalla specialità della disciplina ambientale, in particolare sotto il profilo delle possibili frizioni con i principi fondamentali del nostro ordinamento generale (si pensi ai principi in tema di responsabilità civile, di diritto di accesso e diritto alla tutela giurisdizionale, i quali, come si è visto, sono stati rivisitati dalle norme rispettivamente dedicate al danno ambientale, all'accesso alle informazioni ambientali e all'accesso alla giustizia in materia di ambiente).

Queste frizioni oggi si riscontrano non solo sul fronte della disciplina dei singoli istituti, ma anche sul piano più alto, ma tutt'altro che rarefatto, della dialettica tra interessi contrapposti.

Secondo la visione tradizionale la tutela del bene 'ambiente' si pone in posizione di inestinguibile tensione dialettica con le istanze di sviluppo economico/industriale, cui fa capo l'articolo 41 della Carta costituzionale. Su questa tensione si è soprattutto concentrata, come si è visto, la giurisprudenza costituzionale, la quale, pur attraverso il filtro del giudizio sul riparto di competenza legislativa, ha scandagliato il tema dell'esigenza di un prudente bilanciamento tra i due predetti valori confliggenti, esigenza invero per lo più negata dai fautori della logica della maggior tutela o della tutela incrementale.

Questa visione oggi appare piuttosto stilizzata, in quanto rispondente alla sensibilità propria di un limitato segmento della società, che – volendo ricorrere al lessico della storiografia ottocentesca – potremmo identificare con la cd. classe borghese. La crisi economica ha disvelato un quadro di inedita complessità: il diritto ad un ambiente salubre oggi, più che contrapporsi alla libertà di impresa, sembra porsi come potenziale fattore antagonista rispetto all'effettività di alcuni tra i più delicati diritti sociali, come il diritto al lavoro o il diritto alla casa. Il riferimento più immediato, anche in questo senso, è rappresentato dalla nota vicenda dell'Ilva di Taranto, in cui si è assistito ad un drammatico conflit-

to tra le vittime dell'inquinamento e (non già gli inquinatori, bensì...) le istituzioni preposte alla protezione delle popolazioni locali dai pericoli dell'inquinamento medesimo (nel caso di specie il giudice penale che aveva disposto il sequestro dell'impianto per l'inosservanza delle prescrizioni dettate dall'a.i.a.).

Le vicende appena evocate ovviamente si prestano ad essere esaminate anche sotto un profilo non strettamente giuridico, ossia da un punto di vista filosofico, sociologico e politico.

Agli occhi del giurista esse, tuttavia, impongono il superamento di un paradigma concettuale che, fino al recente passato, sembrava iscritto nel 'codice genetico' del diritto dell'ambiente, ossia la tensione tra chi aggredisce l'ambiente e chi sconta le conseguenze di tale aggressione. Per il giurista contemporaneo, in definitiva, sembrano in parte mutati i termini degli interrogativi con cui è chiamato a confrontarsi. Non solo: in che misura esiste un diritto ad inquinare? Ma anche: in che misura esiste un diritto ad 'essere inquinati'?

Il tema dell'esistenza del diritto di essere danneggiati non è certamente una novità per il pensiero giuridico dell'età moderna. Ne sono espressione, ad esempio, la regola del divieto di atti di disposizione del proprio corpo. Sempre in questo scenario si inquadra anche il celebre caso del lancio del nano<sup>33</sup>, in cui ad essere controversa era la libertà, rivendicata dal ricorrente, di sottoporsi a una pratica oggettivamente lesiva nei confronti della propria dignità.

In tale occasione il Consiglio di Stato francese affermò il principio per cui ogni individuo è portatore, non solo di un dovere di solidarietà sociale verso gli altri, ma anche ad un corrispondente dovere nei confronti di se stesso. Non sussisterebbe, dunque, una illimitata libertà di 'far calpestare i propri diritti', nel caso da ultimo evocato quello avente ad oggetto il bene giuridico della dignità personale.

Questo tema è stato tradizionalmente indagato soprattutto dai cultori delle discipline giusprivatistiche (oltre che, ovviamente, della filosofia e teoria generale del diritto, cfr. Cricenti, 2009; Massarenti, 2006). La spiegazione di ciò risiede nel fatto che fattispecie come quelle appena richiamate chiamano direttamente in causa il concetto di autodeterminazione, che a sua volta è la 'materia prima' fondamentale degli atti negoziali validi ed efficaci. Non è un caso, del resto, che la locuzione «dignità umana» compaia in Costituzione solo al secondo comma dell'art. 41, quale limite all'iniziativa economica privata (Azzoni, 2012).

La cronaca odierna induce, tuttavia, a considerare l'idea che il problema della disponibilità/indisponibilità di alcuni diritti fondamentali meriti di essere coltivato anche in una prospettiva pubblicistica e, per quanto in questa sede rileva, anche con riferimento al tema del diritto ad un ambiente salubre.

All'interrogativo in questione, ossia quello relativo alla disponibilità di tale diritto, ovviamente si possono fornire risposte assai eterogenee, che spaziano tra due possibili estremi. Il primo è rappresentato dall'idea secondo cui il riconosci-

mento della libertà di 'abdicare' al diritto all'ambiente salubre, in nome di ulteriori e più 'urgenti' diritti, proverebbe la raggiunta autonomia del diritto dalla morale. Il secondo, invece, consiste nell'idea per cui la rinunciabilità di diritti fondamentali denoterebbe la crisi di un ordinamento incapace di operare una sintesi efficiente tra interessi contrapposti.

Non è questa, ovviamente, la sede per valutare luci ed ombre di ciascuna delle posizioni appena esplicitate, né per enumerare il ventaglio di sfumature collocabili tra i due predetti estremi. Il dato che, invece, preme sottolineare nell'ambito di una riflessione dedicata al processo di giuridificazione concerne la nuova fisionomia con cui si presenta il problema della definizione dei confini tra giuridico e metagiuridico.

Non si può, a parere di chi scrive, ignorare il fatto che la pretesa all'ambiente salubre, benché nell'ordinamento trovi molteplici punti di emersione, sia destinata a restare meramente virtuale fintantoché non abbiano trovata adeguata soddisfazione altri diritti fondamentali come il diritto al lavoro e alla casa, che in definitiva concorrono a determinare l'emancipazione dallo stato di bisogno.

Il principio di solidarietà sociale, in questo senso, riveste un ruolo necessariamente decisivo, non tanto e non solo come dovere di astensione (nella specie da comportamenti irrispettosi nei confronti dell'ambiente) ma soprattutto come strumento di raccordo tra diritti fondamentali che, se isolatamente considerati, rischiano di essere relegati nell'area del mero dover essere.

## Note

- <sup>1</sup> È noto l'estremo rilievo che le Costituzioni sudamericane dedicano alla tutela dell'ambiente: si pensi, in proposito, alla Costituzione brasiliana del 1998 definita «la Costituzione verde», che riserva all'ambiente un intero capo. Più che il dato 'quantitativo' relativo al numero e all'ampiezza delle norme costituzionali dedicate alla tutela dell'ambiente, a caratterizzare l'approccio sudamericano alle tematiche ambientali è la prospettiva spiccatamente eco-centrica, che vede nell'ambiente un bene in sé, indipendentemente dall'utilità che da esso possano ritrarre gli esseri umani. Tra le conseguenze più interessanti di tale prospettiva, antitetica rispetto a quella tuttora imperante nel c.d. occidente sviluppato, vi è l'idea della natura come soggetto *titolare* di diritti, anziché come oggetto su cui si appuntano diritti facenti capo agli esseri umani. Una testimonianza eloquente di questo approccio è fornita dalla Costituzione equadoregna del 2008, e in particolare dall'art. 71 (incluso nel Capitolo VII, intitolato *Diritti della natura*) ove si riconosce alla natura il «diritto al rispetto integrale alla sua esistenza e al mantenimento e alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, della sua struttura, delle sue funzioni e dei suoi processi evolutivi». Di analogo tenore anche la legge boliviana 21 dicembre 2010, n. 71, significativamente intitolata *Ley de derechos de la Madre Tierra*.
- <sup>2</sup> Nessun riferimento all'ambiente si rinviene, ad esempio, nella Costituzione francese del 1958. Solo nel 2005, con l'adozione della *Charte de l'environnement adossée à la Constitution*, l'ambiente ha formalmente fatto il suo ingresso nelle fonti di rango costituzionale. In Germania la 'comparsa' dell'ambiente in Costituzione si verifica, invece, nel 1994, con l'introduzione dell'art. 20a, collocato nel Titolo II della Carta costituzionale, tra i principi programmatici dello Stato. Le Costituzioni europee che già nella loro versione originaria contenevano significativi riferimenti all'ambiente sono piuttosto recenti. Si tratta della Costituzione greca del 1975, di quella portoghese del 1976 e di quella spagnola del 1977.
- <sup>3</sup> La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha accordato protezione giuridica ai danni causati dall'inquinamento valorizzando non già, come ci si sarebbe potuti aspettare, l'articolo 2 della Convenzione (diritto alla vita) o l'articolo 3 (diritto all'integrità fisica), bensì facendo leva sull'articolo 8, avente ad oggetto il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il caso più significativo, in questo senso, è rappresentato dalla sentenza 9 dicembre 1994, López Ostra c. Spagna. Più recentemente, in termini analoghi, si esprime la sentenza del 10 gennaio 2012, Di Sarno c. Italia.
- <sup>4</sup> Corte cost., 23 luglio 1974 n. 247, in *Foro it.*, 1975, I: 18 sgg., in cui la Corte è stata sollecitata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 844 c.c., ritenuto dal giudice *a quo* contrastante con gli artt. 32 e 9 della Carta costituzionale in quanto inadeguato a garantire protezione giuridica avverso i pregiudizi patiti a causa dell'inquinamento. Il giudice rimettente, in particolare, rilevava l'inadeguatezza del mero criterio della normale tollerabilità, previsto dalla disciplina sulle immissioni di cui all'art. 844 c.c., a rappresentare un effettivo limite alle attività inquinanti poste in essere nell'esercizio del diritto costituzionale di iniziativa economica. La Corte non ha avallato tale ragionamento, precisando che l'art. 844 c.c. non può essere riguardato, e dunque scrutinato, come norma di tutela ambientale: il fatto che «i principi posti dall'art. 844 c.c. non costituiscano uno strumento adeguato per la soluzione dei gravi problemi creati dall'inquinamento è certo esatto [...] La norma è infatti destinata a risolvere il conflitto tra proprietari di fondi vicini per le influenze negative derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi. Si comprende quindi che il criterio della normale tollerabilità in essa accolto vada riferito esclusivamente al contenuto del diritto di proprietà e non possa essere utilizzato per giudicare della liceità di immissioni che rechino pregiudizio anche alla salute umana o all'integrità dell'ambiente naturale». In questo senso anche: Cass., 10 ottobre 1975, n. 3241, in *Foro it.*, Rep. 1975, voce Proprietà, n. 34; Cass., 19 maggio 1976, n. 1796, in *Giur. it.*, 1978: 412; Cass., 13 dicembre 1979, n. 6502, in *Giur. civ. mer.*, 1979: 12; Cass.,

- 10 marzo 1980, n. 1593, in *Foro it.*, 1980, I: 2197; Cass., 18 agosto 1981, n. 4937, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce Proprietà, n. 21.
- <sup>5</sup> Sotto questo profilo merita di essere ricordato, come tentativo di introdurre spunti all'insegna della protezione ambientale in via diretta, il progetto di legge costituzionale A.C. 4307, ove si prevedeva di anteporre all'attuale testo dell'articolo 9 Cost. il seguente comma: «La Repubblica riconosce l'ambiente, i suoi ecosistemi, le sue biodiversità, valori primari per la salvaguardia e lo sviluppo della qualità di vita; garantisce la loro protezione e ne promuove il rispetto, sulla base dei principi di reversibilità, precauzione e responsabilità, anche nell'interesse delle future generazioni; tutela le esigenze, in materia di benessere, degli animali in quanto esseri senzienti». Il testo, prima di 'naufragare', ha subito numerose modifiche. Nel corso del dibattito parlamentare si è suggerito di sostituire il testo sopra riportato, invero piuttosto ridondante, con un nuovo terzo comma da aggiungere all'art. 9 Cost. che avrebbe recitato: «la Repubblica tutela l'ambiente e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali». La proposta di riforma costituzionale, tuttavia, come noto non ha avuto alcun seguito.
- <sup>6</sup> Cass. S.U., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giur. civ.*, 1980, I: 695, ove la Corte ha puntualizzato come il diritto all'ambiente salubre possa rivendicarsi come un diritto soggettivo solo «quando sia collegato alla disponibilità esclusiva di un bene la cui conservazione, nella sua attuale potenzialità di recare utilità al soggetto, sia inscindibile dalla conservazione delle condizioni ambientali».
- <sup>7</sup> Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e semi-naturali e della flora e della fauna selvatiche.
- <sup>8</sup> Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici.
- <sup>9</sup> La Convenzione è stata stipulata a Ramsar, in Iran, il 2 febbraio 1971 e ratificata in Italia con l. 13 marzo 1976, n. 448. L'oggetto della convenzione è la protezione delle zone umide, definite dalla convenzione stessa come «distese di paludi, di torbiere o di acque naturali o artificiali, permanenti o temporanee, dove l'acqua è stagnante o corrente, dolce, salmastra o salata, ivi comprese distese di acqua marina la cui profondità, in condizioni di bassa marea, non superi i sei metri di profondità».
- <sup>10</sup> In Italia l'introduzione dell'istituto del danno ambientale è precedente al recepimento della direttiva 2004/35/CE. È stata, infatti, la legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente (l. 8 luglio 1986, n. 349) ad aver per la prima volta previsto la responsabilità per i danni all'ambiente, indipendentemente dalle ripercussioni che dal danno all'ambiente possano derivare sul fronte della eventuale compromissione di beni diversi ed ulteriori rispetto all'ambiente medesimo (la salute, la proprietà ecc.). In altri Paesi europei, invece, l'emanazione della direttiva 2004/35/CE ha rappresentato una vera e propria svolta. In Francia, prima del recepimento di tale direttiva, la responsabilità per i danni all'ambiente passava per lo schema dei danni da molestia nei rapporti di vicinato, schema che, sebbene dilatato da una giurisprudenza coraggiosa e creativa, restava pur sempre collocato in un'ottica di rapporti inter-privatistici. In Germania il modello di responsabilità per danni all'ambiente applicato prima del recepimento della direttiva 2004/35/CE europea (avvenuto solo nel 2007, con l'entrata in vigore della *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden*) era quello sancito dalla legge sulla responsabilità civile per danni all'ambiente (*Umwelthaftungsgesetz*) del 10 dicembre 1990, tuttora vigente, ove si prevede che «qualora da una immissione nell'ambiente, proveniente da uno degli impianti indicati nell'appendice 1 (della presente legge), derivi la morte, la lesione del corpo o della salute, oppure della proprietà di un soggetto, il proprietario dell'impianto è tenuto a risarcire il danno che ne è derivato» (par. 1). Ad essere oggetto di ristoro erano, dunque, solo le lesioni arrecate a beni già protetti dal diritto civile, non già quelle relative a un bene 'di nuovo conio' come avrebbe potuto essere l'ambiente. Ciò a dispetto del fatto che la legge del 1990 fosse, e tuttora sia, una legge speciale dedicata speci-

ficamente alla responsabilità ambientale, il che avrebbe indotto a sperare in un ampliamento dell'area della tutelabilità rispetto al perimetro già segnato dal diritto civile 'tradizionale'.

- <sup>11</sup> L'ordinamento spagnolo, ad esempio, riconosce la legittimazione attiva anche ai singoli e alle associazioni (di veda, in proposito, l'art. 41, comma 1, della l. 23 ottobre 2007, n. 26, ove si prevede che l'azione di responsabilità ambientale possa essere avviata d'ufficio, su richiesta dell'operatore o in base all'istanza di qualsiasi interessato). Questa scelta si inserisce in un quadro ordinamentale che addirittura consente ai singoli, in veste di portatori di un interesse generale alla legalità costituzionale, l'accesso diretto alla giustizia costituzionale. Peraltro, non può neanche essere trascurato, quale elemento di contestualizzazione della regola sulla legittimazione attiva in materia di danno ambientale, la formulazione dell'articolo che la Costituzione spagnola dedica alla tutela dell'ambiente (art. 45), nel quale si è preferito inquadrare l'ambiente salubre come oggetto di un diritto di tutti i cittadini, piuttosto che come oggetto di un generale dovere di protezione da parte delle istituzioni dello Stato («Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva. Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato»).
- <sup>12</sup> Uno spunto di interesse, in tema di legittimazione attiva a difesa del diritto all'ambiente salubre, si può ritrarre dalle lucide affermazioni che la Corte di Cassazione ha svolto, in un'epoca ormai non troppo recente, con riferimento al diritto alla salute, osservando come «La prospettiva secondo la quale vi è protezione giuridica soltanto in caso di collegamento esclusivo fra un bene (o una frazione di esso) ed un solo determinato individuo, o un gruppo personificato – e quindi assimilato all'individuo – è condizionata da un'impostazione di tipo patrimoniale della giuridicità e rischia di mortificare in ragione del condizionamento l'irresistibile tendenza all'azionabilità delle pretese che è cardine della nostra Costituzione», Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979: 2302. La scelta di consentire al solo Ministero l'esercizio dell'azione di danno ambientale pare, invece, frutto (oltre che di valutazioni di sostenibilità del carico giudiziario) anche di una concezione patrimonialistica dell'ambiente, alquanto dissonante con l'attuale impianto costituzionale.
- <sup>13</sup> Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 2: 257.
- <sup>14</sup> Corte cost., 24 luglio 2009, n. 250, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4: 1047; Corte cost., 23 luglio 2009, n. 233, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 6: 941; circa l'impossibilità di invocare, in sede di giudizio in via principale parametri diversi dall'art. 117 Cost: Corte cost., 24 luglio 2009, n. 250, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4: 1047; Corte cost., 18 giugno 2008, n. 216, in *Ragiusan*, 2009: 65; Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116, in *Giur. it.*, 2007, 6: 1372.
- <sup>15</sup> «Convenzione sull'accesso alle informazioni, sulla partecipazione del pubblico ai processi decisionali e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale», stipulata ad Aarhus il 25 giugno 1998 e ratificata con l. 16 marzo 2001, n. 108.
- <sup>16</sup> Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 285, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1, I: 39.
- <sup>17</sup> Corte cost., 22 maggio 1987, n. 183, in *Quad. reg.*, 1987: 1399; Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239, ivi, 1983: 213; Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Rass. avv. Stato*, 1986, I: 223; Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro amm.*, 1987: 3; Corte cost., 20 dicembre 1988, n. 1108; id., 15 novembre 1988, n. 1029, in *Riv. giur. amb.*, 1989.
- <sup>18</sup> Corte cost., 26 luglio 2001, n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, 2940; in termini simili anche Corte cost., 28 marzo 2003, n. 96, in *Ragiusan*, 2003: 198; Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222, in *Riv. giur. amb.*, 2003: 1002; Corte cost., 4 luglio 2003, n. 227, in *Foro it.*, 2003, I: 2882; Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Giur. cost.*, 2003: 5.
- <sup>19</sup> Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62, in *Ragiusan*, 2006: 170; id., 20 novembre 2009, n. 307, in *Giur. cost.*, 2009: 6, 4623. La stessa linea interpretativa si rintraccia anche nella giurispru-

- denza meno recente: Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Giur. cost.*, 1985: 2552; Corte cost., 27 giugno 1986, n. 153, in *Riv. giur. urb.*, 1987: 16; Corte cost., 15 maggio 1987, n. 167, in *Foro it.*, 1988, I: 331; Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Riv. giur. amb.*, 1987: 639; Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 344, in *Giur. it.*, 1988: 1466; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, in *Riv. giur. amb.*, 1988: 113; Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. it.*, 1989: 611.
- <sup>20</sup> Commissione Europea, Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, (COM(2011)15); nonché comunicazione 3 marzo 2010, intitolata *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*. Su questi temi si veda pure il Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti – (COM(2011) 15).
- <sup>21</sup> Cfr. la Costituzione spagnola, che all'articolo 149, n. 23 statuisce che «lo Stato gode di competenza esclusiva [...] nella legislazione di base in materia di difesa dell'ambiente [...] ferma restando la facoltà delle Comunità autonome di emanare ulteriori norme di salvaguardia».
- <sup>22</sup> Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 382, in *Le Regioni*, 2000: 190; Corte cost., 5 novembre 2007, n. 378, in <<http://www.cortecostituzionale.it>>; Corte cost., 14 aprile 2008, n. 104, *ivi*; *id.*, 22 febbraio 2010, n. 67, *ivi*; *contra*: Corte cost., 6 febbraio 1991, n. 53, in *Foro it.*, 1991, I: 3000; Corte cost., 7 novembre 2003, n. 331, in *Giur. cost.*, 2003: 3511.
- <sup>23</sup> Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379, in *Giur. cost.*, 1994: 342; Corte cost., 25 maggio 1987, n. 192, in *Cons. Stato*, 1987: 858; Corte cost., 30 giugno 1988, n. 744, in *Giur. cost.*, 1988: 3403; Corte cost., 27 luglio 1992, n. 366, in *Dir. e giur. agr.*, 1994: 24; nonché più recentemente Corte cost., 29 ottobre 2002, n. 407, *cit.*
- <sup>24</sup> Corte cost., 29 marzo, n. 58, in *Giur. cost.*, 2013, 2: 892.
- <sup>25</sup> Gli obiettivi dichiarati della normativa in esame consistevano nell'«assicurare in un quadro organico, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento» (art. 1, c. 2, della l. 8 luglio 1986, n. 349).
- <sup>26</sup> Si ricordi, in proposito, il parere del 5 novembre 2007, n. 3838, in cui il Consiglio di Stato ha chiarito come il correttivo d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 sia scaturito dal «proposito di rendere l'attuale decreto legislativo [...] un vero e proprio “codice”, connotato da sistematicità e da un nucleo di principi comuni».
- <sup>27</sup> Il riferimento, ovviamente, concerne il d. lgs. 19 agosto 2005, n. 195.
- <sup>28</sup> Cfr. art. 3, c.1, d.lgs. n. 195/2005.
- <sup>29</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 10 gennaio 2012, n. 389, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), ove si argomenta sul fatto che in materia ambientale l'accesso sarebbe «incrementato anche sotto il profilo qualitativo estendendosi anche alla leggibilità delle informazioni ambientali e alla comprensione delle stesse imponendo un obbligo aggravato di trasparenza in capo alle autorità pubbliche».
- <sup>30</sup> Artt. 14 e 24 del Codice dell'ambiente.
- <sup>31</sup> Corte di giust., 12 maggio 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, C-115/09, in *Dir. proc. amm.* 2012, 91.
- <sup>32</sup> Come noto, non solo le associazioni incluse nel novero di quelle riconosciute dal Ministero sono dotate del necessario *standing*: il giudice investito della controversia deve, secondo la giurisprudenza ormai pressoché unanime (Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, in *Foro amm.*, 2010, 9: 1908; Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 3170, in *Foro it.*, 2012, III: 19) valutare caso per caso la sussistenza della legittimazione delle associazioni non riconosciute e financo dei singoli cittadini, ricorrendo allo scopo al parametro della *vicinitas*.
- <sup>33</sup> Cons. ÉtatAAss., A27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in *Dalloz*, 1996: 257.

*Riferimenti bibliografici*

- Azzoni G. 2012, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*: 75 sgg.
- Benelli F. 2006, *La smaterializzazione delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- Benelli F., Bin R. 2009, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”: scacco matto alle Regioni*, in *Quaderni costituzionali*: 1185 sgg.
- Cans C. 2006, *La Carta costituzionale francese dell'ambiente: evoluzione o rivoluzione del diritto francese dell'ambiente*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Giuffrè, Milano, 2006: 8 sgg.
- Capaccioli E., Dal Piaz F. 1980, *Ambiente (tutela dell')*, in *Noviss. Dig. it*, Appendice: 257 sgg.
- Casetta E. 1984, *La tutela del paesaggio nei rapporti tra Stato, Regioni e autonomie locali*, in *Le Regioni*: 1182 sgg.
- Cocco G., Marzanati A., Pupilella R. 2007, *Ambiente: il sistema organizzativo e i principi fondamentali*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano: 157 sgg.
- Cricenti G. 2009, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*: 21 sgg.
- D'Angelo G.G. 1978, *L'art. 844 Codice Civile e il diritto alla salute*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano: 411 sgg.
- De Leonardis F. 2001, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 26.
- 2005, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano.
- De Pretis D. 2009, *Il codice dell'ambiente e il riparto delle funzioni tra Stato e Regioni*, in *Studi sul codice dell'ambiente*, M.P. Chiti, R. Ursi (a cura di), Giappichelli, Torino: 103 sgg.
- Delsignore M. 2013, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review*, in *Dir. proc. amm.*: 734 sgg.
- Ferrara R. 2003, *La tutela dell'ambiente fra Stato e regioni: una storia “infinita”*, in *Foro it.*, I: 692 sgg.
- Ferrari E. 1988, *Il danno ambientale in cerca di giudice e ... d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore*, in *Le Regioni*: 52 sgg.
- Fonderico F. 2002, *La tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, Giuffrè, Milano.
- Fracchia F. 2005, *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati uniti e Italia a confronto*, in D. De Carolis, A. Police (a cura di), *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, Giuffrè, Milano: 119 sgg.
- 2013, *Introduzione allo studio del diritto all'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Giannini M.S. 1973, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 15 sgg.



- Goisis G. 2012, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*: 91 sgg.
- Manfredi G. 2003, *Sul riparto delle competenze in tema di ambiente e sulla nozione di ambiente dopo la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Riv. giur. amb.*: 1003 sgg.
- 2004a, *Standards ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*, in *Urb. app.*: 296 sgg.
- 2004b, *Tre modelli di riparto delle competenze in tema di ambiente*, in *Ist. fed.*: 509 sgg.
- Marchetti B. 2010, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 149 sgg.
- Marrani D. 2008, *The Second Anniversary of the Constitutionalisation of the French Charter for the Environment: Constitutional and Environmental Implications*, in *Environmental Law Review*: 9 sgg.
- Massarenti A. 2006, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Giuffrè, Milano.
- Mazzamuto M. 2009, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1571 sgg.
- Nicolas M.F. 1976, *La protection du voisinage*, in *Rev. trim. dr. civ.*: 683 sgg.
- Police A. 2006, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: la giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Giuffrè, Milano: 320 sgg.
- Predieri A. 1981, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano: 503.
- Renna M. 2004a, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano.
- 2004b, *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Quaderni della Rivista giuridica dell'ambiente*, 15, Milano: 98A.
- 2005, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Dir. econ.*: 715 sgg.
- 2009, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 649 sgg.
- Romano Tassone S. 1993, *Stato, Regioni ed enti locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*: 114 sgg.
- Rossi G. 2012, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino.
- Sandulli A.M. 1967, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, II: 62 sgg.
- Trimarchi F. 2005, *Principio di precauzione e «qualità» dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1673 sgg.



# LA GIURIDIFICAZIONE DELLO SPORT

*Giuseppe Manfredi*

SOMMARIO – 1. Una chiave di lettura: la dialettica tra Stato e gruppi sportivi. 2. Le origini: il diritto degli organismi sportivi; l'iniziale irrilevanza per il diritto statale delle norme emanate dagli organismi sportivi; una globalizzazione *ante litteram*? 3. I primi interventi di giuridificazione statale del periodo totalitario, in funzione della rilevanza politico-sociale del fenomeno sportivo, ai fini della creazione del consenso; la legge n. 426 del 1942 e la pubblicizzazione del CONI. 4. I primi decenni repubblicani: la perdurante vigenza della legge n. 426 del 1942; il 'primato del diritto sportivo' e la parziale battuta d'arresto del processo di giuridificazione statale. 5. La prosecuzione del processo di giuridificazione statale negli ultimi decenni: in particolare, in funzione dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e della crescente rilevanza economica dell'attività sportiva. 6. Considerazioni di sintesi: l'assorbimento delle norme emanate dagli organismi sportivi nel diritto statale; l'alternativa pubblico/privato. 7. (*segue*) Il ruolo del diritto internazionale, del diritto comunitario, del diritto sovranazionale e globale; il ruolo della dottrina e della giurisprudenza.

## *1. Una chiave di lettura: la dialettica tra Stato e gruppi sportivi*

Per esaminare la giuridificazione dell'attività sportiva paiono inadeguate alcune delle chiavi di lettura che possono essere impiegate per studiare la giuridificazione in altri settori.

Ad esempio, quella del rapporto tra tecnica (o scienza) e diritto.

Vero è che alcune delle norme emanate dagli organismi sportivi vengono usualmente definite come norme tecniche sportive: ma è altrettanto vero che esse non hanno i contenuti e la valenza delle norme tecniche vere e proprie, dato che adempiono alla funzione di indicare quali sono i comportamenti considerati leciti e quelli ritenuti illeciti dagli organismi sportivi nel contesto delle competizioni sportive (Luiso, 1975: 35 n. 14) – per intendersi, il numero dei giocatori che può essere schierato in campo negli sport a squadre, quanto dura una gara, come funziona il fuorigioco nel calcio, nel *rugby* o nell'*hockey* su ghiaccio ecc.

In altri termini, qui «siamo di fronte a precetti che stabiliscono la doverosità di comportamenti umani» (Bachelet, 1967).

Abbastanza inadeguata risulta anche la coppia concettuale *hard law* e *soft law*.

Infatti, se con l'espressione *soft law* si vuole indicare un plesso di norme che in diritto romano si sarebbero definite *imperfectae*, perché prive di sanzione, e che vengono osservate solo mercé una qualche forma di *moral suasion*, qui siamo distantissimi dalla nozione anche se consideriamo le sole norme prodotte dagli organismi sportivi.

Forse in un passato remoto le competizioni sportive potevano svolgersi confidando solo nel *fair play* degli atleti: ma è ormai da oltre un secolo che pure le norme emanate dagli organismi sportivi sono fornite di un articolato apparato sanzionatorio, che attualmente va dai vantaggi attribuiti al giocatore avversario per i falli di minore gravità sino alle pene pecuniarie milionarie e alle squalifiche a vita da una determinata disciplina sportiva.

Se invece con tale espressione si vuole indicare un fenomeno normativo che esula dal sistema delle fonti del diritto statale, la nozione potrebbe attagliarsi ad almeno una parte delle norme emanate dagli organismi sportivi – ovviamente, soprattutto nell'ottica di coloro che sostengono le variegate tesi della indipendenza o della autonomia del cosiddetto ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale, e/o dell'irrilevanza del primo per il secondo.

Ora, nulla vieta di impiegare una nozione elaborata nel diritto internazionale negli ultimi decenni del novecento per esaminare un fenomeno nato circa un secolo prima, anche se è ovvio che operazioni siffatte recano con sé il rischio di incorrere in un qualche tipo di errore di prospettiva storica e/o di distorsione concettuale: ma sembra comunque preferibile evitare di farvi ricorso, dato che non pare che qui essa possa assumere una qualche valenza euristica.

Ciò posto, come principale chiave di lettura del fenomeno che qui interessa mi sembra opportuno prendere un concetto più consueto, ossia la dialettica tra la produzione normativa della collettività generale (e dunque dello Stato, che di questa collettività è espressione), e quella che invece viene dalle 'associazioni parziali' di russoviana memoria.

E ciò perché il tratto caratteristico della giuridificazione del settore risiede nel fatto che esso vede concorrere e intrecciarsi due diversi processi di giuridificazione: quello che promana dai gruppi sportivi e quello che promana dallo Stato.

Utilizzando questa chiave di lettura si procederà dunque a esaminare (in modo cursorio, perché una trattazione più in dettaglio non avrebbe particolare utilità ai fini di questo lavoro) come si è svolta l'evoluzione di questi processi, per poi svolgere alcune considerazioni di sintesi.

Mi pare infatti che in questo settore un esame diacronico sia imprescindibile, perché gli assetti odierni risultano difficilmente comprensibili se non si considera che essi sono la risultante di una serie di spinte diverse, e spesso contrapposte, succedutesi nel tempo.

## *2. Le origini: il diritto degli organismi sportivi; l'iniziale irrilevanza per il diritto statale delle norme emanate dagli organismi sportivi; una globalizzazione ante litteram?*

Dato che – per usare una parafrasi – il giurista odierno non può non dirsi pluralista, perché tutti accettiamo il pluralismo giuridico (pur declinandolo

e impiegandolo in modi e maniere diversi), e diamo per scontato che forme di diritto possono venire anche da gruppi sociali diversi dalla collettività generale, occorre ricordare che la giuridificazione dell'attività in parola per il tramite delle norme emanate dagli organismi sportivi è un fenomeno risalente – basti solo pensare che nel gioco del calcio la prima versione delle *Sheffield rules* fu emanata negli anni Cinquanta dell'Ottocento.

Vi è che la giuridificazione è letteralmente connaturata all'attività sportiva contemporanea, per come s'è sviluppata seguendo modelli e schemi affermatasi per la prima volta nell'Inghilterra ottocentesca.

Dato che questa attività si svolge attraverso la competizioni tra i diversi atleti, le regole create da parte degli esercenti la medesima disciplina sportiva sono necessarie e imprescindibili se non altro al fine di poter confrontare e comparare i risultati dell'uno e dell'altro atleta – e di conserva anche per risolvere le controversie su detti risultati: non a caso già nelle citate *Sheffield rules* compariva un sistema di risoluzione delle controversie insorte sul campo di gioco che è l'antesignano dell'odierno arbitro sportivo.

La prima forma di giuridificazione dello sport si deve dunque alle regole emanate dai gruppi di coloro che praticano (o che, comunque, sono appassionati) la medesima attività sportiva, le quali sono intese a disciplinare lo svolgimento delle competizioni, e, in generale, le questioni endoassociative.

Come noto questo modello di organizzazione e di regolamentazione della attività sportiva tra fine ottocento e inizio novecento ebbe una diffusione mondiale, grazie al fascino che veniva esercitato sulle élites del tempo dagli stili di vita britannici, e tramite l'operato di de Coubertin, che vi si ispirò per organizzare le prime olimpiadi e il CIO, il Comitato Internazionale Olimpico (Bonini, 2006: 1 sgg.).

Peraltro de Coubertin era animato da finalità etiche e universalistiche che riflettevano un *ethos* abbastanza diffuso nelle classi dirigenti occidentali tra la fine dell'ottocento e il primo decennio del novecento, sicché organizzò l'attività olimpica in modo tale da sfuggire all'ingerenza dei singoli Stati nazionali (Porro, 2001: 117).

È proprio al fine di sottolinearne la neutralità e l'indipendenza dagli Stati nazionali che a partire dal 1915 la sede del CIO venne collocata definitivamente in Svizzera, e il Comitato assunse la veste, che conserva tuttora, di associazione privata di diritto svizzero, la quale per significare la propria natura transnazionale si autodefinisce come organizzazione non governativa – il comma 1 dell'art. 19 della Carta olimpica recita: «il CIO è un'organizzazione internazionale non governativa senza scopo di lucro, di durata illimitata, avente la forma di un'associazione con lo status di persona giuridica, riconosciuta dal Consiglio federale svizzero» (Sapienza, 2005: 11 sgg.; Casini, 2010: *passim*).

Analoga a quella del Comitato è pure la natura delle Federazioni sportive internazionali, che tramite una serie di legami associativi da un lato sono sottordinate al CIO, e dall'altro lato sono sovraordinate alle Federazioni nazionali, ossia alle unioni a livello nazionale delle diverse associazioni sportive che praticano la medesima disciplina (Dordi, 2005).

Questo modello venne ripreso anche nel nostro paese, dove l'organizzazione dell'attività sportiva originariamente si articolò in una serie di associazioni a livello locale di esercenti la medesima disciplina sportiva in tutto analoghe ai *club* sportivi britannici, che ben presto diedero vita alle Federazioni sportive nazionali delle diverse discipline, le quali negli anni Dieci del Novecento aderirono a loro volta al CONI, il Comitato Olimpico Nazionale Italiano (Marchetti, 2000: 632 sgg.; Mastrangelo, 1994: 29).

Va sottolineato che sia le associazioni sportive locali, sia le Federazioni nazionali (salve alcune eccezioni), sia il Coni nacquero come associazioni di fatto, ossia quelle che all'epoca venivano definite «associazioni non permesse né vietate», «associazioni non impedita» (Guzzetta, 2003: 23) ecc.

Al tempo mancava infatti qualsivoglia espressa regolamentazione delle formazioni sociali non personificate – fatti salvi episodici, ma non infrequenti interventi repressivi, che in sostanza riprendevano lo spirito della ben nota legge *Le Chapelier* (Arangio Ruiz, 1895; Brunialti, 1899, Miele, 1937) –, talché una gran parte della dottrina si attestava sull'opinione che esse fossero giuridicamente irrilevanti (Guzzetta, 2003: 25 sgg., riprendendo un'affermazione di Romano, 1900: 160; cfr. anche Ridola, 1987: 87 sgg).

A questo risultato giungevano pure gli autori che ritenevano che il diritto di associazione costituisse espressione del generale diritto di libertà individuale, dato che la giuridica irrilevanza delle associazioni in definitiva si accordava perfettamente con la concezione della «libertà liberale», che consisteva essenzialmente nella negazione dello Stato, vale a dire come un *vacuum* caratterizzato dall'assenza di poteri statali (pubblici): come libertà *dallo* Stato» (Baldassarre, 1997: 252).

È ovvio dunque che originariamente pure le regole prodotte da organismi per lo più considerati irrilevanti dal punto di vista del diritto statale, venissero considerate anch'esse giuridicamente irrilevanti.

Negli anni Venti e Trenta del Novecento nel senso dell'irrilevanza del fenomeno andava anche la prima sistemazione delle norme prodotte dalle associazioni sportive, dovuta a Cesarini Sforza.

Questi nel saggio del 1929 *Il diritto dei privati* le aveva prese come esempio della tesi – ovviamente debitrice del pluralismo giuridico di Santi Romano – per cui ciascun gruppo sociale pone un proprio ordinamento giuridico, producendo norme che possono senz'altro non avere alcun rapporto con il diritto statale (Cesarini Sforza, 1929).

E nel 1933 in una nota sul *Foro italiano* dedicata a due sentenze della Cassazione che s'erano occupate di controversie interne rispettivamente dell'Automobil Club d'Italia e del Jockey Club Italiano, aveva criticato la posizione della Suprema Corte che aveva affermato che le sanzioni disciplinari emanate dalle associazioni sportive hanno fondamento contrattuale, affermando che questi atti possono essere spiegati facendo riferimento all'ordinamento proprio di ciascuna comunità organizzata (Cesarini Sforza, 1933).

L'atteggiamento astensionistico dello Stato peraltro favorì l'adesione delle Federazioni e del CONI al sistema sportivo transnazionale che, come s'è detto, fa capo alle Federazioni internazionali e al CIO.

E, dunque, l'adozione di norme tecniche (nell'accezione di cui s'è detto *supra*) e disciplinari (intese a risolvere le controversie tra gli sportivi, e tra questi e gli organismi sportivi) simili se non identiche a quelle applicate dalle associazioni degli altri paesi: ciò che ovviamente era necessario al fine di rendere possibili le competizioni sportive internazionali.

In questo modo si realizzò anche nel nostro paese quella che si potrebbe definire una sorta di globalizzazione delle regole sportive (o di una gran parte di esse) *ante litteram* – ovviamente, con tutte le cautele del caso, perché non si deve dimenticare che anche questa espressione è entrata nell'uso corrente solo negli ultimi anni, e che per lo più essa è stata impiegata per indicare fenomeni diversi da quello in parola: nondimeno, a differenza di quella di *soft law*, la nozione di globalizzazione non è priva di utilità, come vedremo nel § 7.

### *3. I primi interventi di giuridificazione statale del periodo totalitario, in funzione della rilevanza politico-sociale del fenomeno sportivo, ai fini della creazione del consenso; la legge n. 426 del 1942 e la pubblicizzazione del CONI*

Un primo processo di giuridificazione statale (come vedremo, dagli esiti solo parziali), tramite norme emanate dallo Stato, inizia invece solo circa mezzo secolo dopo l'istituzione delle prime associazioni sportive: e, quindi, dopo l'inizio della giuridificazione per il tramite delle norme emanate da queste associazioni, dalle loro federazioni e/o dalle federazioni sovranazionali cui le federazioni italiane aderiscono.

Si potrebbe dire che questa prima forma di giuridificazione statale è una ricaduta di quella che è stata definita l'irruzione delle masse nella storia, perché avviene in considerazione della crescente rilevanza sociale – e politica – del fenomeno sportivo, che con il passare del tempo andava perdendo l'originario carattere elitario e iniziava a coinvolgere le masse popolari.

Gli interventi legislativi nel settore erano dunque eminentemente funzionali della creazione di un consenso di massa a favore delle autorità politiche nazionali.

Sin dall'inizio del novecento il mondo politico aveva infatti avvertito le potenzialità del fenomeno sportivo come mezzo per ottenere il consenso dei sempre più vasti strati della popolazione interessati a vario titolo a tale fenomeno, tant'è che l'istituzione del Comitato Olimpico Nazionale avvenne non solo «con il consenso dei pubblici poteri» (Marani Toro A., Marani Toro I., 1977: 220), ma, anzi, in «uno stretto rapporto con le istituzioni e la storia istituzionale dell'Italia giolittiana», tant'è che la fondazione del Coni risale addirittura a una riunione indetta in un ufficio della Camera dei deputati alla presenza di numerosi parlamentari dello schieramento giolittiano (Bonini, 2006: 61 sgg.).

Ciò posto, era prevedibile che durante il periodo totalitario le organizzazioni sportive non sarebbero andate indenni dalle tendenze corporative.

Anche se durante i primi anni del regime non vi furono interventi legislativi di rilievo, e le cariche sociali degli organismi sportivi restarono elettive, esse vennero per lo più immediatamente occupate da esponenti del partito nazionale fascista.

E già nel 1927 venne promulgato – non da parte dell'assemblea del Comitato, ma da parte del segretario del partito fascista – il nuovo statuto del CONI, ove si prevedeva che il Presidente del CONI medesimo e quelli delle Federazioni sportive venissero nominati dal Capo del Governo, su proposta del segretario del partito nazionale fascista, che nel Consiglio direttivo sedessero rappresentanti del p.n.f. e di altre organizzazioni fasciste, oltre che di alcuni Ministeri, e che a livello locale il p.n.f. potesse esercitare «il controllo politico sui dirigenti delle società sportive», con facoltà di proporre la soppressione di dette società al CONI (Marani Toro A., Marani Toro I., 1977: 22 sgg.).

Ed è sempre in questo periodo che diverse delle Federazioni sportive il cui operato per diverse ragioni veniva ritenuto di maggior rilevanza per l'attività della amministrazione statale (quali l'Aero Club, l'Automobil Club, l'Unione italiana tiro a segno) vennero trasformate in enti morali, oppure in veri e propri enti pubblici.

D'altro canto in questo torno di tempo la diffusione dell'idea della rilevanza pubblicistica dello sport è testimoniata anche dall'emanazione del primo testo normativo sugli impianti sportivi, la legge n.1580 del 1928, che prevedeva che l'approvazione dei progetti dei campi sportivi da parte del Prefetto – sentito (tra l'altro) il CONI – equivale a dichiarazione di pubblica utilità «agli effetti della legge 25 giugno 1865, n. 2359», e che alle espropriazioni si applicano le norme della legge n. 2892 del 1885; e pure dal fatto che il finanziamento pubblico del CONI iniziò a diventare continuativo, mediante la devoluzione al Comitato di una parte dei proventi dell'imposta sugli spettacoli sportivi (Sanino, 2002: 500 sgg.).

La natura delle organizzazioni sportive venne infine modificata radicalmente con la legge di riforma del Comitato olimpico n. 426 del 1942, che attribuiva personalità giuridica al Comitato olimpico, lo poneva «alle dipendenze del



partito nazionale fascista», e gli affidava i compiti de «l'organizzazione ed il potenziamento dello sport nazionale e l'indirizzo di esso verso il perfezionamento atletico, con particolare riguardo al miglioramento fisico e morale della razza» (Fracchia, 1999).

Nella legge n. 426 veniva inoltre confermata l'attribuzione del potere di nomina degli organi direttivi del Comitato e delle Federazioni da parte del Capo del Governo o del segretario del p.n.f. che era già stata prevista nello statuto.

L'art. 3 attribuiva poi al CONI il compito di «coordina(re) e sorveglia(re) l'attività sportiva comunque e da chiunque esercitata», «il potere di sorveglianza e di tutela su tutte le organizzazioni che si dedicano allo sport», e quello di ratificarne «direttamente o a mezzo delle Federazioni sportive nazionali, gli statuti e i regolamenti».

L'art. 5 definiva inoltre le Federazioni sportive come «organi del Comitato olimpico nazionale italiano», prevedeva che esse «stabiliscono, con regolamenti interni, approvati dal presidente del CONI, le norme tecniche e amministrative per il loro funzionamento e le norme sportive per l'esercizio dello sport controllato», e altresì che da esse «dipendono disciplinarmente e tecnicamente» le «società e sezioni sportive» che operano nelle rispettive discipline.

Benché la legge n. 426 non contenesse alcun riferimento espresso in proposito, la nuova configurazione del CONI sin dagli anni Quaranta indusse la giurisprudenza a ritenere che esso fosse stato trasformato in un ente pubblico (Calzone, 1997): ossia ad attribuirgli una qualificazione che sarebbe stata espressamente confermata dalla legge n. 70 del 1975 (Rossi G., 1979).

#### *4. I primi decenni repubblicani: la perdurante vigenza della legge n. 426 del 1942; il 'primato del diritto sportivo' e la parziale battuta d'arresto del processo di giuridificazione statale*

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana la legge del 1942 non venne abrogata, e, anzi, (al pari di numerosi altri testi normativi del periodo totalitario) restò in vigore per lungo tempo, oltre mezzo secolo, sino alla emanazione del d.lgs. n. 242 del 1999.

Tramite il d.lgs. C.P.S. n. 362 del 1947 la legge n. 426 venne però depurata dai riferimenti al partito nazionale fascista, *et similia*, sicché i vertici del CONI e delle Federazioni sportive tornarono a essere elettivi.

Ai nostri fini va segnalato soprattutto che, nonostante la perdurante pubblicizzazione, la dirigenza del CONI riuscì a «sottrarre il Comitato a ogni forma di ingerenza politica o partitica diretta, pur in un quadro di profondo e sostanziale lealismo agli assetti di governo», perseguendo l'obiettivo espresso con la nota formula «lo sport agli sportivi» (Bonini 2006: 147 sgg.; Marani Toro I., 1981).

E ciò, anche se (o forse proprio perché), al contempo, si verificò anche «una massiccia presenza di vertici politici nella diretta gestione di importanti discipline agonistiche, interessati al ritorno di immagine procurato dalla popolarità dello sport-spettacolo che si (andava) affermando» (Bonini, 2006: 156) – secondo una prassi che, come s'è visto più sopra, era stata inaugurata sin da prima dell'avvento del regime fascista, e che neanche oggi sembra destinata alla desuetudine.

Non pare dunque casuale che il CONI per lungo tempo sia riuscito a esercitare un'attività di *lobbying* estremamente incisiva sulle scelte normative statali in materia sportiva – molte delle quali videro anzi lo stesso CONI come primo ispiratore: ed è probabilmente anche per tale ragione che venne garantita la prosecuzione del finanziamento pubblico delle attività sportive per il tramite della devoluzione al Comitato di una quota dei proventi del totocalcio, che era iniziata già nel periodo totalitario.

Il Comitato venne dunque ad assumere la configurazione di ente pubblico associativo che conserva tuttora (al pari, ad esempio, degli ordini e dei collegi professionali: solo che membri del CONI sono non i singoli sportivi, ma le Federazioni sportive), nei cui confronti lo Stato era titolare solo di un potere di vigilanza, anziché di direzione (Rossi G., 1979: 119 sgg.), talmente blando da far sostenere già nei primi anni Cinquanta che «l'organizzazione sportiva italiana, anche posta e considerata sul piano del diritto pubblico, si mantiene libera e con quel carattere di originario autogoverno che l'ha vista sorgere» (Renato, 1953: 22).

Sempre durante la vigenza della legge n. 426, le Federazioni sportive riuscirono a conseguire, o a riacquistare, una posizione di ancor più ampia indipendenza, seppure attraverso un percorso articolato.

Sin dagli anni Cinquanta erano infatti emerse due tesi contrapposte, l'una (per lunghi decenni assolutamente prevalente in giurisprudenza) che delle Federazioni proponeva la qualificazione pubblicistica (Quaranta, 1979; Perez, 1988), e l'altra che invece ne proponeva la qualificazione privatistica (Sandulli, 1989: 1081).

Grazie soprattutto agli interventi della Corte di Cassazione, negli anni Ottanta era infine prevalsa una tesi intermedia, che in buona sostanza recepiva l'opinione secondo cui «l'attribuzione della natura di organo (art. 5 l. 426/42) [...] non assorbe e vanifica le qualificazioni giuridiche precedentemente proprie delle Federazioni» (Cassese, 1979: 119), ossia la loro natura di associazione non riconosciute (fatte salve ovviamente le Federazioni cui interventi normativi puntuali avevano attribuito diversa natura), ma, al contempo, affermava che «alla struttura privatistica vengono affidati compiti di rilievo pubblicistico» (Morbidelli, 1994: 189), destinati a essere esercitati mediante veri e propri provvedimenti amministrativi, sindacabili avanti la giurisdizione amministrativa.

Non a caso quando è stato disposto il 'riordino' del CONI tramite il d.lgs. n. 242 del 1999, attuativo della delega *ex art.* 11 della l. 59 del 1997, la cui entrata in vigore ha comportato l'abrogazione della legge n. 426 del 1942, è stata confermata la natura pubblica del Comitato, mentre alle Federazioni è stata attribuita natura privata, pur prevedendo la 'valenza pubblicistica' di alcune attività delle medesime: e parte della dottrina ha affermato che per questo aspetto la disciplina del 1999 si limita a registrare le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza nell'interpretare le formule della legge del 1942 (Napolitano, 2000: 70; Alvisi, 2000: 24 sgg.).

È questo il contesto in cui si colloca una battuta di arresto della giuridificazione statale.

La convinzione della natura pubblica del CONI, e (di almeno una parte) della attività delle Federazioni, in tempi in cui le tendenze alle privatizzazioni formali e sostanziali delle pubbliche amministrazioni erano ancora di là da venire, avrebbe dovuto logicamente condurre a qualificare le norme emanate da tali organismi come espressione di attività amministrativa, e, quindi, di attività regolamentare.

Per dimostrarlo non è neppure necessario un qualche esercizio di storia virtuale, o controfattuale, perché è sufficiente ricordare che l'impostazione pubblicistica durate gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento talora aveva condotto la giurisprudenza penale persino a configurare l'arbitro delle competizioni sportive come un pubblico ufficiale (Iadecola, 1985).

In sostanza anche per questo tipo di attività normativa si stava verificando quello che la dottrina in genere definisce come un assorbimento, o una integrazione, nell'ordinamento statale (su questo fenomeno in generale v. Bobbio, 1960; Modugno, 1985), per cui le norme emanate da un gruppo sociale entrano a far parte integrante del diritto statale: per intendersi, al pari di quanto è accaduto in un passato abbastanza remoto per il diritto della navigazione, per il diritto commerciale, per il c.d. ordinamento militare, e, dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, anche per le norme interne delle associazioni non riconosciute (che in precedenza erano le associazioni di fatto di cui s'è detto *supra*), di cui la Cassazione ha riconosciuto la natura contrattuale a partire dagli anni sessanta del novecento (Galgano, 1976: 179 sgg.).

Invece nel processo di autonomizzazione del mondo sportivo che si verifica nei primi decenni che seguono l'entrata in vigore della Costituzione la formula de «lo sport agli sportivi» venne attuata da parte del CONI e delle Federazioni anche perseguendo l'obiettivo del 'primato del diritto sportivo' rispetto al diritto statale, ossia l'intento di fare sì che l'attività sportiva fosse regolata, se non esclusivamente, almeno principalmente dalle norme create autonomamente da parte degli organismi sportivi, la cui applicazione doveva spettare agli organi della cosiddetta giustizia sportiva, *id est* a un sistema di autodichia creato sem-

pre dagli organismi sportivi, senza ingerenze da parte delle norme e dei giudici statali (cfr. Luiso, 1979; Ferrara, 2010).

A questo fine venne anche fondata da parte del CONI la *Rivista di diritto sportivo*, ove per decenni vennero pubblicati contributi che accoglievano il postulato del 'primato' della regolamentazione autonoma dello sport (Marani Toro I., 1981: 426; Onesti, 1962).

Il principale argomento impiegato per sostenere l'autonomia (o, meglio, la vera e propria indipendenza) del diritto sportivo (nell'accezione di cui s'è appena detto) consisteva in una peculiare declinazione della sistemazione in termini di pluralismo giuridico del plesso normativo elaborato dagli organismi sportivi che, come s'è visto, era stata proposta già da Cesarini Sforza, e che negli anni Quaranta era stata ripresa da Giannini (Giannini, 1949).

Declinazione peculiare perché le tesi romane sulla pluralità degli ordinamenti (come pure l'applicazione fattane da Cesarini e da Giannini) in realtà sono ben lungi dall'aver una qualche valenza prescrittiva, e, quindi, se intese correttamente, non sono atte a giustificare le pretese di autonomia degli organismi sportivi (Di Nella, 1998; Ferrara, 2007).

Nondimeno questo argomento trovava un terreno fertile nel diffuso convincimento dell'irrilevanza per il diritto statale della più parte degli aspetti della attività sportiva, la quale, come s'è visto, risale almeno all'inizio del Novecento, e, quindi, ha finito per fare presa sulla giurisprudenza civile e amministrativa, e (come vedremo in seguito) persino sul legislatore statale (Manfredi, 2012).

A partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo i giudici statali iniziarono dunque a ragionare secondo le sistemazioni proposte dalla *Rivista di diritto sportivo*, e, quindi, ad assumere un atteggiamento astensionistico nei confronti di diverse tipologie di controversie sportive.

Ciò avvenne in particolare nei confronti delle controversie cosiddette tecniche (inerenti l'applicazione delle norme tecniche sportive, e, pertanto, i risultati delle competizioni), e di una parte di quelle disciplinari (inerenti l'applicazione delle sanzioni disciplinari irrogate dalle Federazioni e dalla giustizia sportiva), ossia delle controversie che riguardano le sanzioni che, per loro entità, non vengono ritenute suscettibili di incidere su valori tutelati dall'ordinamento statale (Manfredi, 2007: *passim*).

Emblematica di questo atteggiamento è in particolare la sentenza n. 4399/1989 delle Sezioni Unite della Cassazione, ove si era esclusa recisamente la giurisdizione del giudice statale sull'applicazione delle regole tecniche che determinano il risultato di una competizione agonistica, assumendo appunto che in materia non sia configurabile nessuna posizione giuridica dei cittadini azionabile avanti alla giustizia statale, trattandosi di questione verso la quale l'ordinamento statale ha un atteggiamento di indifferenza.

In sostanza, in questo modo per i gruppi sportivi si viene a creare una situazione analoga a quella dei gruppi professionali.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione la pubblicizzazione (che per i gruppi sportivi, come s'è visto, è solo parziale) degli enti esponenziali sia dei professionisti sia degli sportivi per molti aspetti si risolve in una condizione di privilegio, e, per quanto qui interessa, consente di mantenere un'amplissima autonomia in ordine alla emanazione delle regole endoassociative – come noto, gli ordini e i collegi professionali sino a poco tempo fa in genere hanno dettato regole deontologiche senza nessuna autorizzazione legislativa (cfr. Rossi G., 1979: *passim*).

*5. La prosecuzione del processo di giuridificazione statale negli ultimi decenni: in particolare, in funzione dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e della crescente rilevanza economica dell'attività sportiva*

La battuta d'arresto del processo di giuridificazione statale è però solo parziale.

A ben vedere essa riguarda solo alcuni degli aspetti dell'attività sportiva regolati dal diritto emanato autonomamente dagli organismi sportivi.

La giuridificazione prosegue invece su altri fronti, secondo diversi filoni normativi, in primo luogo al fine di tutelare l'ordine pubblico – il che peraltro rivela che con il passare del tempo gli organismi sportivi non sempre risultano in grado di governare il mondo sportivo efficacemente come in passato.

Ciò si avverte in primo luogo per quanto riguarda il problema del *doping*, in relazione a cui il sistema delle sanzioni disciplinari sportive si rivela insufficiente almeno sin dagli anni settanta del secolo scorso, dato che il primo intervento normativo statale inteso a sanzionare l'assunzione, da parte degli atleti, di sostanze, che «possono risultare nocive per la loro salute», «al fine di modificare artificialmente le loro energie naturali», si rinviene nell'art. 3 della legge n. 1099 del 1971 – anche se in questa disposizione per questa condotta veniva comminata solo un'ammenda, ossia una sanzione di gravità incomparabile alle pene detentive che ora sono previste dall'art. 9 della legge n. 376 del 2000 (Bonini S., 2014).

Con la legge n. 401 del 1989 vengono poi introdotte sanzioni penali per la frode nelle competizioni sportive, e sanzioni penali e misure amministrative intese a contrastare gli episodi di violenza in occasione delle manifestazioni sportive – sanzioni e misure amministrative che poi sono state meglio articolate, e sensibilmente aggravate, tramite il decreto-legge n. 336 del 2001 convertito nella legge n. 377 del 2001 (Sanino, 2002: 346 sgg.).

Il principale fattore che reca alla giuridificazione statale è però la crescente rilevanza economica dell'attività in parola – è quasi inutile ricordare che ormai il settore sportivo genera un giro d'affari il cui valore si colloca tra uno e due punti percentuali del Pil del paese.

Alla fine degli anni Settanta è la rilevanza economica assunta dall'attività degli atleti, che in determinate discipline ormai si svolge per lo più a livello professionistico, che porta al noto 'decreto Costagliola', ossia al provvedimento del Pretore di Milano del luglio del 1978, che, in base all'assunto che i trasferimenti dei calciatori costituissero violazione delle norme di tutela del lavoro dipendente, «aveva bloccato il mercato estivo dei calciatori inibendo ai rappresentanti delle società calcistiche della Lega professionisti di svolgere trattative e stipulare contratti aventi ad oggetto il trasferimento di calciatori e vietando agli organi della Figc di "ratificare" i contratti stipulati dalle società, dopo che nel corso delle indagini precedenti il decreto erano stati sequestrati i "contratti" già stipulati [...]» (Lener, 1981: 297).

Questo intervento giudiziario induce il Governo («incalzato dalla FIGC e dal CONI», Lener, 1981: 297: e, dunque, in esito alla consueta attività di *lobbying* degli organismi sportivi) a emanare il decreto-legge n. 367 del 1978, convertito nella legge n. 367 del 1978, ove, per consentire l'avvio del campionato di calcio, si affermava che «gli atti relativi all'acquisto ed al trasferimento del titolo sportivo dei giocatori di calcio o degli atleti praticanti altri sports, nonché le assunzioni dei tecnici da parte di società od associazioni sportive, devono intendersi non assoggettati alla disciplina in materia di collocamento».

Ed esso è anche il diretto antecedente della legge n. 91 del 1981, che, come noto, introduce una disciplina particolare sia per il lavoro subordinato dell'atleta professionista, sia per le società sportive (v., in generale, Valori, 2005).

È ancora la rilevanza economica dello sport che in ambito comunitario reca alla nota sentenza *Bosman*, la sentenza 15.12.1995 della Corte di Giustizia (Clarich, 1996).

Questa sentenza si basa sulla considerazione che pure l'attività sportiva svolta in modo professionistico è configurabile come attività economica, e, in quanto tale, è assoggettata al diritto comunitario, e, quindi, al divieto di discriminazioni tra i cittadini degli Stati membri basate sulla cittadinanza, che deriva dal divieto di ostacolare la libera circolazione delle persone e la libera prestazione di servizi: e, dunque, giunge ad affermare la contrarietà ai principi comunitari delle norme che (in attuazione dei regolamenti della Federazione calcistica internazionale e della Federazione calcistica europea) consentivano l'ingaggio di un calciatore professionista di uno Stato membro della Comunità europea da parte di una società calcistica di un altro Stato membro solo ove fosse stata versata una indennità di trasferimento alla società di provenienza, e che permettevano di schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti di altri Stati membri.

Ma in definitiva è sempre all'accresciuta rilevanza economica dello sport che si ricollega l'aumento della litigiosità sull'attribuzione dei risultati delle competizioni sportive.

In particolare, è la rilevanza economica della partecipazione all'una o all'altra serie dei tornei organizzati dalla FIGC che nel 2003 aveva indotto svariate squadre di calcio a contestare avanti i giudici statali i risultati dei campionati che si erano appena conclusi.

Ed è a fronte degli interventi cautelari di alcuni dei giudici che erano stati aditi dalle squadre di calcio che (presumibilmente, grazie alla solita attività di *lobbying* degli organismi sportivi della quale s'è detto in precedenza) veniva emanato il decreto – legge n. 220/2003, convertito nella legge n. 280 del 2003.

Il d.l. n.220 pare recepire i postulati del primato del diritto sportivo, perché nell'art. 1 riconosce «l'autonomia dell'ordinamento sportivo, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale», e, pertanto, afferma che «i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia», ma «salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo»: e, di conseguenza, nell'art. 2 riserva a questo ordinamento «a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» (peraltro per tutelare l'autonomia sportiva nel decreto veniva introdotta anche la c.d. pregiudiziale sportiva, ossia la possibilità di adire il giudice statale solo dopo avere «esauriti i gradi della giustizia sportiva»: v. Colagrande, 2004; Napolitano, 2004; De Paolis, 2005).

Queste previsioni hanno però suscitato diversi dubbi di costituzionalità, dato che parte della dottrina ha segnalato che tali questioni incidono su diritti tutelati dalla nostra Carta fondamentale (cfr., tra gli altri, Ferrara, 2007; Goisis, 2007; Manfredi, 2007; Morzenti Pellegrini, 2007; Paoloantonio, 2007; Massera, 2008; Frosini, 2009).

In ordine alle sanzioni disciplinari sportive la questione è stata esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2011 (su cui sia permesso rinviare a Manfredi, 2011), ove si è ammesso che «la possibilità, o meno, di essere affiliati ad una Federazione sportiva o tesserati presso di essa nonché la possibilità, o meno, di essere ammessi a svolgere attività agonistica disputando le gare ed i campionati organizzati dalle Federazioni sportive facenti capo al CONI [...] non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patri-

moniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale».

Nondimeno la Corte ha ritenuto di poter evitare la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2 del decreto-legge n. 220: in esito a una peculiare operazione di bilanciamento tra autonomia dei gruppi sportivi e diritti dei cittadini, ha dunque ripreso una interpretazione adeguatrice di questa disposizione che era stata proposta dal Consiglio di Stato, e ha affermato che, quando un atto degli organismi sportivi incide su posizioni giuridiche che sono rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, avanti al giudice statale non è ammissibile una tutela costitutiva, ossia una domanda di annullamento dell'atto medesimo, ma solo una tutela risarcitoria, «non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere».

#### *6. Considerazioni di sintesi: l'assorbimento delle norme emanate dagli organismi sportivi nel diritto statale; l'alternativa pubblico/privato*

Giunti a questo punto, si possono svolgere alcune considerazioni di sintesi, in primo luogo sugli assetti odierni della giuridificazione del settore.

Come s'è visto, una prima giuridificazione del settore si è compiuta già circa un secolo fa, mercé le norme, emanate autonomamente dai gruppi sportivi, che sono necessarie per svolgere un'attività sportiva organizzata.

La giuridificazione statale, iniziata negli anni Trenta del Novecento, si è sovrapposta a (e si è intrecciata con) questo plesso normativo, e nel periodo repubblicano ha conosciuto anche battute d'arresto mercé le tattiche poste in essere dai gruppi sportivi per conservare ampi spazi di autonomia (o, meglio, di vera e propria indipendenza) normativa, tant'è che si è interrotto il processo di assorbimento del cosiddetto ordinamento sportivo nell'ordinamento giuridico statale.

Nondimeno, la giuridificazione statale – pur senza conculcare il plesso normativo creato dai gruppi sportivi – è proseguita anche negli ultimi decenni in ordine a svariati aspetti dell'attività sportiva, in considerazione sia dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico, sia della sempre maggiore rilevanza economica di questa attività.

Da ultimo l'autonomia (o indipendenza) del cosiddetto ordinamento sportivo è stata nuovamente messa in crisi quando si è acquisita consapevolezza del fatto che le norme degli organismi sportivi vanno a incidere su diritti tutelati dalla Costituzione.

Il che ha condotto la Corte costituzionale alla soluzione di compromesso tra autonomia dei gruppi sportivi e diritti dei cittadini testé riferita, per cui gli atti – e, dunque, per quanto qui maggiormente interessa, le norme – disciplinari de-



gli organismi sportivi possono considerarsi sì giustiziabili avanti ai Giudici statali, ma solo ed esclusivamente al fine di ottenere una tutela per equivalente anziché una tutela costitutiva.

La soluzione probabilmente è opinabile, per tacer d'altro perché a questa stregua viene sovvertito il rapporto tra principio pluralistico e principio personalistico sancito dall'art. 2 Cost., ove le formazioni non sono tutelate *ex se*, per un qualche valore a esse intrinseco, ma, piuttosto, perché sono funzionali all'attuazione dei diritti inviolabili dell'uomo (Pastori, 1980; Paladin, 1988: 566, Tosato, 1989: 225 sgg.; Rossi E.: 1989, 190 sgg.).

Ma a prescindere da ciò, ai nostri fini interessa evidenziare che alla fin fine la posizione presa dalla Consulta a ben vedere implica un assorbimento, o, meglio, un'integrazione nell'ordinamento statale delle norme disciplinari emanate dagli organismi sportivi, ove esse vengono considerate giustiziabili avanti i giudici statali, anche se solo a fini risarcitori.

Ciò che – detto per ipotesi – potrebbe accadere in futuro pure per le norme tecniche sportive, perché in definitiva anche qui il problema del rapporto tra la tutela del gruppo e la tutela del singolo si atteggia nello stesso modo.

In questa evenienza si verrebbe dunque a creare un assetto analogo a quello che (come ancora una volta s'è detto *supra*) si è sviluppato per le norme interne delle associazioni non riconosciute – che poi sono la matrice partendo dalla quale si sono sviluppate tutta l'organizzazione e tutta la normazione dei gruppi sportivi.

Peraltro quanto s'è appena detto vale anche a spiegare perché non si è impiegata come chiave di lettura della giuridificazione del settore l'alternativa tra pubblico e privato.

Infatti le norme emanate dagli organismi sportivi, ove pretendono di collocarsi in un ambito affatto irrilevante per il diritto statale, non possono considerarsi espressione di autonomia privatistica, che in definitiva «è propriamente eteronomia: essa postula una superiore norma dello Stato, che attribuisce e disciplina il potere dei privati» (Irti, 1992: 99).

Non a caso Cesarini Sforza in proposito parlava di un «diritto dei privati» affatto diverso dal diritto privato, perché completamente sganciato dal diritto statale.

Probabilmente è anche per questa ragione che la natura degli organismi esponenziali dei gruppi sportivi è risultata relativamente indifferente in ordine alla natura della produzione normativa dei gruppi sportivi.

Vero è che dopo la pubblicizzazione del Coni, e quella – parziale – delle Federazioni sportive per qualche tempo è sembrato che le norme emanate da questi organismi potessero qualificarsi come espressione di attività pubblicistica.

Ma, come s'è visto, dopo l'entrata in vigore della Costituzione è prevalsa la tesi per cui dette norme per lo più sono irrilevanti per il diritto statale nonostante la persistente pubblicizzazione di cui si è detto.

Per contro è dopo la privatizzazione (o, a seconda delle opinioni, dopo la conferma espressa della natura privata) delle Federazioni *ex* d.lgs. n. 242 del 1999 che è stato emanato il decreto-legge n. 220, che prevede un'ipotesi residuale di giurisdizione esclusiva sulle controversie sportive tecniche e disciplinari, e si è verificato il (seppur peculiare) fenomeno di assorbimento/integrazione delle norme disciplinari sportive di cui s'è appena detto.

Pare dunque che l'ingombrante presenza delle ricostruzioni pluraliste delle norme sportive abbia per così dire messo sullo sfondo quella dialettica tra pubblico e privato che tanta parte ha avuto e ha tuttora nel dibattito giuspubblicistico.

*7. (segue) Il ruolo del diritto internazionale, del diritto comunitario, del diritto sovranazionale e globale; il ruolo della dottrina e della giurisprudenza*

Quanto al rapporto con le fonti esterne all'ordinamento statale, va detto in primo luogo che qui il diritto internazionale non ha giocato alcun ruolo di rilievo, dato che, come noto, gli organismi sportivi internazionali non sono soggetti di diritto internazionale.

Vero è che di recente sono stati istituiti soggetti per così dire ibridi, che possono rilevare anche nel diritto internazionale: come l'Agenzia mondiale *anti-doping* (Ama, o Wada), che deriva dalla collaborazione tra il Comitato Olimpico Internazionale e diversi Stati nazionali, dato che il suo operato viene garantito dalla convenzione che è stata promossa dall'Unesco nel 2005 (Casini, 2010: 81 sgg.).

Ma è ovvio che si tratta di episodi, e per di più abbastanza recenti, sicché essi sinora non hanno avuto nessuna capacità di incidere sulla giuridificazione del settore: né, allo stato, è dato intendere quale ruolo potranno svolgere in futuro.

Anche il ruolo del diritto comunitario è stato limitato, e anch'esso è abbastanza recente, dato che le istituzioni comunitarie (se si preferisce, europee) hanno preso a interessarsi di sport solo quando è emersa la sua rilevanza economica.

È chiaro però che l'operato di queste istituzioni può essere molto incisivo: come appunto dimostra la sentenza *Bosman*, in esito a cui le norme emanate da una Federazione sportiva internazionale sono state immediatamente superate.

Non può dunque escludersi che in futuro il rilievo economico del settore possa indurre le istituzioni comunitarie a interventi normativi di unificazione di certi aspetti della disciplina vigente negli Stati membri: e, dunque, al superamento di una parte delle norme dettate dagli organismi sportivi.

Determinante invece è stato il ruolo del diritto sovranazionale dello sport, ossia delle norme emanate dal CIO e dalle Federazioni internazionali, perché queste norme vengono prontamente recepite dal CONI e dalle Federazioni nazionali a partire almeno dall'inizio del novecento, e, quindi, hanno contribuito

amplissimamente a quella che abbiamo definito come la prima giuridificazione del settore, che si è svolta al di fuori degli schemi del diritto statale.

A questa forma di diritto pare anzi attagliarsi meglio la definizione di diritto globale, ove con questa nozione si voglia indicare non solo il diritto degli organismi sovranazionali, ma anche quello che si forma spontaneamente al di fuori di sedi comunque collegate agli Stati nazionali, come la nuova *lex mercatoria* che trova applicazione nei mercati mondiali.

Infatti – dall'angolo visuale del diritto statale italiano – anche il diritto degli organismi sportivi, che non afferisce al diritto internazionale (dato che, come detto, il CIO e le Federazioni sportive sono null'altro che soggetti privati di diritto svizzero), non solo non può prevalere sulle norme di fonte statale (*a fortiori* perché, notoriamente, persino le norme del diritto internazionale vero e proprio trovano precisi limiti costituzionali all'ingresso nel nostro ordinamento statale: v. Cartabia, 1995), ma non può neppure avere nessuna diretta efficacia nel contesto dell'ordinamento generale.

La sua vigenza nel nostro paese pertanto è affidata solo ed esclusivamente al suo recepimento e/o alla sua spontanea applicazione da parte degli organismi sportivi nazionali, e alla indifferenza (o al *self-restraint*) del legislatore statale: e, dunque, costituisce in gran parte una vicenda solo fattuale, come appunto accade per una parte del diritto globale (cfr., per una vicenda siffatta, Cavallo Perin, Gagliardi, 2012).

Merita un cenno anche il ruolo svolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'evoluzione dei processi di giuridificazione dei quali si è detto.

La dottrina (in particolare, tramite le opere di Cesarini Sforza, Giannini e Luiso) è stata determinante soprattutto nell'elaborare le tesi pluraliste che sono state riprese (e non di rado fraintese) dalla letteratura (per lo più non accademica) pubblicata sulla *Rivista di diritto sportivo*, e che sono servite per veicolare e diffondere l'idea del primato del diritto sportivo, e dunque per contrastare la direttrice della giuridificazione statale che avrebbe condotto all'assorbimento delle norme degli organismi sportivi nel diritto statale.

Ma pare probabile che da ultimo non siano state prive di seguito neppure le perplessità manifestate da un'ampia parte della dottrina sulla compatibilità della previsione del decreto-legge n. 220 del 2003 con i principi costituzionali.

Va poi detto che per parte sua la giurisprudenza, civile e amministrativa, in diversi casi pare avere funto da stimolo per il legislatore: ad esempio quando negli anni settanta ha segnalato le incongruenze degli assetti del lavoro sportivo rispetto ai generali principi lavoristici, e dunque ha indotto il legislatore a emanare la legge n. 91 del 1981; oppure all'inizio dello scorso decennio, quando ha ritenuto che le controversie sui campionati sportivi rientrassero nella giurisdizione statale, e quindi ha ispirato l'emanazione del decreto – legge n. 220 del 2003.

*Riferimenti bibliografici*

- Alvisi C. 2000 *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il Coni e la regolamentazione dello sport*, Giuffrè, Milano.
- Arangio Ruiz G. 1895, *Associazione (diritto di)*, voce in *Enc. giur. it.*, I, IV<sup>^</sup>, Milano: 862 sgg.
- Bachelet V. 1967, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Baldassarre A. 1997, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Bobbio N. 1960, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Bonini F. 2006, *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Giappichelli, Torino.
- Bonini S. 2014, *Doping*, voce in *Enc. dir. annali*, VII, Milano: 395 sgg.
- Brunialti A. 1893-1899, *Associazione e riunione (diritto di)*, voce in *Dig. it.*, IV, II<sup>^</sup>, Torino: 1 sgg.
- Calzone S.N. 1997, *Il Coni ente pubblico nella legislazione vigente*, in *Riv. dir. sportivo*: 448 sgg.
- Cartabia M. 1995, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- Casini L. 2010, *Il diritto globale dello sport*, Giuffrè, Milano.
- Cassese S. 1979, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del 'Parastato'*, in *Riv. dir. sportivo*: 117 sgg.
- 2010, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna.
- Cavallo Perin R., Gagliardi B., *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le olimpiadi invernali 'Torino 2006'*, in *Dir. amm.*: 189 sgg.
- Cesarini Sforza W. 1929, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*: 43 sgg.
- 1933, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro. it.*, I: 1381 sgg.
- Clarich M. 1996, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. dir. sportivo*: 393 sgg.
- Colagrande R. 2004, *Commento alla l.280/2003*, in *Nuove leggi civ. comm.*: 705 sgg.
- De Paolis S. 2005, *Cartellino rosso per il giudice amministrativo. Il sistema di giustizia sportiva alla luce della l.280 del 2003*, in *Foro amm.-T.A.R.*: 2874 sgg.
- Di Nella L. 1998, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sportivo*: 5 sgg.
- Dordi C. 2005, *Le Federazioni sportive internazionali*, in E. Greppi, M. Vellano (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Giappichelli, Torino: 71 sgg.
- Ferrara L. 2007, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*: 1 sgg.
- 2010, *Giustizia sportiva*, voce in *Enc. dir. Annali*, III, Milano: 491 sgg.
- Fracchia F. 1999, *Sport*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino: 468 sgg.
- Frosini T.E. 2009, *L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli: 235 sgg.
- Galgano F. 1976, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma.

- Giannini M.S. 1949, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*: 10 sgg.
- Goisis F. 2007, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano.
- Guzzetta G., *Il diritto costituzionale di associarsi*, Giuffrè, Milano.
- Iadecola G. 1985, *L'arbitro di calcio nell'autonomia dell'ordinamento sportivo*, in *Giur. merito*: 1256 sgg.
- Irti N. 1992, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Giuffrè, Milano.
- Lener A. 1981, *Premessa*, in *Una legge per lo sport?*, in *Foro it.*, 5: 297 sgg.
- Luiso F. 1975, *La Giustizia sportiva*, Giuffrè, Milano.
- Manfredi G. 2007, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino.
- 2011, *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. Cost.*: 688 sgg.
- 2012, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Dir. amm.*: 299 sgg.
- Marani Toro A., Marani Toro I. 1977, *Gli ordinamenti sportivi*, Giuffrè, Milano.
- Marani Toro I. 1981, *Giulio Onesti ed il diritto sportivo*, in *Riv. dir. sportivo*: 417 sgg.
- Marchetti B. 2000, *Lo sport*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Giuffrè, Milano: 925 sgg.
- Massera A. 2008, *Sport e ordinamenti giuridici: tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale*, in *Dir. pubbl.*: 113 sgg.
- Mastrangelo D. 1994, *L'organizzazione dello sport e l'ordinamento statale*, in D. Mastrangelo (a cura di), *Aspetti giuspubblicistici dello sport*, Cacucci, Bari: 25 sgg.
- Miele G. 1937, *Associazione (diritto di)*, voce in *Nov. dig. it.*, Torino: 1016 sgg.
- Modugno F. 1985, *Legge – Ordinamento giuridico – Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Morbidelli G. 1994, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino: 171 sgg.
- Morzenti Pellegrini R. 2007, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Giuffrè, Milano.
- Napolitano G. 2000, *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n.242, di 'riordino' del Coni*, in *Riv. dir. sportivo*: 617 sgg.
- 2004, *Caratteri e prospettive dell'arbitrato amministrato sportivo*, in *Giorn. dir. amm.*: 1153 sgg.
- Onesti G. 1962, *Universalità dello sport e del diritto sportivo*, in *Riv. dir. sportivo*: 124 sgg.
- Paladin L. 1988., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova.
- Paoloantonio N. 2007, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici*, in *FA-TAR*: 1152 sgg.

- Pastori G. 1980, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano: 93.
- Perez R. 1988, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Giuffrè, Milano: 509 sgg.
- Porro N. 2001, *Lineamenti di sociologia dello sport*, Carocci, Roma.
- Quaranta A. 1979, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sportivo*: 36 sgg.
- Renato G. 1953, *Lo sport nel diritto pubblico e nel diritto di polizia*, Giuffrè, Milano.
- Ridola P. 1987, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano.
- Romano S. 1900, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società editrice libraria, Milano: 113 sgg.
- Rossi E. 1989, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova.
- Rossi G. 1979, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Jovene, Napoli.
- Sandulli A.M. 1989, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli.
- Sanino M. 2002, *Manuale di diritto sportivo*, Cedam, Padova.
- Sapienza R. 2005, *Il Comitato internazionale Olimpico*, in E. Greppi, M. Vellano (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Giappichelli, Torino: 11 sgg.
- Stacca S. 2010, *La posizione dell'arbitro di calcio alla luce della controversa questione degli ambiti riservati alla giustizia sportiva*, in *FA-CDS*: 414 sgg.
- Tosato E. 1989, *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano: 225 sgg.
- Valori G. 2005, *Il diritto nello sport. Principi, soggetti, organizzazione*, Giappichelli, Torino.

# IL PROCESSO DI ‘GIURIDIFICAZIONE’ DELLA PROTEZIONE DEGLI ANIMALI DALL’UNITÀ AD OGGI

*Giovanni Martini*

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. La prima ‘giuridificazione’ della protezione degli animali. 2.1 Le origini della disciplina. 2.2 La legislazione. 3. L’evoluzione della disciplina nazionale in materia di protezione animale: a) fino alla Costituzione del 1948. 3.1 La legislazione. 3.2 La giurisprudenza. 3.3 Le ragioni. 4. (*segue*) b) Dalla Costituzione all’oggi. 4.1 La disciplina costituzionale. 4.2 La legislazione nazionale. 4.3 La legislazione regionale. 4.4 La disciplina sovranazionale: la protezione degli animali nei trattati internazionali. 4.5 La normazione europea. 5. La giurisprudenza nazionale. 6. La giurisprudenza europea. 7. Le ragioni: la (difficile) configurazione della soggettività animale. 8. Brevi osservazioni conclusive.

## *1. Premessa*

Con il presente contributo ci si propone di ricostruire il fenomeno della ‘giuridificazione’ della protezione degli animali.

A tal fine si procederà dapprima a ricostruire il dato normativo (nazionale e sovranazionale), ripercorrendone cronologicamente l’evoluzione, al fine di mettere in evidenza, a dir così, l’*an* e il *quomodo* del passaggio dalla ‘considerazione’ giuridica degli animali (come meri oggetti della disciplina legale) alla loro ‘protezione’, e, successivamente si proverà a ripercorrere il ruolo avuto dalla giurisprudenza (nazionale ed europea), onde verificare una eventuale origine pretoria di ‘diritti animali’.

Infine, all’esito dell’indagine, si cercherà di chiarire se sia configurabile una ‘soggettività animale’, e dunque se sia giuridicamente corretto parlare di interessi animali meritevoli di protezione giuridica nella forma del diritto soggettivo.

## *2. La prima ‘giuridificazione’ della protezione degli animali*

### *2.1 Le origini della disciplina*

Come accennato in premessa, gli animali, per la loro strumentalità ad interessi umani, sono da tempo immemore oggetto di disciplina da parte del diritto.

Secondo quanto è dato ricavare dalle Istituzioni di Gaio, gli animali, equiparati alle cose, venivano ricompresi sia nelle *res Mancipi*, in quanto «Mancipi sunt velut fundus in Italico solo [...], item servi et ea animalia quae collo dor-

sove domantur, velut boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum» (2.14a), sia anche nelle *res nullius* e come tali suscettibili di occupazione. Chiarisce ancora Gaio: «naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur. Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit, statim nostrum fit» (2.66-67).

La disciplina giuridica degli animali, ed in modo particolare l'affermarsi di norme volte a proteggerne gli 'interessi', *uti singuli* piuttosto che come *genus* o specie determinata, ha dunque finito per scontare questo 'difetto d'origine', costituito dalla influenza dell'antico retaggio romanistico volto a distinguere le *res*, nel cui novero venivano ricompresi anche gli animali, dalle *personae*, solo queste ultime riconosciute come possibili titolari di interessi e dunque di situazioni soggettive e rapporti giuridici.

Questa impostazione, presupponendo una costruzione 'antropocentrica' dell'ordinamento giuridico, ha finito, anche nel diritto moderno, per relegare gli animali ad oggetto (più che a soggetto) di diritti, favorendo la nascita (ed il consolidarsi) di una disciplina legale volta a disciplinare il solo rapporto (unilaterale) uomo-animali, e più precisamente il 'catalogo' dei doveri (e diritti) riconosciuti ai primi nei confronti di questi ultimi.

## 2.2 La legislazione

Quanto si è sin qui solo accennato è testimoniato dal fatto che il primo Codice civile dell'Italia unita (del 1865), conosciuto anche come 'Codice Pisanelli', all'art. 413, qualificava come beni immobili gli animali «addetti alla coltura», e come beni mobili «gli animali che il proprietario consegna a socio o soccida ad altri fuorché all'affittuario o al mezzaiuolo».

L'unica disciplina che, al momento dell'unificazione del Paese, sia pur in via indiretta, si poneva come protettiva nei confronti degli animali era costituita dall'art. 685, n. 7, del Codice penale sardo-italiano che, con apposita contravvenzione concernente la tutela dell'ordine pubblico, puniva la condotta di «coloro che, in luoghi pubblici, incrudeliscono contro animali domestici».

Si trattava, come evidente, di una disciplina assolutamente minimale dettata a protezione dell'ordine pubblico (al più della morale comune), nella convinzione che *saevitia in bruta est tirocinium crudelitatis in homines*, e non di un 'interesse dell'animale', ed in ogni caso assolutamente inidonea a fornire protezione contro crudeltà e sevizie inflitte in luogo non pubblico o nei confronti di animali non domestici.

Le prime disposizioni espressamente dettate a tutela degli animali si potevano rinvenire nella l. 12/6/1913, n. 611, che ha rappresentato la prima disciplina organica avente tale precipuo scopo.



La legge in parola, dopo aver sancito la generale proibizione di «atti crudeli su animali», si occupava di regolare il fenomeno dell'associazionismo privato, fissando i presupposti per il riconoscimento della personalità giuridica alle «Società protettrici degli animali» (così definite all'art. 2), nonché la condizione giuridica della guardie nominate dalle Società in parola, che, per espressa previsione ed alle condizioni ivi previste, venivano riconosciute «come agenti di pubblica sicurezza» (così stabiliva l'art. 7).

Il *vulnus* di questa disciplina discendeva dal fatto che alla affermazione, a mo' di principio generale, del dovere di astenersi da ogni crudeltà nei confronti degli animali, non veniva apprestato un adeguato sistema sanzionatorio in grado di garantirne l'effettivo il rispetto.

Il legislatore, per l'ipotesi violazione della legge, restava ancorato al dato normativo costituito dall'art. 491 del 'Codice Zanardelli', che, sotto la rubrica «Dei maltrattamenti di animali», puniva la condotta di «Chiunque incrudelisce verso animali o, senza necessità, li maltratta, ovvero li costringe a fatiche manifestamente eccessive».

Sebbene quest'ultima norma rappresentasse un sicuro passo avanti rispetto all'art. 685 del Codice penale sardo-italiano, avendo eliminato nella descrizione della fattispecie incriminatrice ogni riferimento ai 'luoghi pubblici' ed 'agli animali domestici', nondimeno la sua collocazione nel Titolo III dedicato alle «contravvenzioni concernenti la pubblica moralità» finiva per limitarne comunque la portata applicativa, in quanto per l'integrazione del reato (contravvenzionale) non bastava l'aver incrudelito nei confronti di animali se da ciò non derivava un (invero non agevolmente dimostrabile) pregiudizio per la pubblica moralità.

### 2.3 *Le ragioni*

Le ragioni che spinsero il legislatore ad introdurre, per la prima volta, regole protettive a tutela del benessere animale, ben può dirsi, il portato di una nuova cultura, che si andava prepotentemente affermando nell'ambito della collettività nazionale, volta a propugnare la necessità di diffondere «il senso di rispetto e di comprensione verso gli animali» (Canziani, 1997: 141).

Questo nuovo sentimento di sensibilità per la sofferenza animale, invero già affermatosi in altre nazioni – ed in modo particolare in Gran Bretagna –, aveva inizialmente trovato il proprio sbocco naturale nell'associazionismo privato, portando alla nascita di numerose associazioni e comitati che, su base eminentemente locale, si ponevano come scopo sociale la protezione e la diffusione della cultura del rispetto nei confronti gli animali.

Prima fra queste fu la 'Regia società torinese protettrice degli animali', fondata nel 1871 per volontà di Giuseppe Garibaldi ed avente per sco-

po statutario la protezione degli animali «come mezzo di educazione morale e di miti costumi», poi riconosciuta di pubblica utilità ed elevata ad Ente Morale nel 1889.

Ancora una volta l'obiettivo era la protezione degli animali come strumento di promozione dei 'buoni costumi', nella perdurante convinzione che chi in crudelisce nei confronti degli animali sarà più propenso ad usare la violenza anche nei confronti dell'uomo.

Lo statuto della Società fu, tuttavia, successivamente modificato con r.d. del 5/2/1913, n. 184; la modifica si segnala in quanto, distaccandosi dalla precedente impostazione di fondo, veniva posto come scopo sociale precipuo «la protezione degli animali mediante la difesa loro dalle crudeltà, dall'insufficienza di nutrizione, e da qualunque forma di sevizie o maltrattamento» (art. 2, lett. d).

La genesi della prima disciplina in materia di protezione degli animali disvela, dunque, per un verso, la volontà legislativa di disciplinare una istanza frutto di un dilagante movimento culturale volto a propugnare la necessità di porre limiti a forme crudeli di sfruttamento animale, e, per altro verso, la incapacità (o forse l'assenza di volontà) del legislatore di separare, come si evince dal sistema delle sanzioni, la disciplina della protezione degli animali da valori squisitamente umani come la sicurezza e la morale pubblica.

Ma ciò, con ogni probabilità, non può che essere il frutto, come in seguito si proverà a chiarire, della molteplicità di interessi che interagivano con quello alla protezione degli animali (primi fra tutti gli interessi della produzione connessi al loro sfruttamento economico), nonché della difficoltà, oggetto tuttora di accesi dibattiti, di riconoscere l'animale, *sigulatim*, come centro di imputazione di interessi e quindi di diritti.

### *3. L'evoluzione della disciplina nazionale in materia di protezione animale: a) fino alla Costituzione del 1948*

#### *3.1 La legislazione*

Nessun significativo passo avanti nella direzione tutela degli animali compie il nuovo Codice civile (tuttora vigente), rispetto al precedente 'Codice Pisanelli'.

La legislazione civilistica, in ossequio alla tradizione romanistica, continua ad equiparare gli animali alle 'cose' possibili oggetto di apprensione. Basta qui velocemente richiamare gli artt. da 923 a 926 c.c., che includono gli animali tra le cose oggetto di occupazione, od anche l'art. 820 c.c., che ricomprende tra i frutti naturali i «parti degli animali».

Le medesime osservazioni possono svolgersi anche con riguardo alla legislazione penale, l'art. 727 'Codice penale Rocco' (anche questo tuttora vigente) si limi-

ta a riformulare la fattispecie di cui al precedente art. 491 del Codice Zanardelli, confinandola tra le «contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi».

Diverso si presenta il quadro laddove si passi ad esaminare la disciplina posta nella legislazione speciale.

Eminentemente volta alla protezione degli animali era la l. n. 612 del 1938, istitutiva dell'Ente nazionale fascista per la protezione degli animali, avente come scopo istituzionale quello di «provvedere alla protezione degli animali e di concorrere alla difesa del patrimonio zootecnico, curando l'osservanza di tutte le disposizioni di legge e di regolamento riflettenti tale materia» (art. 2, lett. a).

L'Ente nazionale per la protezione degli animali, al pari delle 'Società protettrici degli animali' previste dalla precedente l. n. 611/1931, veniva eretto ad Ente morale e dunque non dotato di personalità giuridica di diritto pubblico (art. 1).

Inoltre, proprio al fine di evitare sovrapposizioni tra l'attività delle 'Società protettrici degli animali' e quella dell'Ente di protezione (entrambe almeno formalmente private), l'art. 3 della l. n. 611/1931 stabiliva che «Le Associazioni per la protezione degli animali, giuridicamente riconosciute alla data di pubblicazione della presente legge, sono sciolte di diritto», aggiungendo, tuttavia, che le stesse «potranno essere ricostituite come organi provinciali ed, eventualmente, comunali dell'Ente [...] conservando il patrimonio di loro proprietà» (art. 3).

Successivamente a questo, pur fondamentale, intervento normativo, norme dettate a protezione degli animali si riscontrano nell'ambito di provvedimenti normativi aventi tutt'altra finalità, ciò a dimostrare il fatto che, nella logica del legislatore, non necessariamente vi è (completa) incompatibilità tra le ragioni della tutela e quelle dello sfruttamento animale.

Si segnala in tal senso la l. n. 924 del 12/6/1931, avente ad oggetto la disciplina della vivisezione animale a fini didattici e scientifici.

La legge in parola, prima modificata con l. n. 615 del 1/5/1941 e poi abrogata dal d.lgs. n. 26 del 4/3/2014 (attuativo della direttiva 2010/63/UE), sanciva il divieto di eseguire esperimenti sugli animali vertebrati a sangue caldo se non quando «abbiano lo scopo di promuovere il progresso della biologia e della medicina sperimentale e si eseguano negli istituti e laboratori scientifici del regno» (art. 1, co. 1). Parimenti venivano vietati gli esperimenti a scopo didattico se non «in casi di inderogabile necessità, quando cioè, non sia possibile ricorrere ad altri sistemi dimostrativi» (art. 1, co. 3).

Anche quest'ultima legge presentava qualche criticità.

Le norme limitative dello sfruttamento a fini scientifici e didattici venivano dettate a tutela solamente degli animali vertebrati a sangue caldo, che il legislatore, seppur tra parentesi, precisava trattarsi di mammiferi ed uccelli, di modo che appariva lecito domandarsi quale fosse la *ratio* della esclusione dall'ambito applicativo della legge di tutti gli altri animali (invertebrati e vertebrati a san-

gue freddo). Si trattava di una scelta dovuta al fatto che questi ultimi, a differenza degli dei primi, erano ritenuti non in grado di patire sofferenze, invece, era differente il 'sentimento' (se si preferisce la relazione) dell'uomo nei confronti di questi altri animali?

Questa circostanza appariva tanto più evidente in considerazione del trattamento di particolare favore che questa legge riservava agli animali d'affezione (cani e gatti), prevedendo che «la vivisezione sui cani e sui gatti è normalmente vietata, salvo che essa sia ritenuta indispensabile per esperimenti di ricerca scientifica e non sia assolutamente possibile avvalersi di animali di altra specie» (art. 1, co. 4).

Una ulteriore lacuna poteva, infine, rinvenirsi con riguardo al sistema dei controlli ed alle sanzioni, eccessivamente blandi, anche a fronte della facoltà, rimessa ai singoli ricercatori, di derogare al dettato normativo. Ben può dirsi, dunque, che la corretta applicazione della legge restava rimessa alla sensibilità e buona fede di questi ultimi.

Ispirato ad una finalità prettamente 'ecologista' è, invece, il r.d. 8/10/1931, n. 1604 (*Approvazione del testo unico delle leggi sulla pesca*), il cui art. 6, tuttora in vigore, proibisce «la pesca con la dinamite e con altre materie esplodenti, nonché con l'uso della corrente elettrica come mezzo diretto di uccisione e di stordimento» (co. 1), lasciando, tuttavia, all'amministrazione la facoltà «di concedere autorizzazioni per la pesca con apparecchi a generatore autonomo di energia elettrica aventi caratteristiche tali da garantire la conservazione del patrimonio ittico» (co. 2).

Nello stesso senso è pure il r.d. 5/6/1939, n. 1016 (*Testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia*, parzialmente modificato dalla l. 2/8/1967, n. 799 e dalla l. 28/1/1970, n. 17), che detta disposizioni di tutela nei confronti di alcune specie animali al fine di prevenire l'impoverimento della fauna selvatica e con esso il deterioramento dell'ecosistema di cui anche l'essere umano è parte.

La finalità ecologista, com'è stato osservato, finisce col rendere queste disposizioni normative «meno attente all'aspetto della tutela degli interessi degli animali, appunto perché li considerano piuttosto come specie che come singoli individui, sicché, e non soltanto in linea astratta, potrebbe giustificarsi, in quest'ottica, la soppressione o la sofferenza di singoli individui in nome di "più ampie" finalità di tutela dell'ambiente» (Pocar, 1994: 220).

D'altronde, che questo timore non sia affatto peregrino ne è prova il richiamato r.d. del 1939 che, per un verso, sancisce il divieto assoluto di cattura e/o uccisione di alcune specie protette (art. 38), e, per altro verso, autorizza l'utilizzo «per i tiri a volo dei colombi, dei passerii e degli storni», e ciò anche in tempo di divieto di caccia «purché sia documentata la legittimità della cattura» (art. 33, co. 3).

### 3.2 *La giurisprudenza*

Nell'ambito del descritto quadro normativo assolutamente marginale è stato il ruolo della giurisprudenza, quest'ultima, infatti, mostrando poca propensione ad interpretazioni pretorie nella direzione della protezione degli animali, manifestava scarsa sensibilità nei confronti delle istanze animaliste provenienti dalla società.

Salda presso il giudice civile – d'altronde appariva difficile poter anche solo interpretare evolutivamente la univoca disciplina codicistica – era l'equiparazione degli animali alle *res*, così, ad esempio, in tema di azione redibitoria, il Giudice affermava che «quando l'animale o la pianta, oggetto della vendita sia affetta da malattia latente o letale in seguito alla quale sia poi perita [...] al compratore non spetta l'azione di nullità, ma quella redibitoria»<sup>1</sup>.

Anche il giudice penale si mostrava assai poco sensibile alla problematica della tutela animale.

In una prima decisione la Cassazione, interpretando restrittivamente l'art. 727 c.p., affermava che «lo spiumamento di oche vive a scopo industriale, secondo l'antica consuetudine di una regione, non costituisce il reato di maltrattamento di animali, quando il fatto non sia commesso con crudeltà o tortura non necessaria»<sup>2</sup>.

Viene da domandarsi se la possibilità di utilizzo di un metodo differente e più indolore non dovesse prevalere sulla 'antica consuetudine di una regione', in modo tale da considerare crudele (e dunque violativo del precetto penale) il trattamento riservato all'animale.

In una successiva decisione la Cassazione, seguendo la medesima linea, dichiarava «illegittima la costituzione di parte civile di una società zoofila in procedimento per reato di maltrattamento di animali. [In quanto] Nessun danno, anche solo patrimoniale, può infatti derivare alla società dal reato stesso»<sup>3</sup>.

### 3.3 *Le ragioni*

Si è già avuto modo di chiarire che la disciplina legale protettiva degli animali ha finito con l'essere influenzata, oltre che dal retaggio romanistico ispirato alla parificazione di questi ultimi alle *res*, anche del fatto che ogni disciplina avente una siffatta finalità rischiava (e rischia) di porsi in insanabile conflitto con opposti interessi, di natura principalmente economica, volti ad ottenere il massimo sfruttamento possibile dell'animale e delle sue energie.

Conseguenza di ciò è stata una produzione normativa, disorganica, profondamente frammentaria e costantemente in ritardo rispetto alle istanze provenienti dalla società.

L'esame, in modo particolare, della legislazione speciale, ha consentito di distinguere interventi ispirati ad una logica prettamente 'animalistica', volta ad apprestare una tutela diretta al 'benessere animale', da quelli aventi, invece, una finalità (e quindi un oggetto principale), a dir così, di tipo 'utilitaristico', nell'ambito dei quali la norma (o le norme) a carattere protettivo si trovano a convivere con disposizioni volte a disciplinare forme più o meno intense di sfruttamento animale.

Non di rado accade, infatti, in virtù del particolare interesse che l'uomo ha nei confronti di determinate specie animali, per l'utilità che da esse riesce a trarre, che la loro protezione (o particolari forme di protezione) si traduce in un vantaggio diretto per l'interesse umano direttamente 'considerato' dal più ampio intervento normativo.

#### *4. (segue) b) Dalla Costituzione all'oggi*

##### *4.1 La disciplina costituzionale*

Nella Carta costituzionale manca una norma volta a sancire, come principio generale (in grado di orientare le scelte del legislatore ordinario), la protezione degli animali. Nondimeno, sulla base della facile osservazione che la protezione degli animali è pur sempre funzionale a garantire l'equilibrio degli ecosistemi di cui anche l'uomo è parte, un appiglio può rinvenirsi nell'art. 117, co. 2, lett. s), secondo cui spetta alla potestà esclusiva dello Stato la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

Allo stesso modo, un altro ambito competenziale a poter rilevare è quello concorrente (Stato-regioni) in materia di ricerca scientifica, cui devono ad esempio ricondursi le leggi in materia di vivisezione e ricerca sugli animali<sup>4</sup>.

Si tratta in ogni caso della individuazione di ambiti competenziali nell'esercizio dei quali la 'considerazione' degli animali è funzionale alla tutela di interessi eminentemente umani. Conseguentemente, la protezione (legislativa) di 'interessi animali' resta rimessa alla volontà legislatore all'esito di un bilanciamento di valori frutto della contingente dialettica parlamentare non orientata da un principio supremo di rango costituzionale.

##### *4.2 La legislazione nazionale*

Merita di essere da subito richiamata, in quanto avente come scopo precipuo la protezione degli animali, la disciplina di cui alla l. 19/5/1954, n. 303 che, abrogando le disposizioni della l. n. 612/1938 con essa incompatibili (art. 9), andava a rideterminare le funzioni dell'Ente nazionale per la protezione degli animali.

A seguito di questa legge, le funzioni dell'Ente venivano a consistere, in buona sostanza, nella vigilanza sull'osservanza di leggi e regolamenti dettate a protezione degli animali, nella promozione dei principi di sana zoofilia, nella collaborazione con le autorità centrali e locali nella soluzione di problematiche attinenti alla protezione degli animali, nonché, infine, nella istituzione di locali per l'assistenza ed il ricovero di (soli) animali domestici (art. 1).

L'Ente veniva, inoltre, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico (in precedenza era configurato solo come ente morale), a conferma della volontà del legislatore di inserire la protezione degli animali tra i compiti pubblici, nonché di autonomia statutaria (artt. 1 e 4).

Tuttavia, ad opera del d.p.r. 31/3/1979, l'Ente in parola subiva una nuova trasformazione, perdeva la personalità giuridica di diritto pubblico continuando ad esistere come ente morale (art. 1) per il perseguimento dei soli fini statutari «relativi alla divulgazione, promozione e collaborazione nel campo della protezione degli animali» (art. 2).

Nonostante ciò, la protezione degli animali restava un compito pubblico, in quanto l'art. 3 prevedeva, ai sensi degli artt. 27, co. 1, lett. a) e 18 del d.p.r. n. 616/1977, l'attribuzione ai comuni ed alle comunità montane delle funzioni «di vigilanza sulla osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e locali, relativi alla protezione degli animali ed alla difesa del patrimonio zootecnico».

Pur tralasciando i dubbi avanzati in dottrina circa l'interesse esclusivamente locale della funzione di protezione degli animali, restava il fatto che la sostituzione di un soggetto a 'fini specialistici', quale era l'Ente (pubblico) per la protezione degli animali, con uno a 'fini generali', quale è il comune, segnava comunque un passo indietro sul piano della effettività della protezione degli animali.

Norme a protezione del benessere animale si rinvennero anche nell'ambito della disciplina sul trasporto di animali da destinare alla macellazione, in tal senso l'art. 7 del d.m. (sanità) 21/12/1976 (*Norme sanitarie in materia di importazione di animali vivi*) prevede che: «gli animali da macello importati da qualsiasi provenienza devono essere [...] abbattuti al più presto e comunque non oltre settantadue ore dal loro arrivo: soltanto in caso di animali stressati il direttore del macello potrà differire la macellazione di qualche giorno».

Anche se lo scopo della norma è quella di facilitare le operazioni di macellazione, questa finalità viene perseguita garantendo una situazione di benessere (assenza di stress) agli animali da avviare a macellazione.

Un successivo intervento ispirato ad esigenze di protezione animale si rinviene ad opera della l. n. 281/1991 «in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo».

La legge in parola si segnala in quanto, dopo aver stabilito una generica condanna da parte dello Stato – ma non un espresso divieto assistito da una speci-

fica sanzione – degli atti di crudeltà nei confronti degli animali (art. 1), vieta la soppressione e la destinazione alla sperimentazione dei cani catturati o ricoverati presso canili comunali.

Stabilisce, inoltre, che i gatti randagi, una volta sterilizzati dall'autorità sanitaria debbono essere «riammessi nel loro gruppo» (art. 2, co. 8).

Quest'ultima disposizione, com'è stato osservato, sembrerebbe aver sancito «il riconoscimento di un diritto, quello alla “vita in libertà”, sicché [...] la legislazione italiana ha abolito il concetto di “gatto randagio”, sostituendolo con quello di “animale libero”» (Pocar, 1994: 226).

Va fatto, tuttavia, notare, pur senza voler negare il passo in avanti fatto dal legislatore nella direzione della protezione degli animali, per un verso, la limitatezza dell'intervento normativo, che esclude dal proprio ambito applicativo gli altri animali di affezione e, per altro verso, la mancanza di un valido apparato sanzionatorio che possa servire a reprimere condotte violative della legge.

Nulla è, ad esempio, previsto nell'ipotesi di sottoposizione a sperimentazione dei cani ricoverati in pubblici canili, né tantomeno nell'ipotesi di mancata liberazione dei gatti sottoposti a sterilizzazione, condotte queste che allo stato verrebbero punite solo laddove rientranti nell'ambito di applicazione del nuovo Titolo IX del Codice penale (circostanza, invero, di non facile verifica).

Ispirata a finalità di natura ecologista è, invece, la l. 11/2/1992, n. 157 (recante *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*), che sostituisce, con minime modifiche, la precedente l. 27/1/1977, n. 968 (recante *Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia*).

Viene sancito il divieto «in tutto il territorio nazionale [di] ogni forma di uccellazione e di cattura di uccelli e di mammiferi selvatici, nonché il prelievo di uova, nidi e piccoli nati», ma, allo stesso tempo, si consente «l'allenamento e le gare di cani anche su fauna selvatica o con l'abbattimento di fauna di allevamento appartenente a specie cacciabili, la cui gestione può essere affidata ad associazioni venatorie e cinofile ovvero ad imprenditori agricoli singoli o associati» (art. 10, co. 8, lett. e).

Non brilla certo per coerenza, l'evoluzione della disciplina penalistica, cui il legislatore ha finito per rimettere, per la maggior parte, la tutela sanzionatoria delle forme più gravi di aggressione al benessere animale.

Alla originaria disciplina di cui all'art. 727 del Codice penale, che scontava, a dir così, un difetto di origine, dato dal fatto che la fattispecie ivi prevista era configurata come contravvenzione concernente «la polizia dei costumi» – con tutto ciò che ne derivava in tema di individuazione del bene giuridico protetto dalla norma –, sono seguite due successive riforme, la prima ad opera della l. 22/11/1993, n. 473, e la seconda ad opera della l. 20/7/2004, n. 189.



La prima novella (del 1993), nel riformulare la fattispecie dell'art. 727 c.p., non mutava la sua collocazione nell'impianto del codice penale, che rimaneva tra le «contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi», ciò consentendo di continuare ad interpretare la norma in parola come volta a tutelare «il sentimento di pietà che l'uomo prova verso gli animali e che condotte comportanti ingiustificate sofferenze agli stessi possono turbare» (Cosseddu, 1993: 528).

Il riferimento al turbamento umano che consegue alla sofferenza animale consentiva di ritenere escluso il reato quando detto turbamento non si verificava, ciò che ad esempio accadeva a fronte di aggressioni (anche particolarmente crudeli) ai danni animali la cui pena normalmente non turbava l'animo umano.

Un non troppo significativo passo avanti nella protezione degli animali viene compiuto dall'ultima novella, disposta dalla l. 20/7/2004, n. 189, che, all'interno del Codice penale, ha introdotto il Titolo IX *bis* riguardante i «delitti contro il sentimento degli animali».

La maggiore novità della novella legislativa è nella trasformazione del reato di maltrattamento di animali da illecito contravvenzionale in delitto (art. 544 *ter*). Vengono, inoltre, autonomamente incriminate come delitti le condotte di uccisione di animali (art. 544 *bis*), di organizzazione di spettacoli che comportano sevizie o strazio di animali (art. 544 *quater*), l'organizzazione di combattimenti fra animali.

Tuttavia, com'è evidente, la scelta del legislatore di proteggere non gli animali, bensì il 'sentimento degli animali' tutt'ora rischia di orientare l'interprete «non tanto verso la tutela degli animali in quanto tali, bensì – ancor oggi – verso la tutela dell'umano sentimento di pietà e della ripugnanza che gli atti di maltrattamento sugli animali possono destare sulla comunità» (Natalini, 2009: 13).

Così identificato il bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici, diventa indispensabile ragionare sulla 'nozione penalistica' di animale, da intendersi anche alla luce di questo nuovo dato non come comprensiva di ogni essere vivente (non umano) bensì solo di quelle specie verso le quali possa riscontrarsi un rapporto con l'uomo socialmente apprezzabile.

Si capisce allora come il passo in avanti rispetto alla precedente riforma del 1993 sia davvero piccolo, e lo è ancor di più se si considera che l'art. 3 della legge, nell'aggiungere l'art. 19 *ter* alle disposizioni transitorie del codice penale, esclude l'applicazione della nuova disciplina «ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. [nonché] alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente».

In tal modo il legislatore ha finito per ridimensionare l'ambito applicativo delle nuove norme, destinate ad applicarsi solo in assenza di specifiche normative di settore o di consuetudini storiche e culturali.

### 4.3 *La legislazione regionale*

La produzione normativa regionale si presenta più sensibile, rispetto a quella statale, nei confronti delle problematiche connesse alla protezione degli animali.

Non potendosi in questa sede riferire di tutta la copiosa produzione legislativa regionale – ad alcune di queste leggi si farà comunque cenno nel paragrafo dedicato all'approfondimento della giurisprudenza nazionale –, sembra necessario, in questa sede, mettere bene in luce come alcune regioni non si siano fatte sfuggire l'occasione costituita dalla c.d. 'seconda stagione statutaria' per introdurre nei nuovi statuti principi riguardanti la protezione degli animali.

Espliciti nel senso di accogliere la protezione degli animali quale principio ispiratore della azione regionale sono gli statuti del Piemonte, che riconosce «il rispetto dei diritti degli animali» (art. 6, co. 2), della Toscana, che promuove la «cultura del rispetto per gli animali» (art. 4, co. 1, lett. l), delle Marche, che promuove il rispetto degli animali «affermando il principio di una loro corretta convivenza con gli esseri umani» (art. 5, co. 2), del Lazio, dell'Abruzzo e della Campania, che, promuovono la salvaguardia «dei diritti degli animali previsti dalle convenzioni internazionali e dalla normativa comunitaria» (art. 9, co. 1, degli Statuti del Lazio e dell'Abruzzo e art. 8, co. 1, lett. s, dello Statuto della Campania), ed, infine, della Calabria, che prevede il «rispetto ed il riconoscimento dei diritti degli animali [...] per l'affermazione del principio di una corretta convivenza con l'uomo»<sup>5</sup>.

### 4.4 *La disciplina sovranazionale: la protezione degli animali nei trattati internazionali*

Lo studio della disciplina sovranazionale non può non partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'animale*, adottata dall'Unesco in data 15/10/1978.

Pur trattandosi di una dichiarazione di principi, che come tale non costituisce fonte di norme internazionali generali, la gran parte dei principi da essa espressi – ad esempio in materia di maltrattamenti ed abbandono di animali, o anche di allevamento e trasporto – sono stati in buona parte recepiti nella legislazione nazionale (e come si chiarirà anche in quella europea).

Se si volge l'esame al diritto sovranazionale pattizio si può riproporre la distinzione tra accordi volti a garantire la protezione di animali (non di rado di alcune specie in particolare), ed accordi ispirati a finalità ecologiste, volti cioè a salvaguardare gli animali come elementi indispensabili di un dato ecosistema, oppure, secondo la definizione utilizzata in precedenza, a finalità 'utilitaristiche', aventi lo scopo di proteggere gli animali evitandone la sofferenza al fine di facilitarne lo sfruttamento.

Si inquadrano nel primo tipo la Convenzione europea sulla protezione degli animali nei trasporti internazionali, adottata a Parigi il 13/12/1968 (ratificata con l. n. 222/1973), e la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, adottata a Strasburgo il 13/11/1987 (ratificata con l. n. 201/2010), grazie alla quale questi ultimi finiscono per godere, anche ad opera delle norme del diritto internazionale, di una protezione sicuramente più incisiva rispetto a quella riservata ad altri animali.

In un'ottica ecologista si muove la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione, adottata il 3 marzo 1973 (ratificata con l. n. 875/1975), la Convenzione di Ramsar relativa alle «zone umide d'importanza internazionale, soprattutto come habitat degli uccelli acquatici», adottata il 2/2/1971 (ratificata con d.p.r. n. 448/1976), la Convenzione di Berna relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, adottata in data 19/9/1979 (ratificata con l. n. 503/1981), nonché, infine, la Convenzione di Bonn sulla conservazione delle specie migratorie appartenenti alla fauna selvatica, adottata il 23/6/1979 (ratificata con l. n. 42/1983).

Ad una finalità principalmente 'utilitaristica' rispondono, invece, la convenzioni sulla protezione degli animali negli allevamenti, e la convenzione sulla protezione degli animali da macello, entrambe adottate a Strasburgo rispettivamente il 10/3/1976 ed il 10/5/1979 (ed entrambe ratificate con l. n. 623/1985).

Dalla lettera di entrambe le convenzioni emerge chiaro lo scopo che le ispira. A titolo esemplificativo si può richiamare l'art. 4 (co. 1) della convenzione sulla protezione degli animali negli allevamenti, volto ad impedire «sofferenze o danni inutili», od anche l'art. 2 (co. 3) della convenzione sulla protezione degli animali da macello che impone «di evitare nella massima misura possibile» sofferenze agli animali; in entrambi gli esempi riportati sembra evidente che nel contrasto tra le esigenze protettive e quelle della produzione siano queste ultime a prevalere.

#### *4.5 La normazione europea*

La normazione europea, in buona parte risentendo dell'originario carattere di comunità economica, ha espresso una produzione normativa per lo più intesa a coniugare la protezione degli animali con le finalità economiche ricavabili dal loro sfruttamento.

Sono precipuamente diretti alla protezione degli animali la Dir. CEE n. 77/489 relativa alla protezione degli animali nei trasporti internazionali (attuata con il d.p.r. n. 624/1982 ed il d.m. 20/7/1983) ed il Reg. CE (del Parlamento e del Consiglio) n. 1523/2007 che vieta la commercializzazio-

ne, l'importazione e l'esportazione, di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono.

Ma più di tutti da segnalare è l'art. 13 del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea, a tenore del quale «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

Se pure la portata di questo articolo può risultare fortemente limitata dal rinvio (*ad excludendum*) alle 'consuetudini' degli Stati membri, la disposizione presenta, in ogni caso, una indubbia carica innovativa.

In primo luogo la disposizione in parola fissa un obiettivo all'azione degli organi dell'Unione e degli Stati membri, quando si trovino ad operare nei predetti settori, ma in aggiunta a ciò, come è stato osservato, il riferimento agli animali come 'esseri senzienti' «è senz'altro indice della necessità di non considerare (più) questi alla stregua di beni materiali (tanto merci che prodotti), bensì come viventi dotati, chi più chi meno, di consapevolezza» (Barzanti, 2013: 58), in tal modo finendo per colmare la carenza di riferimenti agli animali che si riscontra nella Costituzione.

### 5. *La giurisprudenza nazionale*

L'esame della giurisprudenza nazionale rivela, in primo luogo, lo scarso margine di manovra del giudice civile, costretto ad operare nell'ambito di categorie giuridiche di tradizione romanistica che parificano animali e cose.

Profili di interesse presenta una controversia incardinata presso il Tribunale di Cosenza, avente ad oggetto la richiesta risarcitoria, avanzata da un soggetto trasportato, per i danni subiti a seguito di una brusca frenata causata dall'improvviso attraversamento della sede stradale da parte di un cane.

Il giudicante riteneva che nella fattispecie potessero ricorrere gli estremi dello stato di necessità, ma, ritenendo non applicabile l'art. 2054 c.c. in una ipotesi di azione volta a tutelare un interesse non umano, sollevava la questione di legittimità costituzionale della norma in parola per contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza.

La Consulta, senza entrare nel merito, dichiarava la infondatezza della questione per 'errore di prospettazione' da parte del giudice remittente, il quale «non chiarisce come, in termini logico-giuridici la ritenuta imprevedibilità dell'im-

provviso attraversamento della strada da parte di un cane [...] possa coesistere con l'applicabilità nella stessa fattispecie della norma impugnata, la quale viceversa presuppone pur sempre una responsabilità dell'agente, almeno in termini di imputabilità della condotta lesiva, derivante dalla libera determinazione di violare una norma giuridica»<sup>6</sup>.

Un ulteriore atteggiamento di sfavore al riconoscimento di interessi (alla protezione degli) animali, da parte della Corte costituzionale, si rinviene in una decisione resa sulla questione di legittimità dello statuto regionale della Toscana, nella parte in cui dispone «la promozione della cultura del rispetto degli animali». Nel rigettare la questione la Corte affermava che la norma in parola avrebbe la sola funzione di indicare «obiettivi prioritari dell'attività regionale», e dunque di «legittimare la regione come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative»<sup>7</sup>.

Maggiori spunti di apertura si rinvengono nelle decisioni del giudice penale.

Prima delle riforme introdotte ad opera delle leggi nn. 473/1993 e 189/2004, la Cassazione, interpretando in maniera evolutiva l'art. 727 c.p., era giunta ad affermare che «in via di principio il reato di cui all'art. 727 del codice penale [...] tutela gli animali in quanto autonomi esseri viventi, dotati di sensibilità psicofisica»<sup>8</sup>. Oggi, a seguito delle descritte riforme, che hanno individuato il bene protetto nel «sentimento per gli animali», la Cassazione è tornata ad affermare che «sussiste un rapporto di continuità normativa tra le nuove fattispecie contemplate dal titolo nono bis del libro secondo del codice penale, inserito dalla l. 20/7/2004 n. 189, e le condotte prima contemplate dall'art. 727 c.p. (contravvenzione che oggi punisce il solo abbandono di animali)», in quanto ciò che la norma protegge non è un 'interesse animale' bensì è «il sentimento per gli animali»<sup>9</sup>.

## 6. *La giurisprudenza europea*

Anteriormente al Trattato di Lisbona, il Giudice comunitario aveva avuto modo di occuparsi di protezione degli animali in una controversia avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario della legislazione olandese sulla protezione dei vitelli da ingrasso.

La Corte di Giustizia, in ciò dimostrando sensibilità per il tema della protezione degli animali, affermava che «non si può interpretare l'assenza, nei regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati agricoli, di norme che garantiscono la protezione degli animali negli allevamenti nel senso che essa rende inapplicabili le norme nazionali in materia in attesa che vengano adottate eventuali disposizioni comunitarie ulteriori. Siffatta interpretazione sarebbe incompatibile con l'interesse che la Comunità nutre per la salute e la protezione degli animali, interesse provato, fra l'altro, dall'art. 36 del trattato e dalla decisio-

ne del consiglio 19/6/1978, n. 923, relativa alla conclusione della convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti»<sup>10</sup>.

Dopo la sottoscrizione del Trattato di Lisbona la Corte, facendo applicazione dell'art. 13 del T.F.U.E., in una controversia avente ad oggetto l'applicazione della direttiva 91/629/CEE, stabiliva che una interpretazione estensiva del divieto di legare i vitelli si impone in quanto «une solution contraire serait, en outre, difficilement conciliable avec le principe consacré à l'article 13 TFUE, selon lequel, [...] l'Union européenne et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles»<sup>11</sup>.

### 7. *Le ragioni: la (difficile) configurazione della soggettività animale*

La questione di maggior rilievo che emerge dalla lettura del dato normativo, sia nazionale che sovranazionale, e che giustifica l'atteggiamento troppe volte incerto se non timoroso del legislatore (ma anche del giudice), riguarda la possibilità di configurare interessi animali di cui sia l'animale stesso, *uti singulus*, titolare.

In altre parole – viene da domandarsi – è possibile configurare, o può già ricavarsi dal dato normativo, una soggettività animale? Non essendo questa la sede per ripercorrere il dibattito filosofico e sociologico sul punto, ci si limita a qualche breve riflessione.

Probabilmente è da quando – come si racconta – l'imperatore Caligola abbia elevato il proprio cavallo *Incitatus* alla carica di console, in tal modo rendendolo soggetto di rapporti giuridici<sup>12</sup>, che si pone in dottrina la domanda sulla assimilabilità degli animali all'uomo quanto alla titolarità almeno di alcuni diritti.

Che gli animali siano 'soggetti senzienti', e dunque possano patire sofferenze e dolori, è una 'verità giuridica' (art. 13 del T.F.U.E.): ma basta ciò per attribuire (o riconoscere) loro la soggettività giuridica?

Da parte di una componente 'animalista' di studiosi, la riflessione sulla capacità animale di provare sofferenza, superando l'argomento dei c.d. 'casi marginali', viene utilizzata (in luogo della capacità di raziocinio) per accomunare uomini ed animali nella titolarità di diritti, almeno nella portata minimale del diritto (non si comprende se assoluto o relativo) alla non inflizione di sofferenze.

Invero, se affrontato dal versante filosofico esistono validissime argomentazioni per concludere, ai margini, sia per la sussistenza, sia per l'insussistenza di diritti animali, e ciò, a livello epistemologico, in dipendenza del paradigma valutativo (antropocentrico o meno) all'interno del quale si origina e muove il dibattito dottrinale sui detti diritti.

Esaminando il problema dalla prospettiva del giurista, va, invece, rilevato come sia «nel codice genetico del costituzionalismo una filosofia antropocentrica», volta a prevedere diritti solo per la specie umana, la cui limitazione può

trovare giustificazione soltanto in nome dell'affermazione di altri diritti (umani) aventi pari dignità.

Dunque, più che parlare di diritti animali sembra corretto discutere di una autoregolamentazione umana del rapporto con l'animale – i cui precetti sono assistiti dalla doverosità propria del diritto –, frutto di una scelta umana che «recepisce e tutela i valori connessi all'esistenza degli animali e alla loro presenza all'interno della società umana organizzata» (Mazzoni, 2011: 513).

Si spiega così la disciplina di particolare favore che, ad ogni livello di normazione, è dato rinvenire per i cc.dd. 'animali di affezione', di modo che, se pure nella Dichiarazione universale dei diritti dell'animale è scritto che «Tutti gli animali nascono uguali davanti alla vita e hanno gli stessi diritti all'esistenza», non v'è dubbio che per la vicinanza all'uomo (e per il sentimento che su di essi l'uomo riversa) «alcuni animali sono più uguali degli altri» (Orwell, 2012: 107).

#### 8. *Brevi osservazioni conclusive*

All'esito dell'indagine sembra potersi sostenere che la nascita della disciplina legale a protezione degli animali costituisca il frutto di una 'nuova ideologia', volta a ad affermare la sussistenza di un dovere, in capo alla specie umana, di cura e protezione delle specie non umane.

Forse la ragione più profonda dell'affermarsi di una siffatta cultura va rinvenuta nel fatto che «nel mondo moderno non si crede più nell'esistenza di un dovere assoluto», con il conseguente affermarsi di una nuova morale, prettamente umana, che pone al centro della gerarchia dei valori un generale dovere di benevolenza, facendo obbligo (morale) «all'uomo di diminuire le sofferenze sempre e dovunque, indipendentemente dalla specie che le patisce» (Mori, 1992: 231).

L'idea di un generale dovere di benevolenza, abbandonato il dogma metafisico dell'ordine cosmico fatto di 'doveri assoluti', appare funzionale a ridisegnare la posizione dell'uomo nel mondo, ed è garanzia contro ogni forma di prevaricazione, e forse anche di disumanità, ciò che potrebbe costituire la deriva di una morale tutta umana sorta dal rifiuto di doveri assoluti.

La lotta per l'affermazione di una ideologia del rispetto degli animali sembra allora caratterizzarsi per una evidente «eterogenesi dei fini», in quanto col «discutere dello statuto ontologico degli animali e dei loro (eventuali) diritti, discutiamo in realtà dello statuto ontologico dell'uomo e dei suoi (eventuali) diritti» (D'Agostino, 1994: 81).

*Note*

- <sup>1</sup> App. Genova, 26/1/1940.
- <sup>2</sup> Cass. pen., 26/4/1939.
- <sup>3</sup> Cass. pen., 7/6/1939.
- <sup>4</sup> Si v., C. cost., 11.6.2004, n. 166.
- <sup>5</sup> Ispirati alla tutela dell'ecosistema e delle biodiversità sono, invece, gli Statuti del Veneto (art. 8), dell'Emilia-Romagna e del Molise (art. 3 di entrambi gli Statuti) e dell'Umbria (art. 11, co. 2).
- <sup>6</sup> C. cost., ord. 28.3.2006, n. 130.
- <sup>7</sup> C. cost., 2.12.2004, n. 372.
- <sup>8</sup> Cass., pen., 27.4.1990, n. 6122.
- <sup>9</sup> Cass., pen., 24/10/2007.
- <sup>10</sup> C. giust., 1.4.1981, Cause riunite 141 a 143/81.
- <sup>11</sup> C. giust., 14.1.2012, C-355/11, G. Brouwer c. Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
- <sup>12</sup> Secondo Caio Svetonio Tranquillo (*Vite dei Cesari* – Caligola, LV), l'imperatore «consulatum quoque traditur destinasse», letteralmente «si dice che volesse persino nominarlo console».



*Riferimenti bibliografici*

- Balocchi E. 1988, *Animali (protezione degli)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma: 1 sgg.
- Barzanti F. 2013, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1: 49 sgg.
- Bentham J. 1987, *Introduction to the principles of Morals and Legislation* trad. it., in T. Regan, P. Singer, *Diritti animali, obblighi umani*, Gruppo Abete, Torino: 133 sgg.
- Canziani P. 1997, *Protezione degli animali*, in *Dig. pubbl.*, Utet, Torino: 141 sgg.
- Castiglione S., Lombardi Vallauri L. (a cura di) 2012, *Trattato di Biodiritto, La questione animale*, Giuffrè, Milano.
- Cosseddu A. 1993, *Maltrattamento di animali*, in *Dig. pen.*, Utet, Torino: 528 sgg.
- D'Agostino F. 1994, *I diritti degli animali*, in *Riv. int. fil. dir.*: 78 sgg.
- Gladio G. 2004, *Costituzione e tutela degli animali*, in <<http://www.forumcostituzionale.it>> (12/2016): 1 sgg.
- Mazzoni C.M. 2011, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv.f crit. dir. priv.*, 4: 505 sgg.
- Mori M. 1992, *L'animale nella prospettiva della bioetica*, in E. Baccarini, T. Cancrini, M. Perniola (a cura di) 1992, *Filosofie dell'animalità*, Mimesis, Sesto San Giovanni: 231 sgg.
- Natalini A. 2009, *Animali (tutela penale degli)*, in *Dig. pen.*, agg. I, Utet, Torino: 13 sgg.
- Orwell G. 2012, *La fattoria degli animali* (ed. orig. 1946), trad. it. Mondadori, Milano.
- Pocar V. 1994, *Gli animali come soggetti di diritti e la legislazione italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, il Mulino, Bologna: 217 sgg.
- Singer P. 1987, *L'etica e il nuovo movimento per la liberazione degli animali*, in Id. (a cura di), *In difesa degli animali*, Lucarini, Roma: 19 sgg.
- Valstro A. 2006, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quad. cost.*, 1: 67 sgg.
- Zatti P. 1995, *Chi è il "padrone" del cane?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I: 135 sgg.



# LA GIURIDIFICAZIONE DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

*Francesco Midiri*

SOMMARIO – 1. La protezione della *privacy* nell'ordinamento statunitense. 2. La protezione della 'vita privata' nell'ordinamento internazionale. 3. La protezione della 'vita privata' nella Convenzione europea sui diritti umani e nella Convenzione n. 108 dell'1981 del Consiglio di Europa. 4. La disciplina della *data protection* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. La protezione dei dati personali nella normativa comunitaria. 6. La protezione dei dati personali nell'ordinamento italiano. 7. I caratteri della giuridificazione della protezione dei dati personali.

## *1. La protezione della privacy nell'ordinamento statunitense*

Il processo di giuridificazione della protezione dei dati personali in Italia è derivato dall'attuazione, nel nostro ordinamento, della normativa comunitaria relativa al diritto alla protezione dei dati personali, la quale, a propria volta, ha rappresentato un'evoluzione della figura della *privacy* statunitense.

Come è noto, la figura delle *privacy* è nata negli Stati Uniti d'America da un'elaborazione dottrinale di fine Ottocento (Brandeis, Warren, 1890: 193) che ha configurato una nuova posizione soggettiva corrispondente alle prerogative possessorie o proprietarie che l'individuo può esercitare sui propri beni materiali ma con un oggetto diverso, di carattere immateriale, rappresentato da una sorta di «sfera personale inviolabile».

Lo strumento di tutela è stato identificato nella responsabilità civile e nella correlativa figura del *tort*; inoltre, la figura è stata valorizzata primariamente nella dimensione giusprivatistica tra soggetti privati.

La dottrina statunitense, peraltro, ha sempre sottolineato il carattere vago e multiforme della figura e, soprattutto, il fatto che essa, solo apparentemente fosse in grado di identificare un autonomo oggetto giuridico da proteggere, ma, in realtà, fosse sinonimo di altri beni giuridici già tutelati da altri diritti soggettivi (Prosser, 1960: 383).

Nella seconda metà del secolo scorso, poi, la figura è stata valorizzata dalla giurisprudenza della Corte Suprema nella sua differente veste di libertà fondamentale da esercitare nei confronti del potere pubblico. La figura così caratterizzata deriverebbe implicitamente dal combinato disposto di una serie di emendamenti alla costituzione, i quali, proteggendo varie libertà, farebbero emergere «in penombra» una sorta di inviolabilità generale della sfera personale immateriale<sup>1</sup>.

Successivamente, la Corte suprema ha rinvenuto il fondamento costituzionale della medesima libertà direttamente nel IV emendamento della Costituzione americana, affermando che la garanzia di non subire perquisizioni o sequestri non ragionevoli, in esso contenuto, produce i suoi effetti, non solo nei confronti di realtà fisiche, ma anche nei confronti della sfera personale<sup>2</sup>.

Il contenuto di questa libertà ha quindi assunto contorni ampi e si è identificata nella piena capacità di operare, senza condizionamenti esterni, le scelte fondamentali della propria vita.

In altri termini, quello che nell'originaria elaborazione giuridica era rappresentato dalla protezione di una sfera personale inviolabile, è divenuta, dinamicamente, per un individuo «power to choose and control his world» (Palmer, 2011: 67).

Così, la *privacy* può essere identificata, nella sua ultima versione, come un istituto che costituisce il fondamento giuridico o la condizione per l'esercizio di differenti libertà fondamentali meritevoli di considerazione nell'ordinamento costituzionale. Da un punto di vista sostanziale tale libertà ha assunto i contenuti più vari: libertà di utilizzo di mezzi determinati di contraccezione, di avere figli, di contrarre matrimonio, di vivere come famiglia allargata nel medesimo domicilio, di assumere determinate scelte nella educazione dei figli. La pretesa, infine, può essere rivolta sia al potere pubblico che ai soggetti privati ed impone sempre un bilanciamento di interessi tra posizioni soggettive correlate.

## 2. La protezione della 'vita privata' nell'ordinamento internazionale

La figura della *privacy* statunitense, è stata trasposta in atti e fonti di diritto internazionale del sistema delle Nazioni Unite e, successivamente, del sistema regionale europeo.

Innanzitutto l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 («Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni») e, successivamente, l'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici sottoscritto a New York il 16 dicembre 1966 («Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese») hanno riconosciuto il diritto alla *privacy* come una figura sintetica ed ampia in grado di proteggere vari aspetti della vita dell'individuo (l'integrità fisica e mentale, l'identità ed intimità, gli orientamenti sessuali, la vita familiare, la casa, la corrispondenza, l'onore, la reputazione).

Anche questa categoria, quindi, ha assunto la forma dell'insieme delle condizioni per la realizzazione della propria libertà personale.

Nel medesimo tempo, però, la *privacy* si è tradotta nella realtà più ristretta della 'vita privata' quale somma degli aspetti immateriali della vita dell'individuo, quali l'integrità fisica e mentale, la sua identità, la sua intimità, il suo orientamento sessuale e, soprattutto, le sue informazioni personali (Bonfanti, 2011).

Né la Dichiarazione né il Patto hanno rappresentato un reale passo avanti nella determinazione contenutistica della figura che è rimasta strutturalmente ambigua «con [...] riferimento ai criteri di restrizione del diritto alla vita privata» e non ha introdotto elementi nuovi per configurare un impianto di protezione del diritto (Nino, 2014: 769).

In ogni caso, la posizione soggettiva, per essere stata inclusa espressamente nella Dichiarazione, ha acquisito la veste di un diritto fondamentale della persona, di derivazione giusnaturalistica, che preesiste e si impone al riconoscimento degli Stati (Gozzi, 2000: 45). Inoltre, il carattere vincolante del riconoscimento del diritto nel Patto ha determinato i c.d. effetti orizzontali a carico degli Stati stessi i quali, in altri termini, hanno dovuto «adottare la diligenza dovuta nel prevenire, scoraggiare e punire atti perpetrati da altri individui o, più in generale, da soggetti che sono organi dello Stato» (Pineschi, 2004: 82).

Ciò non ha escluso, peraltro, che le persone siano state considerate dalla disciplina internazionale anche come destinatari di doveri nei confronti della propria comunità (cfr. l'art. 29 della Dichiarazione). Per questo i poteri pubblici, per garantire l'adempimento di questi doveri o il riconoscimento delle pretese legittime di altri individui, hanno acquisito il potere di prevedere limiti alla integrità della sfera personale o meccanismi di bilanciamento tra interessi soggettivi.

Così, l'effetto dell'elaborazione statunitense non è stato quello di avere messo a punto una figura definita sul piano contenutistico, ma di averla imposta all'ordinamento giuridico internazionale come un diritto fondamentale da fare valere nei confronti dei poteri pubblici ma anche di quelli privati, indipendentemente da un riconoscimento legislativo nazionale.

Quindi la qualità della *privacy*, o del diritto alla integrità della propria vita privata, come diritto fondamentale della persona di respiro internazionale si è consolidata ben prima che ne venisse definito tecnicamente il contenuto.

### *3. La protezione della 'vita privata' nella Convenzione europea sui diritti umani e nella Convenzione n. 108 dell'1981 del Consiglio di Europa*

La figura giuridica, divenuta di respiro internazionale, è stata riconosciuta anche da fonti europee.

Innanzitutto, la Convenzione europea dei diritti umani, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, all'art. 8, ha affermato il diritto «al rispetto della propria vita privata e familiare» ed ha previsto le uniche condizioni in presenza delle quali è lecito limitarlo con legge (la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

La norma ha imposto agli Stati il divieto di violare il diritto, ma ha imposto anche la realizzazione di azioni legislative ed amministrative in grado di impedire ai soggetti privati di ledere in maniera parimenti illecita la vita privata delle persone.

Questo ha introdotto un quadro di limiti alle interferenze pubbliche e private nella sfera personale, che sono state consentite solo per garantire altri interessi meritevoli di tutela, ma, nel medesimo tempo, ha imposto l'esigenza del bilanciamento sistematico di questi interessi contrapposti, attraverso criteri di elaborazione giurisprudenziale (Harris *et al.*, 2014: 505 e 523).

L'art. 8, poi, ha definito il diritto in termini ampi, consentendo il recupero dei contenuti della *privacy* statunitense ma anche la protezione, attraverso modalità più adeguate per lo sviluppo tecnologico e l'evoluzione sociale, di nuovi interessi personali (Harris *et al.*, 2014: 523).

Così, la disposizione ha consentito all'attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza di articolare specifiche sub-nozioni della protezione della sfera personale relative ad ambiti specifici della vita umana. Tra queste si è imposta la protezione delle «informazioni personali» dalla quale si è poi sviluppato l'istituto della protezione dei dati personali in senso proprio (Bonfanti, 2011: 437; Tiberi, 2009: 4467 e 2010: 355).

La CEDU, in sostanza, ha dato luogo ad una nuova fase dell'elaborazione della figura della protezione dei dati personali dalla originaria figura della *privacy* così come recepita dalle fonti di diritto internazionale. Nel medesimo tempo, peraltro, ha dato impulso ad una nuova fase di evoluzione.

Il Consiglio d'Europa, infatti, per regolare in maniera uniforme il trattamento automatizzato dei dati personali a tutela della concorrenza ed in considerazione del rapido sviluppo tecnologico, ha adottato la Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981.

La fonte ha rappresentato la prima regolamentazione positiva del trattamento delle informazioni personali (a propria volta riconducibile alla più ampia figura della *privacy*) effettuato con mezzi automatizzati (Di Martino, 2005: 396) ma ha rappresentato anche la prima normativa in grado di porre una definizione giuridica della *data protection*, la quale è stata identificata come la disciplina che garantisce il «diritto di ogni individuo (persona fisica) al rispetto della *privacy* con riferimento al trattamento automatizzato delle informazioni personali» (Bonfanti, 2011: 450).

Correlativamente, sul piano sostanziale, le norme della Convenzione n. 108 hanno introdotto una serie di principi giuridici relativi al trattamento dei dati personali (liceità, correttezza della raccolta, sicurezza, aggiornamento, adeguatezza e pertinenza del trattamento rispetto alle finalità, particolari garanzie per i dati sensibili) ed una serie di diritti delle persone interessate che rappresentano il «nucleo duro, il minimo comune denominatore della protezione dei dati in Europa, su cui sarà costruita la successiva normazione a livello comunitario» (Tiberi, 2009: 4478).

Per concludere, queste Convenzioni europee, attraverso le proprie regole generali, hanno rappresentato il presupposto positivo per la transizione dal diritto al rispetto della vita privata al regime di protezione dei dati personali.

#### *4. La disciplina della data protection nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

All'interno delle coordinate rappresentate dall'art. 8 della CEDU e dalla Convenzione n. 108 lo sviluppo concreto e specifico della disciplina della protezione dei dati personali ha avuto luogo attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Varani, 2005) che rappresenta l'ultima fase del processo di enucleazione della *data protection* dalla *privacy* statunitense.

Le dimensioni di questo studio non consentono di illustrare l'intero processo ma solo i suoi esiti.

La Corte si è occupata di determinare, nei confronti degli Stati, i casi di violazione del diritto alla vita privata, ma anche gli interessi che avrebbero potuto giustificare una compressione legittima.

Come è noto, i Giudici hanno dapprima identificato nella raccolta di dati una forma di lesione della vita privata<sup>3</sup>. Quindi, hanno via via ampliato il concetto di dati personali fino a comprendere le riproduzioni fotografiche e le forme di localizzazione satellitare<sup>4</sup> e, più in generale, ogni informazione riconducibile ad un soggetto determinato e determinabile<sup>5</sup>. Ancora, hanno fissato le condizioni per la compressione lecita della vita privata, identificandole nei presupposti del par. dell'art. 8 della CEDU. Poi, hanno identificato i diritti dell'interessato nell'ambito del trattamento<sup>6</sup>. Infine, hanno ampliato la protezione delle informazioni sullo stato di salute<sup>7</sup>.

Così, la giurisprudenza della Corte ha identificato il trattamento dei dati personali (inteso come utilizzo di informazioni personali), nelle sue varie forme, come una delle dimensioni in cui si esercita il diritto al rispetto della vita personale di cui all'art. 8 della CEDU. È stata considerata rilevante, quindi, l'attività di trattamento in sé, e non il dato personale quale oggetto giuridico di protezione.

Correlativamente, la Corte ha imposto *in nuce* una serie di principi giuridici applicando i quali il trattamento dei dati personali rispetta la vita personale

dell'individuo: l'esistenza di un fondamento legislativo che giustifichi il trattamento, la sua proporzionalità rispetto agli interessi pubblici e privati in gioco, che debbono sempre trovare un bilanciamento, la veridicità delle informazioni, la presenza di una serie di diritti dell'interessato, la rilevanza dei dati di carattere sensibile, essenzialmente riconducibili allo stato di salute.

Si è definitivamente passati, in esito alle indicazioni della giurisprudenza, da una tutela proprietaria dei dati personali (legata al *tort*) a regole di trattamento che consentono l'equo contemperamento di interessi contrapposti (De Hert, Gutwirth, 2009: 18).

La garanzia del diritto all'integrità della vita privata nella dimensione del trattamento dei dati personali, è stata identificata, in estrema sintesi, nell'elaborazione di regole di disciplina dello svolgimento di attività pubbliche e private di utilizzo delle informazioni.

Infine, la applicazione di queste regole è stata demandata dalle indicazioni interpretative che possono essere tratte dalla giurisprudenza, ad un'attività pubblica di regolazione, strumento più adeguato rispetto a quelli giurisdizionali, che gli ordinamenti, peraltro, debbono comunque assicurare (De Hert, Gutwirth, 2009: 18).

Per concludere, attraverso le indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sono state elaborate le regole sostanziali fondamentali della *data protection*.

##### 5. La protezione dei dati personali nella normativa comunitaria

Mentre la giurisprudenza comunitaria confermava le indicazioni della Corte di Giustizia, il legislatore comunitario ha assecondato la naturale vocazione espansiva dei principi giurisprudenziali che abbiamo visto traducendoli in una disciplina positiva, rappresentata dalla direttiva 95/46/CE, (c.d. direttiva madre) la quale, a propria volta, ha ispirato una serie di attuazioni normative comunitarie (c.d. direttive figlie).

L'emanazione di una disciplina positiva si era resa necessaria perché gran parte delle attività interessate dalle liberalizzazioni comunitarie (della circolazione delle persone, dei servizi, dei capitali, e dello stabilimento dei lavoratori) avevano dato luogo a fenomeni di *data flows* rilevanti per il rispetto dei diritti al corretto trattamento delle informazioni personali *ex art. 8 CEDU*.

La positivizzazione dei principi fondamentali enucleati dalla Corte di Strasburgo, quindi, ha rappresentato uno strumento necessario, non solo per rispettare i diritti della persona, ma anche per garantire la realizzazione 'sostenibile' delle attività liberalizzate e dare corso al mercato unico europeo, evitando che discipline statali divergenti di *data protection* pregiudicassero le libertà fondamentali comunitarie e la stessa concorrenza (Di Martino, 2005: 408).



Date le dimensioni di questo studio è possibile porre in luce solo i caratteri fondamentali della giuridicizzazione della *data protection* operata dalla direttiva madre.

Il legislatore comunitario, dopo avere assunto la nozione di dato personale elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha previsto una normativa per principi (che costituiscono clausole generali) la cui attuazione dovrebbero consentire di trattare i dati personali in maniera rispettosa dell'integrità personale.

Più precisamente, la direttiva ha posto una serie di condizioni in presenza delle quali il trattamento è astrattamente ammissibile (il consenso dell'interessato, la necessità del trattamento per l'esecuzione di un contratto concluso con l'interessato, per adempiere un obbligo legale, per la salvaguardia di un interesse vitale dell'interessato, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di un pubblico potere demandato al responsabile del trattamento, o, infine per la realizzazione di un interesse legittimo dello stesso responsabile o di un terzo, a condizione di compatibilità con l'integrità personale dell'interessato). Quindi, ha previsto una serie di principi che disciplinano l'effettuazione in concreto del trattamento (lealtà, liceità, pubblicità e sicurezza del trattamento, determinazione delle finalità, adeguatezza, pertinenza ed esattezza dei dati, temporaneità della conservazione). Infine, ha elaborato una serie di diritti degli interessati (accesso ai dati ed opposizione al trattamento) e di obblighi dei responsabili (informativa all'interessato, notificazione del trattamento alla amministrazione).

Il sistema è stato completato con un meccanismo di controllo amministrativo (attraverso una autorità di regolazione) e giurisdizionale relativo all'applicazione della disciplina di protezione. In particolare, la tutela delle posizioni soggettive dovrebbe essere garantita da un sistema di responsabilità civile con un nesso di imputazione aggravato per il danneggiante che può liberarsi dalla responsabilità solo se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile.

Come è noto la direttiva madre ha condotto a definitivo completamento in ambito europeo il regime della *data protection*.

Occorre considerare, a questo riguardo, che il legislatore comunitario, per disciplinare il trattamento dei dati personali, ha valorizzato lo strumento di regole o clausole generali che dovrebbero condurre al contemperamento di una serie di interessi giuridicamente rilevanti coinvolti, pubblici o privati.

Successivamente, i diritti al corretto trattamento dei dati personali collegati a questo regime di protezione sono stati riconosciuti in fonti che ne hanno affermato il valore costituzionale in ambito europeo. In particolare, la Carta dei diritti di Nizza del 2000 ha separato la tutela del diritto alla vita privata (previsto dall'art. 7) da quello della vita familiare (previsto dall'art. 9) e da quello della protezione dei dati di carattere personale (previsto dall'art. 8) (Donati,

2001: 83), e, infine, il Trattato di Lisbona del 2007, all'art. 16, ha attribuito ad ogni persona lo stesso diritto (Cortese, 2013: 315).

Con queste fonti il regime della *data protection* è stato completato con la costituzionalizzazione dei diritti che ne erano derivati.

### 6. *La protezione dei dati personali nell'ordinamento italiano*

Il legislatore italiano ha dato corso al processo di giuridificazione della *data protection* attuando le disposizioni dell'ordinamento comunitario dapprima con la legge n. 675 del 1996<sup>8</sup> e, successivamente, con il decreto legislativo n. 196 del 2003<sup>9</sup>.

Date le dimensioni di questo studio è possibile solamente richiamare le coordinate fondamentali della normativa italiana.

Con la legge del 1996 è stata introdotta, nel nostro ordinamento, una disciplina di *data protection* che conferma i contenuti sostanziali della normativa comunitaria. Infatti, la legge italiana ripropone l'ambito di applicazione della disciplina della direttiva madre, le sue condizioni di liceità del trattamento dei dati, i principi e le regole del trattamento, i diritti e gli obblighi dei soggetti coinvolti e, infine, i meccanismi amministrativi e giurisdizionali di applicazione delle regole.

Non alterano l'assetto complessivo della disciplina le norme che, in sede di definizione delle finalità della legge, hanno richiamato alcuni valori giuridici dell'ordinamento domestico (quali la protezione della dignità e della riservatezza), i quali, peraltro, non rivestono alcun ruolo concreto nell'operatività dei meccanismi di protezione dei dati personali (Castronovo, 1998: 191).

Anche il legislatore ha perseguito l'obiettivo di tutelare la persona nello spazio uniforme europeo in maniera compatibile con le ragioni del mercato e con le relative esigenze di trattamento dei dati personali. Inoltre, nella misura in cui ha riproposto senza sostanziali variazioni la normativa comunitaria, ha importato integralmente nel nostro ordinamento i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale e legislativa europea. In questo modo, naturalmente, ha isolato, escluso e, per così dire, *bypassato* l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale italiana relativa alla differente figura giuridica della riservatezza, che non aveva consentito, peraltro, lo sviluppo di una disciplina organica.

Per queste ragioni, la normativa italiana appare 'innovativa' sul piano formale, perché ha positivizzato norme differenti da quelle conosciute dalla nostra dottrina e giurisprudenza, ma appare 'tradizionale' sul piano sostanziale se considerata nella dimensione europea.

Successivamente, il decreto legislativo del 2003, c.d. Codice sulla protezione dei dati personali, ha confermato l'impianto normativo della legge del 1996 anche se ha moltiplicato le regole del trattamento dei dati, essenzialmente per

sistematizzare disposizioni stratificate per effetto di interventi legislativi, interventi regolamentari, provvedimenti del Garante e norme comunitarie.

Il Codice, peraltro, contiene alcuni elementi di novità.

Innanzitutto, la fonte ha previsto, all'art. 1, il diritto alla protezione dei dati personali (Ricciuto, 2007: 13) riproponendo il riconoscimento già operato dall'art. 8 della Carta di Nizza, e confermando così la sua «costituzionalizzazione» sostanziale (Resta, 2007: 1053). Nel medesimo tempo, però, ha portato a compimento la lunga evoluzione dello stesso diritto originata dalla giurisprudenza internazionale e comunitaria.

In questo senso, inoltre, il legislatore ha sancito l'autonomia dogmatica del diritto alla protezione dei dati personali rispetto a categorie giuridiche differenti ma affini, coltivate fino a quel momento dalla tradizione giuridica italiana (quali ad esempio la riservatezza) (Bardusco, 2004: 18).

Corollario del riconoscimento esplicito del diritto negli stessi termini dell'ordinamento europeo è il mantenimento della logica comunitaria del bilanciamento di interessi e della disciplina per principi normativi (Rodotà, 2004: 1).

A ciò si aggiunga che, nel Codice, il legislatore ha introdotto una serie di principi giuridici di trattamento nuovi (Ricciuto, 2007: 15).

Ancora, scegliendo di garantire il diritto alla protezione dei dati personali attraverso principi giuridici ma, soprattutto, bilanciando interessi contrapposti, il legislatore ha moltiplicato ed articolato i diritti e gli obblighi dei soggetti coinvolti e ne ha scandito i tempi e le modalità di realizzazione.

Si è passati, in questo modo, da una tutela rimediabile ad una tutela preventiva e procedimentale (Messina, 2004: 74; Sica, 2004: 9). Taluni Autori, a riguardo, hanno parlato di controllo *in itinere* della conformità del trattamento a parametri di liceità (Messina, 2004: 75).

In ogni caso, la protezione secondo moduli procedimentali del diritto non conduce alla modifica della qualificazione giuridica della relazione tra titolare del trattamento e soggetto interessato, che rimane un rapporto con reciproci diritti e obblighi.

Nel medesimo tempo, il Codice ha valorizzato i c.d. Codici etici, elaborati con il concorso delle categorie sociali interessate dalle varie fattispecie di trattamento ed approvati dal Garante, i quali sono divenuti strumento normativo flessibile e partecipato per fornire regole adeguate ai nuovi contesti tecnologici e socio-economici.

Per concludere il legislatore ha rafforzato il ruolo di regolazione e normativo del Garante che completa le tradizionali competenze paragiurisdizionali.

Attraverso il Codice, quindi, pur in presenza di una serie di indicazioni originali, è stato portato a definitivo completamento il recepimento, nel nostro ordinamento, della disciplina europea della protezione dei dati personali.

### 7. I caratteri della giuridificazione della protezione dei dati personali

A questo punto è possibile porre in luce i caratteri della giuridificazione della protezione dei dati personali.

L'origine della giuridificazione della protezione dei dati personali può essere collocata nelle sentenze della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Solo con la direttiva del 1995 il legislatore comunitario delinea compiutamente il sistema normativo. Il legislatore italiano recepisce questi *input* in due fasi: la legge del 1996 ed il Codice del 2003.

La giuridificazione è frutto di atti legislativi comunitari (attuati dal legislatore italiano), tuttavia, l'elaborazione sostanziale delle regole fondamentali deriva da una stratificazione giurisprudenziale. In Italia, l'elaborazione delle regole del trattamento dei dati personali è demandata, oltre che alla legge ed alla regolazione della Autorità Garante per la protezione dei dati personali, anche a fonti di carattere amministrativo, i c.d. Codici etici, elaborati con procedure partecipate. In ogni caso si rimane sempre nella dimensione dell'*hard law*.

Il sistema normativo è creato dalle istituzioni europee come un sistema disciplinare uniforme a garanzia della libera circolazione dei dati economici intesa, a propria volta, come uno strumento per la realizzazione di un mercato concorrenziale.

Il legislatore italiano ripropone le scelte fondamentali del legislatore comunitario superando le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza domestiche, che facevano riferimento a differenti figure giuridiche, quali la riservatezza e la tutela della identità personale, che hanno perso via via rilevanza.

Nella dimensione europea la protezione dei dati personali trova una giuridificazione uniforme. Ciò è determinato dal fatto che l'istituto nasce in via giurisprudenziale come una forma di protezione della persona e delle sue libertà fondamentali, indipendentemente dalla cittadinanza o dalla nazionalità. Il legislatore comunitario prosegue su questa strada, ma crea una normativa in grado di armonizzare le prerogative fondamentali dell'individuo con i diritti di iniziativa economica, anche a garanzia della concorrenza. Anche in questo caso, tuttavia, l'uniformità della disciplina costituisce un elemento imprescindibile per la sua efficacia.

In considerazione del fatto che la protezione dei dati personali è diretta a garantire ed armonizzare le libertà fondamentali e i diritti di iniziativa economica del cittadino nel segno della concorrenza come strumento di sviluppo economico generale, l'uniformità appare senz'altro auspicabile.

Nella normativa comunitaria, e nella successiva positivizzazione nella legislazione italiana, vengono valorizzati strumenti di protezione di derivazione civilistica: le prerogative dei soggetti interessati sono identificate in termini di di-

ritti soggettivi; i rimedi alle violazioni dei diritti sono rappresentati da forme di responsabilità extracontrattuale. Parte della dottrina tende a configurare, addirittura, il rapporto tra i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati come un rapporto obbligatorio. Si tratta, in ogni caso, di meccanismi normativi generali che valgono sia nei confronti di soggetti privati sia di soggetti pubblici.

L'istituto della protezione dei dati personali sembrerebbe riconducibile ad una dimensione squisitamente civilistica. Il quadro, tuttavia, è complicato da una serie di fattori. Infatti, il legislatore prevede, accanto ai tradizionali meccanismi rimediali, dinamiche procedimentali, che garantiscano che i diritti e i doveri reciproci trovino attuazione in conformità ai principi generali del Codice, ovvero, abbia luogo un reale bilanciamento di interessi contrapposti.

Questi nuovi meccanismi di tutela implicano l'intervento positivo di un soggetto amministrativo indipendente, chiamato a dare attuazione alle regole generali attraverso la realizzazione di una funzione normativa partecipata o attraverso la realizzazione, nei rapporti specifici, di una funzione paragiurisdizionale di tutela dei diritti. In altre parole, la disciplina della protezione dei dati personali prevede una conformazione costante dei rapporti ad un equilibrio di interessi contrapposti, attraverso la funzione di regolazione di un soggetto amministrativo terzo. Si impone, quindi, una funzione di regolazione trasversale ai rapporti interprivati ed a quelli di diritto pubblico.

Correlativamente, la normativa appare composta sia da elementi di derivazione civilistica, rappresentati dalla qualificazione in termini di diritti delle posizioni soggettive e dalla qualificazione in termini di responsabilità dei rimedi, sia da elementi di derivazione pubblicistica, fortemente originali, rappresentati, appunto, dalla funzione pubblicistica di regolazione delle relazioni tra soggetti interessati. Più che di forme di passaggio da sistemi di tutela civilistici e sistemi di tutela pubblicistici e viceversa, sembra potersi parlare di un sistema normativo composto ed innovativo.

Per concludere, con riguardo al ruolo rivestito dallo sviluppo scientifico e tecnologico nella giuridificazione, pare possibile affermare che l'introduzione di strumenti di catalogazione sistematica di dati personali (c.d. *data bases*) in sé non abbia rivestito un ruolo essenziale.

Ben più rilevante pare essere stata l'informatizzazione sistematica delle attività imprenditoriali e la messa a disposizione di strumenti di circolazione informativa di dati di ogni natura. In altri termini, l'evoluzione tecnologica ed informatica ha imposto la diffusione, la circolazione e l'utilizzo delle informazioni (anche di natura personale) come strumento necessario all'attività economica, ma anche ad ogni altro tipo di attività nella dimensione sociale.

Lo sviluppo tecnologico, allora, pare abbia condotto all'elaborazione, più che di nuovi diritti con nuovi ed autonomi fondamenti sostanziali, a nuove forme di

protezione delle libertà costituzionali classiche: in sostanza, il diritto alla protezione dei dati personali come nuovo strumento di protezione dei diritti civili e sociali classici della persona, reso necessario dalle nuove modalità tecnologiche di svolgimento delle attività umane.

Il processo di giuridificazione della *data protection* pone in luce anche i caratteri assunti dal diritto alla protezione dei dati personali nel nostro ordinamento.

Innanzitutto, il diritto si risolve nella pretesa che il trattamento dei dati si realizzi nell'osservanza di un complesso di regole che ne disciplinano i presupposti di diritto e le modalità, nonché impongono una serie di diritti ed obblighi «funzionali» al corretto utilizzo delle informazioni. Così, il diritto alla protezione dei dati personali si distingue dal diritto alla riservatezza che si è consolidato nella tradizione giuridica italiana ed assume caratteri assolutamente propri e peculiari.

Ancora, la disciplina generale del diritto contenuta nel Codice (ma anche nell'ordinamento comunitario), identifica in termini meramente formali i presupposti di liceità del trattamento, rinviando ad altre fonti la loro definizione sostanziale concreta. Come abbiamo già chiarito, infatti, i presupposti giuridici del trattamento sono rappresentati, da un lato, dalle condizioni di liceità dell'utilizzo delle informazioni (il consenso, ma anche l'adempimento di un obbligo di legge, l'utilizzo di pubblici registri nelle modalità di legge, il legittimo interesse di chi utilizza i dati ecc.) e, dall'altro, da una serie di loro modalità (la liceità, la necessità, la correttezza, la temporaneità ecc. In entrambi i casi, peraltro, si fa riferimento a clausole generali che non possono che essere concretizzate, nelle specifiche fattispecie, attraverso il riferimento alle regole dell'ordinamento generale.

A ciò si aggiunga che la protezione dei dati personali si realizza, non solo attraverso l'applicazione di regole e principi, ma, come abbiamo visto, anche attraverso sequenze procedimentali di esercizio dei diritti e di adempimento degli obblighi previsti, quasi a configurare un controllo *in itinere* del trattamento.

Proprio la previsione di una disciplina di carattere procedimentale, articolata in regole e principi generali, conduce alla tutela del diritto alla protezione dei dati personali esclusivamente attraverso il bilanciamento, nel procedimento, di interessi sostanziali contrapposti riconosciuti dall'ordinamento. La liceità del trattamento dei dati si traduce, così, nel contemperamento di posizioni soggettive contrapposte interessate dall'attività di trattamento, dall'iniziativa economica alla salute.

Da queste considerazioni risulta che il diritto alla protezione dei dati personali è una posizione soggettiva essenzialmente 'strumentale'. Infatti, la realizzazione del suo oggetto – rappresentato da un trattamento dei dati personali giuridicamente corretto perché conforme alla disciplina di legge (con le sue regole, i suoi principi, i suoi diritti ed obblighi specifici) – costituisce lo strumen-

to per l'attuazione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona garantiti dal legislatore mediante questo articolato meccanismo di tutela. Così, per altro verso, nella misura in cui le prescrizioni sul trattamento vengano applicate, anche per il tramite dell'azione dell'amministrazione, si realizzano i diritti fondamentali della persona. Peraltro, anche il diritto all'utilizzazione dei dati personali risulta strumentale alla realizzazione delle pretese soggettive e degli interessi sostanziali riconducibili a chi effettua il trattamento.

Dopo avere delineato i caratteri del processo di giuridificazione pare possibile indicarne gli esiti e i possibili sviluppi nel contesto giuridico e sociale, pur per sommi capi date le dimensioni di questo studio.

Come abbiamo visto, il processo ha condotto al passaggio da una tutela proprietaria della propria sfera personale a meccanismi di garanzia del diritto alla protezione dei dati personali.

La c.d. *data protection* non esclude l'invasione della sfera personale determinata dall'utilizzo delle informazioni soggettive, ma la consente secondo canoni di sostenibilità. La disciplina si traduce, quindi, in forme di bilanciamento (amministrativo-regolatorio o giurisdizionale) degli interessi coinvolti. Si tratta da un lato di interessi personali, economici, sociali, culturali ecc. che impongono il trattamento, dall'altro di interessi della stessa natura che tendono a limitarlo.

Nel medesimo tempo la disciplina della protezione dei dati personali impone che il trattamento delle informazioni avvenga per realizzare interessi giuridicamente rilevanti, ma non si occupa di prevedere un fondamento giuridico a questi ultimi, qualificandoli come meritevoli di tutela. Questo compito è rimesso al legislatore che detta le regole dell'ordinamento giuridico e costituzionale generale. In sostanza, la *data protection* bilancia gli interessi giuridici previsti *aliunde*, come leciti e giuridicamente fondati. Per questo appare una normativa neutra rispetto agli stessi interessi che deve solamente armonizzare.

Il diritto alla protezione dei dati personali, quindi, nel moderno sistema sociale tecnologico, appare come una posizione soggettiva che costituisce il presupposto per esercitare diritti classici (legati ad interessi giuridicamente rilevanti), già previsti dall'ordinamento nella dimensione del trattamento dei dati, come il diritto alla iniziativa economica, alla salute, alla libertà personale nelle sue varie declinazioni. In questo quadro appare superata – perché incompatibile con il nuovo sistema di protezione – la riservatezza intesa come sfera di riserbo sui propri fatti personali fine a se stessa, ovvero come *privacy* nella sua primordiale accezione.

In questo senso, la normativa sulla protezione dei dati personali appare come una disciplina generale, o meglio, trasversale, come tale in grado di interessare tutti i settori della vita sociale e tutte le attività dei soggetti pubblici e privati.

Così, la *data protection*, con i suoi meccanismi di bilanciamento, coinvolge e condiziona una serie di interessi giuridici classici, come i diritti della persona,

l'iniziativa economica, la sicurezza e l'ordine pubblico, i diritti di informazione, e, nella dimensione squisitamente pubblicistica, l'accesso ai documenti amministrativi e la trasparenza dell'agire pubblico.

Non è possibile in questa sede porre in luce i possibili esiti di questo coinvolgimento, date le dimensioni di questo studio. Tuttavia, è possibile considerare che l'efficacia del sistema normativo dipenderà in gran parte dalla sua applicazione come meccanismo diretto a garantire la ponderazione e la compatibilità di interessi soggettivi sostanziali già qualificati come giuridicamente rilevanti per l'ordinamento generale.

In altri termini, la normativa non deve essere considerata come insieme di meccanismi di attuazione di un interesse considerato prevalente in via pregiudiziale, pena la disattivazione degli stessi meccanismi di protezione. Più precisamente non può essere considerato uno strumento di reazione sistematica nei confronti di ogni attività, evidentemente lecita per l'ordinamento, che implica l'utilizzo di informazioni personali.

Così, la disciplina della protezione dei dati personali non deve essere considerata come una moderna tutela del diritto alla riservatezza (intesa, come fa la nostra giurisprudenza, quale *privacy* nella sua versione originaria di riserbo sui fatti della sfera personale) da fare prevalere sempre in ogni ipotesi di trattamento, frustrando sistematicamente gli interessi contrapposti ed impedendo che la normativa e la regolazione operino quali strumento di mediazione degli interessi coinvolti.

Simmetricamente, i meccanismi di *data protection* non dovranno essere considerati disciplina di secondo piano e cedevole di fronte a sistemi normativi tradizionali (e, occorre dirlo, più nitidi nella loro struttura e funzione) quali quelli, in ambito pubblico, diretti a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa o i poteri di gestione del rapporto di lavoro ad opera dell'imprenditore.

Insomma i soggetti istituzionali chiamati all'attuazione del sistema dalla protezione dei dati personali, per dare reale attuazione alla normativa, dovranno esercitare i propri poteri di discrezionalità legislativa ed amministrativa senza pregiudizi, per garantire, nei vari settori di attività sociale, la coesistenza «sostenibile» e conforme ai principi costituzionali di pretese contrapposte.

In questo quadro un ruolo fondamentale è attribuito al Garante per la protezione dei dati personali, che dovrà essere consapevole del proprio ruolo di mediazione e dovrà esercitarlo valendosi degli strumenti di partecipazione dei soggetti sociali interessati messi a disposizione dall'ordinamento.



*Note*

- <sup>1</sup> Corte Suprema, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- <sup>2</sup> Corte Suprema, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).
- <sup>3</sup> C. eur. dir. uomo, 26.03.1987, *Leander c. Svezia*.
- <sup>4</sup> C. eur. dir. uomo, 25.09.2001, *P. G. e J. H. c. Regno Unito*.
- <sup>5</sup> C. eur. dir. uomo, 16.12.2000, *Amann c. Svizzera*.
- <sup>6</sup> C. eur. dir. uomo, 4.05.2000, *Rotaru c. Romania* e C. eur. dir. uomo, 7.07.1989, *Gaskin c. Regno Unito*.
- <sup>7</sup> C. eur. dir. uomo, 14.02.1997, *Z. c. Finlandia*.
- <sup>8</sup> L. 31.12.1996, n. 675.
- <sup>9</sup> D.lgs. 30.06.2003, n. 196.

*Riferimenti bibliografici*

- Baldassarre A. 1974, *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma.
- Bardusco A. 2004, *commento all'art. 1*, in A. Zucchetti *et al.*, *Codice della privacy: commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196*, Giuffrè, Milano: 12-24.
- Bonfanti M.E. 2011, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*: 437 sgg.
- Brandeis L.D., Warren S. 1890, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4: 193 sgg.
- Busia G. 2000, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento vol. 1, Utet, Torino: 476-510.
- Buttarelli G. 1997, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione: commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*, Giuffrè, Milano.
- Caldirola D. 2006, *Il diritto alla riservatezza*, Cedam, Padova.
- Cardarelli F., Sica S., Zeno-Zencovich V. 2004, *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, Giuffrè, Milano.
- Castronovo C. 1998, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano: 189-224.
- Cortese B. 2013, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*: 313 sgg.
- Cuffaro V., D'Orazio R., Ricciuto V. (a cura di) 2007, *Il codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- De Hert P., Gutwirth S. 2009, *Data protection in the case law of Strasbourg ad Luxembourg: constitutionalisation in action*, in S. Gutwirth *et al.* (a cura di), *Reinventing data protection*, Springer: 3-44.
- Di Martino A. 2005, *La protezione dei dati personali*, in S.P. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Jovene, Napoli: 365-481.
- Donati F. 2001, *Commento all'art. 8 Protezione di dati di carattere personali*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna: 83-88.
- Gozzi G. 2000, *Diritti dell'uomo e democrazia costituzionale. Considerazioni sulla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, in P.C. Bori (a cura di), *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, Clueb, Bologna: 45-55.
- Harris D., O'Boyle M., Bates E., Buckley C. *et al.* 2014, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 2000
- Messina M. 2004, *I diritti dell'interessato*, in F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, Giuffrè, Milano: 65-111.

- Migliazza M. 2004, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Giuffrè, Milano.
- Nino M. 2014, *La risoluzione dell'assemblea generale delle nazioni unite sulla tutela della «privacy» nell'era digitale: importanti luci, ma non poche ombre*, in *Diritto del commercio internazionale*: 765 sgg.
- Pallaro P. 2002, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano.
- Palmer V. 2011, *Three Milestones in the History of Privacy in the United States*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 26: 67 sgg.
- Pineschi L. 2004, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano: 67-78.
- Prosser W. 1960, *Privacy*, in *Cal. L. Rev.*, 48: 383 sgg.
- Resta G. 2007, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*: 1043 sgg.
- Ricciuto V. 2007, *Le finalità del codice*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino: 13-18.
- Rodotà S. 2004, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della privacy*, in *Europa e diritto privato*: 1 sgg.
- Santaniello G. (a cura di) 2005, *La protezione dei dati personali*, Cedam, Padova.
- Sica S. 2004, *Commento agli artt. 1-6*, in S. Sica, P. Stanzone (a cura di), *La nuova disciplina della privacy: commento al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Zanichelli, Bologna: 3-38.
- Sica S., Stanzone P. (a cura di) 2005, *La nuova disciplina della privacy: commento al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Zanichelli, Bologna.
- Tiberi G. 2009, *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle carte e nelle corti sovranazionali (in attesa del trattato di Lisbona) (I parte)*, in *Cassazione penale*: 4467 sgg.
- 2010, *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle carte e nelle corti sovranazionali (II parte fondamentali dell'Unione Europea)*, in *Cassazione penale*: 355 sgg.
- Varani E. 2005, *Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario. Dalla Carta dei diritti al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali»*, in *Giustamm.it*, 4, <<https://www.giustamm.it/bd/dottrina/2106>> (12/2016).



# LA CONCORRENZA: ITINERARI DI UNA GIURIDIFICAZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

*Samuel Cornella, Silvia Pellizzari*

SOMMARIO – 1. Introduzione. 2. La disciplina antitrust di cui alla l. n. 287/90. 3. Concorrenza nel mercato. 4. Concorrenza per il mercato. 5. Tutela della concorrenza e interessi privati. 6. Il *private enforcement* della disciplina antitrust. 6.1 Interessi tutelati e rimedi esperibili. 6.2 Il rapporto tra *public* e *private enforcement*. 6.3 La tutela dell'interesse privato nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM. 7. La concorrenza nel mercato: regolazione pubblica e interessi privati. 8. La concorrenza per il mercato: gli interessi delle imprese nelle gare pubbliche. 9. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

La progressiva giuridificazione dei fenomeni economici risulta particolarmente evidente in materia di concorrenza.

È ben noto che, sino al 1990, l'ordinamento italiano tutelava la concorrenza soltanto attraverso poche disposizioni del codice civile, peraltro riconducibili solo in senso lato alla protezione di un corretto sviluppo delle dinamiche di mercato. Le regole di cui all'art. 2598 c.c. sulla concorrenza sleale, infatti, tutelano in prima battuta l'interesse dell'imprenditore leso dalla scorrettezza professionale altrui e soltanto in via mediata la concorrenza come valore giuridico autonomo.

Ed invero, per sottolineare come una prospettiva di effettiva ed organica tutela della concorrenza fosse estranea al codice civile, è sufficiente richiamare l'art. 2616 c.c. che, sebbene mai attuato, 'istituzionalizzava' pratiche di cartello attraverso la promozione di consorzi 'obbligatori' volti a rispondere alle esigenze di organizzazione della produzione nazionale.

A partire dal 1957, una disciplina della concorrenza nell'ordinamento nazionale era in realtà positivizzata dagli artt. 85 e 86 T.C.E., ancorché prassi e legislazione interna siano rimaste per molti anni impermeabili rispetto alla crescente applicazione delle disposizioni europee sulle intese e sull'abuso di posizione dominante, che pure la Corte di Giustizia aveva da tempo qualificato come direttamente applicabili negli Stati membri.

Per oltre 30 anni, in Italia, sono quindi mancate una legislazione nazionale ed una cultura giuridica a tutela della concorrenza come valore pubblico, laddove invece gli Stati Uniti ed il Canada si erano dotati di una disciplina antitrust già alla fine del 1800 e diversi Stati europei stavano affinando l'applicazione di specifiche legislazioni nazionali largamente debitorie dell'influenza europea e americana.

La situazione si presenta oggi molto diversa rispetto al passato, dacché la concorrenza è nel frattempo divenuta ‘materia’, ‘bene giuridico’, ‘valore’ e ‘principio’ dotato di una vera e propria pervasività (Corso, 2002: 985). Di più, la ‘tutela della concorrenza’ è ormai considerata un ‘fine’ tendenziale dell’ordinamento, come ha spiegato la Corte costituzionale qualificando la corrispondente materia – di esclusiva competenza statale ai sensi dell’art. 117 Cost. – come ‘trasversale’ e suscettibile di ridurre il principio autonomistico delle regioni<sup>1</sup>.

Sebbene la concorrenza sia stata elevata a ‘super principio’ dell’ordinamento, la corrispondente nozione rimane piuttosto incerta sia sotto il profilo giuridico che in campo economico, dove pure ha trovato origine. Sorprende, infatti, che il concetto di concorrenza – pur tutelato attraverso le regole antitrust e una moltitudine di riferimenti frammentati e disorganici – non venga enunciato in termini generali dalla legislazione nazionale, né europea, quasi che lo stesso debba ritenersi auto-evidente (Libertini, 2010: 97).

Nondimeno, la concorrenza evoca oggi l’idea del raggiungimento di risultati auspicabili in termini di allocazione efficiente delle risorse e, più in generale, l’idea di un corretto funzionamento dei mercati tale da garantire la crescita economica di un dato Stato.

In generale è possibile osservare che, trasferita dal terreno economico a quello giuridico, la concorrenza si qualifica in due accezioni. La prima si riferisce ad una o più ‘relazioni’ fra una pluralità di soggetti attivi su un determinato mercato (c.d. diritto antitrust); la seconda attiene invece a determinati obiettivi che le istituzioni devono perseguire affinché un dato sistema economico risponda ai canoni dell’economia di mercato e ai guadagni di efficienza riconducibili a tale assetto. In questo caso, non ci si limita a descrivere una situazione di fatto riguardante una serie di relazione fra imprese, ma si cerca piuttosto di ‘conservare’ o di ‘promuovere’ per il futuro un assetto di mercato concorrenziale, agendo sulla conformazione del mercato stesso (Trimarchi Banfi, 2013: 15).

Dovendo qui determinare per sommi capi le diverse accezioni del concetto di concorrenza rilevanti ai fini della presente trattazione, possiamo fare riferimento alla partizione invalsa in dottrina e giurisprudenza fra la classica disciplina antitrust di cui alla l. 10.10.1990, n. 287 e i diversi concetti di concorrenza ‘nel mercato’ e di concorrenza ‘per il mercato’.

Nel primo caso, ci si riferisce alla legislazione antimonopolistica di cui il nostro ordinamento si è dotato ad un secolo esatto dall’approvazione dello *Shermann act* e che prevede le tre classiche fattispecie sui cui si concentrano le discipline antitrust: intese anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante e controllo preventivo delle concentrazioni.

Il concetto di concorrenza ‘nel mercato’ include invece una serie di misure di regolazione economica tra loro eterogenee, che possono riguardare l’acces-

so a mercati dotati di particolari caratteristiche strutturali, così come l'organizzazione e l'attività delle imprese che su quei mercati operano. Risulta significativo come, sempre più spesso, al concetto di regolazione economica si usi abbinare l'aggettivo pro-concorrenziale, quasi che la locuzione costituisca ormai una sorta di endiadi.

Con il concetto di concorrenza 'per il mercato', si indicano infine quelle regole a rilevanza pubblica che mirano a tutelare i valori di concorrenzialità e libera circolazione dei fattori produttivi all'interno del mercato unico europeo, garantendo massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica in materia di contratti pubblici.

## 2. *La disciplina antitrust di cui alla l. n. 287/90*

La l. n. 287/1990 introduce, all'interno dell'ordinamento nazionale, l'interesse alla concorrenza intesa come disciplina antitrust, riprendendo le disposizioni del Trattato di Roma sulle intese e sull'abuso di posizione dominante. La legge ricalca, poi, le disposizioni europee sul controllo delle concentrazioni (Reg. CEE 21.12.1989, n. 4064, ora confluite nel Reg. CE 20.01.2004, n. 139).

La legge nazionale ha istituito altresì l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM), sin da subito considerata una sorta di archetipo delle autorità indipendenti per la neutralità delle funzioni esercitate e per l'alto grado di indipendenza dal potere politico ed economico. All'Autorità sono riconosciuti poteri di *adjudication* consistenti nell'applicare la normativa antitrust in casi concreti e all'esito di procedimenti paragiurisdizionali entro i quali garantire il contraddittorio 'orizzontale' tra imprese con interessi contrapposti e, soprattutto, il contraddittorio 'verticale' tra l'AGCM e le imprese passibili di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate.

In questa sede non è possibile soffermarsi sui molti temi che hanno animato il dibattito scientifico sull'AGCM (Torchia, 2013: 501). Ciò che si intende fare è verificare come l'originaria struttura della l. n. 287/1990 sia stata interpretata ed arricchita nel corso del tempo, sia sotto il profilo delle regole sostanziali, che sotto il profilo degli strumenti di cui gode l'Autorità per esercitare la propria funzione. Tale processo evolutivo è avvenuto nell'ambito di un 'dialogo romano' fra l'AGCM, il TAR Lazio, dotato di competenza funzionale nel sindacare gli atti dell'Autorità, ed il Consiglio di Stato.

L'apporto della giurisprudenza è risultato decisivo per riempire di contenuti una disciplina 'per principi' entro cui ricorrono diversi concetti giuridici indeterminati, che l'AGCM ed i giudici sono chiamati di volta in volta ad estrinsecare (Chieppa, 2014: 190).

Al riguardo, il giudice amministrativo ha cercato di adeguare la nascente prassi applicativa nazionale agli indirizzi della Corte di Giustizia e della Commissione europea, attuando la previsione legislativa che richiede un'interpretazione della disciplina nazionale in linea con quella europea (De Lise, 2014: 72).

La preponderante influenza europea sulla disciplina antitrust nazionale è peraltro ben desumibile anche dal Reg. CE 16.12.2002, n. 1/2003, che richiede alle autorità nazionali di concorrenza (ANC) un'applicazione congiunta della legislazione interna e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. nei casi in cui vi sia un illecito nazionale che incida sugli scambi fra Stati membri<sup>2</sup>.

Sotto diverso profilo, il Regolamento istituzionalizza il ruolo di guida della Commissione rispetto alle ANC, dando vita a una rete di autorità di tutela della concorrenza (ECN), che mette in costante contatto fra loro le Autorità dei diversi Stati membri e la Commissione UE, dotata di un ruolo di impulso e coordinamento.

Se l'operatività dell'ECN risulta, per un verso, funzionale ad una trattazione congiunta fra diverse ANC di taluni procedimenti antitrust, per altro verso l'allocazione dei casi all'interno della rete – basata su regole di *soft law* – solleva diversi problemi di certezza del diritto, prevedibilità delle sanzioni e rispetto delle tutele procedurali legati alla gestione di procedimenti multi-giurisdizione le cui diverse fasi possono risultare di competenza di diverse autorità (nazionali o europea), che agiscono sulla base di differenti regole procedurali e sostanziali.

Quanto agli strumenti a disposizione dell'Autorità per perseguire le pratiche anticoncorrenziali ed attuare, così, il c.d. *public enforcement* della disciplina antitrust, deve senza dubbio essere segnalata, sulla scorta del diritto europeo, l'introduzione delle decisioni con impegni e dei programmi di clemenza<sup>3</sup>.

L'introduzione delle decisioni con impegni all'interno della l. n. 287/1990 è considerata una delle più importanti innovazioni nel corso della storia del diritto nazionale della concorrenza (Siragusa, 2010: 385). Tali decisioni permettono di definire un dato procedimento tramite l'assunzione, da parte dell'impresa coinvolta, di impegni formali che facciano venire meno i profili anticoncorrenziali che avevano originariamente portato all'avvio di una istruttoria da parte dell'Autorità. Una volta accettati, gli impegni vengono resi obbligatori dall'AGCM, che chiude il procedimento senza accertare l'infrazione a carico dell'impresa e, quindi, con un provvedimento di archiviazione.

Sotto il profilo teorico, la possibilità di orientare le condotte d'impresa attraverso impegni specifici induce a riconsiderare, almeno potenzialmente, la supposta neutralità delle funzioni esercitata dall'AGCM, dacché vi è la possibilità di individuare una seppur latente componente regolatoria nell'azione



della stessa. La valutazione degli impegni può infatti richiedere un giudizio in termini di opportunità o meno della soluzione ‘conciliativa’ prescelta, ma anche di maggiore o minore efficacia degli impegni individuati rispetto alle condotte d’impresa che si vogliono scongiurare e ai diversi e contrapposti interessi in gioco (Cerulli Irelli, 2010: 343).

In tema di decisioni con impegni, la giurisprudenza nazionale ed europea hanno affrontato, nel corso degli anni, diverse questioni relative alla tutela dei terzi controinteressati e alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità nella determinazione degli impegni, così come di evitare derive regolatorie da parte dell’Autorità antitrust<sup>4</sup>.

Nondimeno, l’alta – per taluni eccessiva – frequenza con cui questo istituto è utilizzato rischia di danneggiare il già lento sviluppo del *private enforcement* della disciplina antitrust che è di norma basato sulle irrinunciabili risultanze istruttorie dei procedimenti condotti dalle Autorità di concorrenza nazionali ed europea (Ghezzi, 2012: 447).

Sotto diverso profilo, anche i programmi di clemenza sembrano uno strumento particolarmente efficace per supportare l’azione di *public enforcement* dell’autorità antitrust e per ridurre l’endemica asimmetria informativa che grava su quest’ultima nel momento in cui cerca di individuare l’esistenza di cartelli anticoncorrenziali.

In sintesi, tali programmi prevedono la possibilità di garantire l’immunità all’impresa che disveli all’autorità antitrust l’esistenza di un cartello di cui la stessa è parte, denunciando gli altri componenti della cospirazione anticoncorrenziale. Sconti di pena decrescenti sono poi garantiti agli altri componenti del cartello che, a seguito dell’autodenuncia originaria, decidano di scegliere a propria volta la via della collaborazione, portando un valore aggiunto all’istruttoria in corso.

Sebbene presente in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali europei e d’oltreoceano, l’istituto dei c.d. *leniency programs* ha sollevato un vivace dibattito sull’utilità dello strumento ai fini di un’effettiva tutela della concorrenza.

Tale dibattito vede divisi coloro che ritengono i programmi di clemenza un’irrinunciabile leva per rompere l’equilibrio collusivo di cartelli che altrimenti non verrebbero mai scoperti e coloro che mettono in guardia dal pericolo di ridurre l’effetto deterrente della disciplina antitrust attraverso un approccio troppo lassista.

Al di là del dibattito generale sull’utilità dell’istituto, è necessario segnalare che il suo utilizzo pone una serie di delicati problemi connessi alla necessità di sollecitare la collaborazione delle imprese e di non vanificare l’incentivo a cooperare esponendo le stesse ad azioni private per il risarcimento del danno basate sulle dichiarazioni confessorie rese (Nascimbene, 2012: 731).

Si profila quindi un'ulteriore contraddizione fra il *public* ed il *private enforcement* della disciplina *de qua*.

Un significativo indice della crescente valorizzazione della tutela della concorrenza emerge da ultimo analizzando la previsione di cui al recente art. 21 *bis* della l. n. 287/1990 che ha conferito all'AGCM il potere di impugnare dinnanzi al giudice amministrativo «gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

L'esercizio di tale potere risulta condizionato all'emanazione di un parere motivato entro 60 giorni dall'adozione dell'atto ritenuto lesivo. Nel caso in cui la pubblica amministrazione non si conformi a tale parere, l'AGCM può presentare ricorso innanzi al giudice amministrativo entro il termine di 30 giorni.

Il potere di ricorso dell'AGCM è stato definito come una «novità dirompente» all'interno del processo amministrativo nella misura in cui, per alcuni, introdurrebbe aspetti riconducibili alla giurisdizione di diritto oggettivo, generando possibili problemi di compatibilità con l'art. 103 Cost. (Cintioli, 2012: 7).

Altri commentatori hanno invece qualificato il potere dell'Autorità come la manifestazione in via di azione di una posizione soggettiva sostanziale, riconoscendo all'AGCM il ruolo di soggetto deputato *ex lege* alla protezione dell'interesse pubblico e diffuso alla tutela della concorrenza (Sandulli, 2012: 18).

Per parte propria – pur evitando di entrare nel merito e con una sentenza in punto di ammissibilità – la Corte costituzionale ha osservato che non si deve parlare di un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, quanto piuttosto di un «potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato», che integra i poteri consultivi e conoscitivi già attribuiti in precedenza all'AGCM<sup>5</sup>.

Tuttavia, nel silenzio della disposizione specifica, la peculiarità dell'azione dell'AGCM porta a dover ricostruire in via interpretativa alcune regole processuali destinate a regolare il ricorso dell'AGCM, dacché si tratta di un'azione invero innovativa, che implica un giudizio dinnanzi al TAR fra un'amministrazione ricorrente ed una resistente con caratteri del tutto peculiari<sup>6</sup>.

### 3. Concorrenza nel mercato

Quello della regolazione pro-concorrenziale è un tema che interessa mercati di notevole importanza e dotati di caratteristiche strutturali ben specifiche.

Si tratta di mercati, un tempo appannaggio di un monopolista di Stato (*incumbent*), con struttura a rete, che necessitano di infrastrutture essenziali

– di sovente non duplicabili per ragioni fisiche e/o finanziarie –, con alte barriere all'entrata e caratterizzati da elevati costi fissi legati agli investimenti.

Inoltre, l'ex monopolista proprietario delle infrastrutture essenziali mantiene di sovente un vantaggio competitivo legato al controllo di tecnologie la cui conoscenza è vitale per l'operatività di eventuali concorrenti.

Tutte queste circostanze hanno giustificato, anche in virtù dell'influenza dell'ordinamento europeo, l'adozione di regole che permettano ai nuovi *players* di operare in condizioni di tendenziale parità rispetto all'*incumbent*.

La progressiva apertura alla concorrenza di settori un tempo riservati ha dimostrato la necessità di individuare soggetti pubblici che dettino a propria volta regole pro-concorrenziali di dettaglio da far rispettare agli operatori economici di settore.

Queste autorità sono, quindi, le protagoniste di un'ulteriore fase di giuridificazione che si estrinseca in provvedimenti di regolazione a carattere altamente tecnico finalizzati a disciplinare i mercati attraverso misure che possono riguardare la struttura dei prezzi, l'organizzazione societaria e contabile delle imprese o, ancora, i rapporti tra *incumbent*, *new comers* e consumatori/utenti. Anche in questo caso, l'influenza di modelli, rimedi e soluzioni di matrice comunitaria è stata favorita dall'integrazione organizzativa delle *authorities* di settore all'interno di reti europee.

In particolare l'applicazione delle regole pro-concorrenziali ha posto delicate questioni interpretative nel campo dei servizi di interesse economico generale (SIEG). Il dibattito è maturato attorno alle previsioni dell'art. 106 T.F.U.E. e alle omologhe disposizioni vigenti a livello nazionale. Anche su questi temi, l'apporto della giurisprudenza e del diritto europei sono stati decisivi, come dimostra la progressiva marginalizzazione a livello nazionale del controverso concetto di 'servizio pubblico', in favore della definizione europea di 'servizio di interesse economico generale'.

Inoltre, tanto il diritto europeo quanto quello interno hanno testimoniato l'esigenza di considerare la rilevanza dei profili sociali e di uguaglianza legati alla regolazione dei servizi di interesse economico generale. Si pensi, per fare un solo esempio, al tema della compensazione degli obblighi di servizio universale, almeno in parte indirizzata dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia in *Altmark*<sup>7</sup>.

Giova, infine, sottolineare la crescente attenzione per gli aspetti procedurali legati all'esercizio della funzione regolatoria che è oggi oggetto di una serie di composite discipline finalizzate a garantire la partecipazione di tutti gli *stakeholders*, secondo un meccanismo di *notice and comment* diretto a garantire il diritto di essere sentiti da parte dei *players* di settore e a permettere l'acquisizione di preziose informazioni ai regolatori.

La funzione regolatoria viene pertanto in rilievo non solo come ‘prodotto’, ma anche come ‘processo’ dotato di una propria autonomia concettuale e di principi ordinanti per molti versi peculiari.

#### *4. Concorrenza per il mercato*

Con la legge di contabilità dello Stato del 1923, e con il successivo regolamento attuativo del 1924, si abbracciava un concetto di evidenza pubblica volto a garantire l’interesse finanziario della stazione appaltante alla stipula di un contratto a condizioni favorevoli.

In quell’ottica, l’interesse ad una corretta concorrenza tra gli operatori privati veniva tutelato unicamente in via indiretta ed in quanto dipendente dalla sussistenza di una lesione dell’interesse della stazione appaltante.

Tale prospettiva viene radicalmente innovata con le Direttive europee in materia di appalti succedutesi a partire dal 1971 e, in particolare, con le Direttive CE 31.03.2004, n. 17 e 18, che individuano come principale obiettivo della disciplina sui contratti pubblici quello di garantire la concorrenza fra imprese per creare un mercato unico europeo.

Sulla base di tale impostazione finalistica, il richiamo al principio di concorrenza fra imprese, intimamente legato a quello di massima partecipazione e non discriminazione, risulta ancillare rispetto alla costruzione del mercato interno europeo.

Con un indirizzo ormai risalente, i principi a tutela del mercato interno e della concorrenza sono stati estesi anche ai contratti con valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, a conferma dell’influenza europea<sup>8</sup>.

Da ultimo, le Dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state sostituite dalle Direttive UE 26.02.2014, n. 24 e 25 che propongono un approccio nuovo da parte del legislatore europeo volto ad incorporare, all’interno della disciplina sui contratti pubblici, una serie di obiettivi ulteriori, di natura sociale e ambientale. Se, per un verso, tale impostazione ‘multilaterale’ segna un salto di qualità rispetto alle precedenti Direttive e riprende gli obiettivi della strategia ‘Europa 2020’, per altro verso, il fine di garantire la tutela della concorrenza rimane interesse primario e le nuove regole devono essere interpretate in modo da risultare compatibili e coerenti con i canoni di massima partecipazione, trasparenza e concorrenzialità fra imprese.

L’effettività del principio di concorrenza costituisce, quindi, una sorta di limite rispetto alla affermazione di altri e diversi interessi, che devono essere temperati con il consolidato e pervasivo impianto di regole, principi ed istituti posti a tutela delle dinamiche concorrenziali e di mercato.

### 5. *Tutela della concorrenza e interessi privati*

Nel contesto dello Stato regolatore, l'interesse concorrenziale appare come una funzione che, oltre a organizzare gli apparati pubblici e a dirigerne l'attività regolatoria e autoritativa, condiziona la libertà individuale e l'autonomia negoziale dei soggetti presenti nel mercato.

Ciò determina conseguenze significative sulla validità e liceità degli atti e dei comportamenti privati e sulla tutela delle situazioni giuridiche di volta in volta rilevanti.

Di seguito, verranno dunque analizzati alcuni temi connessi alla tutela privatistica della concorrenza.

In primo luogo, saranno oggetto d'indagine la disciplina antitrust e gli istituti che compongono il suo c.d. *private enforcement*. Successivamente, verrà affrontato il tema degli interessi protetti dagli interventi di concorrenza 'nel mercato'.

Infine, con riferimento alla concorrenza 'per il mercato', si procederà a verificare come questa incida sull'esercizio dell'autonomia negoziale dell'amministrazione in materia dei contratti pubblici e sulla tutela degli operatori economici concorrenti.

### 6. *Il private enforcement della disciplina antitrust*

Come noto, a livello nazionale e sovranazionale, è da tempo in corso un ampio dibattito circa l'opportunità di promuovere, sulla scia dell'esperienza statunitense, l'adozione di una disciplina relativa al cd. *private enforcement* delle disposizioni antitrust, che dovrebbe affiancarsi alle funzioni esercitate dall'AGCM e dalla Commissione europea (c.d. *public enforcement*).

I meccanismi di *private enforcement* implicano che la tutela della concorrenza sia imposta a garanzia non solo dell'interesse pubblico alla realizzazione di un mercato concorrenziale, ma anche degli interessi, patrimoniali e non, dei soggetti presenti nel mercato, siano esso i concorrenti, i consumatori finali o anche le istituzioni pubbliche.

Se, in passato, la tutela privatistica della concorrenza trovava un parziale fondamento nell'interpretazione estensiva della correttezza professionale di cui alle disposizioni civilistiche in materia di concorrenza sleale, in epoca più recente il diritto UE ha fatto propri gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia<sup>9</sup> e dalla Commissione, licenziando la Direttiva UE 26.11.2014, n. 104 volta ad armonizzare le discipline nazionali sul risarcimento dei danni derivanti da illeciti antitrust.

In vista del suo recepimento a livello nazionale, avvenuto nei primi giorni del 2017 con un richiamo pressoché letterale alle disposizioni contenute nel-

la Direttiva, si è acuito l'interesse scientifico per gli elementi costituiti della tutela privatistica delle posizioni giuridiche soggettive garantite dalla disciplina antitrust.

Tra i molteplici spunti di riflessione, particolarmente interessanti sono quelli relativi alla natura e funzione del rimedio risarcitorio e ai delicati rapporti tra *public* e *private enforcement*.

### 6.1 Interessi tutelati e rimedi esperibili

Uno degli obiettivi principali della Dir. 2014/104/UE è quello di garantire, a qualsiasi persona fisica o giuridica, il risarcimento del danno prodotto da un atto o da un comportamento compiuto in violazione del diritto antitrust.

Tuttavia, tale rimedio risarcitorio rappresenta solo uno dei possibili strumenti di tutela a fronte dell'illecito antitrust; nulla esclude, infatti, che a livello nazionale si prevedano rimedi di natura cautelare, inibitoria e restitutoria o meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Al carattere riparatorio dell'azione (Barcellona, 2010: 62) si accompagna una funzione deterrente (Denoza, Toffoletti, 2010: 198) finalizzata a scoraggiare gli operatori economici dal porre in essere condotte anticompetitive. In questo senso si giustifica l'ampia legittimazione attiva all'azione, che viene riconosciuta a 'chiunque' si ritenga vittima di una violazione della disciplina antitrust, compresi i consumatori, gli operatori economici e le autorità pubbliche.

Nonostante la Dir. 2014/104/UE non se ne occupi direttamente, accanto al tema della legittimazione individuale si pone quello delle azioni collettive e/o rappresentative che l'Unione ha affrontato, da ultimo, in alcuni documenti di *soft law* del giugno 2013 riguardanti i meccanismi di ricorso collettivo per le violazioni di 'diritti a portata diffusa' conferiti dal diritto UE<sup>10</sup>.

Nel diritto italiano occorre fare riferimento alle disposizioni contenute nel Codice del Consumo e, in particolare, all'art. 140 *bis* che, al co. 2 lettera c), tutela espressamente «i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali» secondo lo schema dell'azione di classe con *opting in*.

Più problematico è invece il ricorso all'azione rappresentativa delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo in quanto l'art. 139 non richiama, tra gli interessi tutelati, quelli pregiudicati dalle pratiche anticoncorrenziali.

Sul punto è, invece, significativo quanto previsto dagli artt. 1 e 2 della l. 11.11.2011, n. 180 (c.d. Statuto delle imprese), secondo cui l'impresa e l'imprenditore, in quanto titolari della libertà di iniziativa economica, sono ti-

tolari anche della libertà di concorrenza sulla base dei principi riconosciuti dall'Unione europea.

La disposizione induce a interpretare la libertà di concorrenza non solo quale interesse strumentale rispetto a quello primario della libertà di iniziativa economica, ma anche quale interesse autonomo che completa il patrimonio giuridico dell'imprenditore, diventando così anche comune e omogeneo rispetto ad una intera categoria.

Per questo motivo il successivo art. 4 legittima le associazioni di categoria più rappresentative a proporre azioni in giudizio a tutela di interessi che appartengono alla generalità dei soggetti rappresentati o anche solo omogenei ad alcuni di questi.

Infine, il co. 2 dell'art. 4 attribuisce alle associazioni di categoria delle imprese la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi (anche di natura concorrenziale).

## 6.2 *Il rapporto tra public e private enforcement*

È diffusa l'opinione che un sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali è tanto più efficace quanto più combina strumenti di diritto pubblico e di diritto privato (Grillo, 2007: 203).

In via di principio le azioni private possono essere esperite anche in assenza di un procedimento amministrativo diretto all'accertamento della violazione. Si parla, in questi casi, di azioni *stand alone* rispetto a quelle *follow on* che hanno natura consequenziale rispetto ai provvedimenti dell'Autorità.

Tuttavia, la complessità dei fenomeni economici oggetto della disciplina, l'evoluzione degli strumenti a disposizioni delle Autorità garanti e la difficoltà di 'filtrare' nel processo ordinario gli interessi in gioco impongono, di fatto, il carattere ancillare dei rimedi privatistici rispetto al *public enforcement*.

La Dir. 2014/104/UE conferma questa tendenza con riferimento al regime delle prove nel giudizio risarcitorio e agli effetti delle decisioni amministrative sull'accertamento giudiziale dell'illecito.

Quanto al primo profilo, chi promuove l'azione, soprattutto se si tratta del consumatore, si trova in una situazione di asimmetria informativa ed è per questo inevitabile che le parti e il giudice considerino i fascicoli dell'Autorità garante quali fonti privilegiate per recuperare fatti e prove decisivi.

Tuttavia, se i giudici intendono ordinare la divulgazione di prove incluse nel fascicolo di una Autorità garante (non necessariamente quella nazionale), la legislazione europea pone una serie di limiti che dipendono, in parte, dalla strategia dell'impresa soggetta al procedimento amministrativo e, in parte, dall'interesse all'economicità, efficienza ed efficacia dell'azione pubblica.

Nel dettaglio, sono del tutto inaccessibili le dichiarazioni collegate ai programmi di clemenza (c.d. *leniency materials*) al fine di salvaguardare l'attrattiva e l'efficacia di tali strumenti.

Per quanto riguarda gli altri atti istruttori, l'accesso dipende dalla preesistenza o meno del documento rispetto al procedimento. Nel primo caso, gli atti sono sempre accessibili, mentre nel secondo caso lo diventano solo dopo la conclusione dell'attività procedimentale.

A completare il rapporto tra *public* e *private enforcement* c'è poi l'art. 9, che contiene una disposizione sugli effetti delle decisioni amministrative nazionali nel processo ordinario.

La direttiva dispone che l'accertamento della violazione del diritto antitrust contenuto in una decisione dell'Autorità garante nazionale divenuta definitiva – perché non contestata in sede giurisdizionale o perché confermata da una sentenza passata in giudicato – abbia efficacia vincolante nel giudizio instaurato dalla parte lesa.

Si tratta di una previsione che, con alcune attenuazioni, riporta sul piano nazionale quanto già previsto, rispetto alle decisioni della Commissione europea, dall'art. 16 (1) del Reg. CE n. 1/2003.

Tuttavia, la disposizione pone una serie di interrogativi soprattutto con riferimento alla peculiarità del meccanismo previsto, il quale impone di rendere vincolante nel processo qualcosa che non è stato accertato con le metodologie processuali, a prescindere dal fatto che, almeno nell'ordinamento italiano, i procedimenti antitrust siano garantiti da un elevato livello di contraddittorio e da efficaci garanzie procedurali.

### 6.3 *La tutela dell'interesse privato nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM*

Rispetto alla definizione dei procedimenti amministrativi diretti all'accertamento delle violazioni antitrust, ispirati alla logica della più ampia partecipazione dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati, concorrenti e consumatori non hanno solo, a monte, la facoltà di denunciare all'Autorità le possibili condotte anticompetitive, ma anche, a valle, la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale contro provvedimenti ritenuti lesivi delle loro posizioni giuridiche, come può avvenire, per esempio, nel caso di archiviazione di un'istruttoria.

Per la parte privata lesa dal comportamento illecito, quindi, anche il ricorso al giudice amministrativo può rappresentare una strategia processuale utile in vista del successivo esperimento dell'azione risarcitoria.

A tal riguardo è significativa la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 09.05.2011, n. 3964, resa nel caso Conto TV c. AGCM, ove i giudici amministrativi hanno



assunto una posizione che mette in luce la commistione tra *public* e *private enforcement* e i pericoli sottesi ad un possibile uso 'strumentale' dei diversi rimedi.

Il giudice amministrativo di primo grado ha annullato il provvedimento con il quale l'AGCM aveva chiuso un'istruttoria contro *Sky Italia* per presunta violazione dell'art. 102 T.F.U.E., accettando gli impegni da questa proposti. Come già evidenziato, il potere dell'AGCM di adottare decisioni con impegni consente all'impresa di chiudere il procedimento con l'archiviazione, evitando così l'accertamento dell'infrazione.

Il giudice amministrativo ha ritenuto che gli impegni proposti da *Sky Italia*, seppur atti a porre rimedio *pro futuro* ai profili anticoncorrenziali paventati dall'Autorità nell'avvio dell'istruttoria, non fossero comunque idonei a far venire meno gli effetti pregiudizievoli già prodotti dalla condotta.

Per questa ragione, si è ritenuto che l'AGCM avesse violato l'interesse della ricorrente ad ottenere una decisione di accertamento dell'infrazione, la quale sarebbe stata idonea a soddisfarne la pretesa sostanziale in considerazione della sua valenza probatoria in un eventuale contenzioso civile.

Una decisione di tale tenore può avere una portata dirompente sulla facoltà dell'AGCM di accettare impegni che non siano suscettibili di riparare integralmente i pregiudizi causati dalla condotta anticompetitiva.

Parimenti, non può non apparire criticabile la volontà del giudice di farsi carico delle ripercussioni in sede civile della decisione amministrativa che, in altra vicenda, ha addirittura indotto il Consiglio di Stato a 'snaturare' l'istituto delle decisioni con impegni, affermando che a queste sarebbe «pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito»<sup>11</sup>.

### 7. *La concorrenza nel mercato: regolazione pubblica e interessi privati*

La nozione di concorrenza 'nel mercato' costituisce un'espressione di sintesi rispetto a un complesso eterogeneo di strumenti giuridici affidati alle autorità di regolazione al fine di eliminare, in un dato mercato, le barriere e gli ostacoli che impediscono le dinamiche concorrenziali.

In questi casi, l'interesse alla concorrenza presenta caratteri parzialmente diversi rispetto alla disciplina antitrust. Esso giustifica interventi di regolazione, ma anche l'imposizione di obblighi e limiti positivi all'autonomia negoziale delle parti – si pensi alla determinazione dei prezzi o all'imposizione delle prestazioni riconducibili al servizio universale –, e deve essere necessariamente bilanciato con poteri pubblici di vigilanza e controllo anche nell'interesse di soggetti diversi dagli operatori economici, ovvero i c.d. contraenti deboli, i clienti e utenti del servizio.

In questo senso, gli interventi di regolazione nel mercato pongono alcune questioni in merito alla tutela degli interessi privati, che può assumere diverse forme.

Talvolta, gli obblighi e i diritti derivanti dalla regolazione pro-concorrenziale contribuiscono a tipizzare i doveri – e le relative pretese – di correttezza e buona fede nelle relazioni contrattuali, agevolando la prova della responsabilità *ex art. 1218 c.c.*

In altri casi, l'autonomia negoziale di una parte risulta estremamente ridotta, come nel caso della limitata facoltà di sospendere o recedere unilateralmente della fornitura di un servizio. Ciò può avvenire anche in vista della protezione di interessi ed esigenze sociali particolarmente avvertite, come si evince dagli obblighi di servizio pubblico imposti ai fornitori per la tutela dei clienti 'vulnerabili'.

Inoltre, le particolari forme che l'azione pubblica assume in questi settori danno vita a strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie sia tra le imprese, che tra queste e i consumatori.

È chiaro, poi, che i soggetti interessati agli atti di regolazione delle Autorità hanno la possibilità di beneficiare delle ampie garanzie procedurali previste dall'ordinamento e poste a presidio della legalità e legittimazione delle funzioni esercitate (Clarich, 2005: 164). Allo stesso tempo, ad essi è data la facoltà di impugnare i provvedimenti emananti per sindacarne la legittimità rispetto alle finalità pro-concorrenziali. In tema, si richiama una recente sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 19.05.2014, n. 5215, che ha annullato una delibera dell'AGCOM in materia di tariffe per alcuni servizi di telefonia mobile sull'assunto che l'Autorità «può imporre limitazioni tariffarie agli operatori del settore in quanto si sia in presenza di un contesto di mercato caratterizzato dall'assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile».

Tale situazione va accertata e dimostrata attraverso un «rigoroso processo di analisi di mercato» per verificare la necessità di una regolazione *ex ante* dello stesso. Nel caso di specie tale accertamento era mancato e, anzi, le parti ricorrenti avevano dimostrato che quel particolare mercato poteva già dirsi competitivo.

#### 8. *La concorrenza per il mercato: gli interessi delle imprese nelle gare pubbliche*

Come è noto, la procedura ad evidenza pubblica che precede la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione costituisce un limite all'autonomia negoziale di quest'ultima che, ricorrendo al mercato, ne crea contemporaneamente uno sul quale è chiamata a garantire il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali.

Perciò, l'art. 30 del d.lgs. 18.04.2016, n. 50 dispone che l'affidamento dei contratti deve avvenire nel rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

L'applicazione del principio di concorrenza nei procedimenti di selezione del contraente assume invero una duplice veste: da un lato, promuove e garantisce l'interesse delle imprese ad un mercato delle commesse pubbliche sempre più aperto; dall'altro, assicura che in una determinata gara sia rispettata la c.d. *par condicio* tra i partecipanti, ovvero una loro corretta competizione sulla base dei presupposti stabiliti dalla legge e dal bando.

Non è escluso che le due accezioni entrino in conflitto: la violazione da parte di un concorrente degli oneri tassativamente previsti a pena di esclusione impone la sua estromissione dalla gara nel rispetto della *par condicio*, non potendo prevalere l'opposto principio della massima partecipazione alla procedura<sup>12</sup>.

Si tratta di principi che contribuiscono a qualificare e differenziare le posizioni dei privati, i quali possono contestarne il rispetto attraverso il ricorso al giudice amministrativo contro gli atti di gara. Si tratta di interessi con contenuto diverso rispetto alla spettanza del bene della vita finale rappresentato dall'aggiudicazione.

In primo luogo, vi è l'interesse a che l'amministrazione proceda con una selezione aperta, rendendo così il contratto attribuibile a chi offra, in concorrenza con gli altri, la prestazione migliore<sup>13</sup>.

In secondo luogo, vi è l'interesse ad uno svolgimento corretto della selezione competitiva, onde evitare che l'amministrazione, direttamente o indirettamente, favorisca o pregiudichi la posizione di un'impresa rispetto alle altre. La tutela di tale interesse sussiste, per esempio, quando il ricorrente proponga censure idonee a travolgere l'intera procedura.

Allo stesso tempo, esso rappresenta il presupposto delle contestazioni circa la mancata esclusione di un altro partecipante alla gara sebbene la natura del processo amministrativo e il principio per cui i vizi del procedimento si convertono, di regola, in vizi dell'atto finale (i.e. l'aggiudicazione) impongano al titolare di far valere la violazione della *par condicio* quando si ritenga leso anche dalla mancata aggiudicazione a suo favore del contratto.

## 9. Conclusioni

L'analisi condotta ha messo in evidenza come la concorrenza rappresenti oggi – anche in virtù dell'effettività del diritto UE – un 'super principio' dell'ordinamento nazionale, che si articola in un complesso di interventi legislativi e di regolazione incidenti sui tradizionali istituti del diritto pubblico e privato, modificandone gli assetti tradizionali e i reciproci rapporti.

Nonostante la concorrenza rimanga, sotto il profilo giuridico, una nozione ancora piuttosto vaga essa, nondimeno, evoca l'idea del raggiungimento di risultati auspicabili in termini di allocazione efficiente delle risorse e, più in generale, di un corretto funzionamento dei mercati tale da garantire la crescita economica di un dato Paese.

In altre parole, tutelare la concorrenza diviene uno dei principali fini tendenziali dell'ordinamento nazionale e l'interesse concorrenziale, giuridificandosi, appare come una 'funzione' che non solo organizza gli apparati pubblici e ne dirige l'attività, ma impone anche limiti negativi e positivi alle libertà individuali di alcuni soggetti nei confronti di altri.

L'importanza del fine accresce parallelamente la necessità di garantirne e verificarne l'attuazione (il c.d. *enforcement*), da raggiungersi attraverso gli istituti che il sistema giuridico mette a disposizione del regolatore.

Questa prospettiva è, però, foriera di inevitabili criticità come il contributo ha cercato di dimostrare. La formulazione in senso finalistico di molte regole concorrenziali, infatti, tende spesso a sottovalutare l'impianto dogmatico dei differenti istituti giuridici e a misurarli in chiave essenzialmente effettuale.

Emerge quindi con evidenza che il diritto della concorrenza, così come altre discipline, è sempre più caratterizzato dalla svalutazione di fondamenti trascendenti e diviene espressione di interessi economici, politici e tecnologici ritenuti di volta in volta prevalenti, con la conseguenza che la 'razionalità' dell'ordinamento settoriale non ha altro referente che la sua funzionalità in rapporto a determinati scopi.

Tuttavia, se questa impostazione può essere in parte compatibile con le logiche del diritto pubblico, lo è sicuramente meno rispetto alla disciplina delle relazioni interprivate dal momento che il vincolo pro-concorrenziale imposto all'autonomia privata presenta tratti del tutto peculiari rispetto agli istituti civilistici tradizionali.

Per altro verso – ferme restando le criticità dogmatiche evidenziate – giova qui osservare che un approccio finalistico alle norme in materia di concorrenza imporrebbe comunque il ritorno ad una seria ed approfondita riflessione sul fine ultimo della disciplina antitrust, che risulta parzialmente incerto nell'attuale fase in cui la *competition law* europea cerca di emanciparsi dal ruolo originario di legislazione volta alla costruzione di un mercato unico, oggi in larga misura consolidato.

Il diritto antitrust europeo sta infatti affrontando una sorta di transizione fra l'originario approccio formalistico della Commissione e della giurisprudenza – re-taggio della tradizione ordoliberalistica alla base degli allora artt. 85 e 86 T.C.E. – e la crescente attenzione che, da ultimo, la Commissione europea si propone di dedicare agli effetti concreti delle condotte anticoncorrenziali (*effects based approach*).

Tale approccio, che risulta maggiormente evoluto e raffinato nell'ordinamento americano, impone alle autorità di tutela della concorrenza di dimostrare attraverso evidenze economiche solide che le condotte sanzionate come anticoncorrenziali riducono il *consumer welfare*, determinando per esempio aumenti del prezzo, la riduzione delle quantità disponibili sul mercato, il deterioramento della qualità di beni e servizi o, ancora, la riduzione della potestà di scelta del consumatore.

Se, infatti, la giuridificazione si propone di razionalizzare e proteggere i beni giuridici prevalenti nella società ed i sottesi interessi, questa risulterà tanto più razionale, certa e prevedibile nel momento in cui risulti chiara e determinata la declinazione concreta degli obiettivi che il fenomeno di giuridificazione si propone di raggiungere.

*Note*

- \* S. Cornella è autore dei parr. da 1 a 4, S. Pellizzari è autrice dei parr. da 5 a 8. Le conclusioni sono il frutto di una riflessione comune tra i due autori.
- <sup>1</sup> C. cost., 03.03.2006, n. 80; C. cost., 04.05.2005, n. 175, C. cost., 27.07.2004, n. 272; C. cost., 15.05.2014, n. 125.
- <sup>2</sup> Art. 3, Reg. CE n. 1/2003.
- <sup>3</sup> Art. 14 *ter*, l. n. 287/1990 (decisioni con impegni) e AGCM, Delib. 15.02.2007, n. 16472.
- <sup>4</sup> Trib. I gr., 11.07. 2007, T-170/06, *Alrosa/Commissione*; C. giust., 29.06 2010, C-441/07, *Alrosa/Commissione*.
- <sup>5</sup> C. Cost., 14.02.2013, n. 20.
- <sup>6</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 15.03.2013, n. 2720.
- <sup>7</sup> C. giust., 24.07.2003, C-280/00, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*.
- <sup>8</sup> Art. 36, d.lgs. n. 50/2016, C. giust., ord. 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c Spottrup Boligselskab*; C. giust., 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria*; Cons. St., sez. V, 14.04.2008, n. 1600.
- <sup>9</sup> C. giust., 20.09.2001, C-453/90, *Courage*; C. giust., 13.07. 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*.
- <sup>10</sup> Commissione UE, Racc. 11.06.2013, n. 3539 e Comun. 11.06.2013, n. 401.
- <sup>11</sup> C. Stato, sez. VI, 20.07.2011, n. 4393.
- <sup>12</sup> Cons. St., sez. V, 23.11.2010, n. 8151.
- <sup>13</sup> TAR Sicilia, Palermo, 29.04.2010, n. 6406.

*Riferimenti bibliografici*

- Alessi R. 1994, *Concorrenza I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, Roma: 2 sgg.
- Amato G. 2000, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'antitrust*, Laterza, Roma-Bari.
- Barcellona M. 2010, *Funzione compensativa della responsabilità (e «private enforcement» della disciplina antitrust)*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna: 62 sgg.
- Bernini G. 1991, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Clueb, Bologna.
- Bruti Liberati E., Donati F. 2010, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino.
- Camilli E.L., Clarich M. 2007, *Poteri quasi – giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Astrid*, <[http://www.astrid-online.it/rassegna/2009/20\\_10\\_2009.html](http://www.astrid-online.it/rassegna/2009/20_10_2009.html)> (12/2016).
- Cerulli Irelli V. 2010, “*Consenso*” e “*autorità*” negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 325 sgg.
- Chieppa R. 2014, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 179 sgg.
- Cintioli F. 2012, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2: 3 sgg.
- Clarich M. 2005, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna.
- Corso G. 2002, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, in *Dir. pubbl.*, 3: 981 sgg.
- De Lise P. 2014, *Un giudice per l'economia*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 69 sgg.
- Denozza F., Toffoletti L. 2010, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna: 198 sgg.
- Ghezzi F. 2012, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*: 447 sgg.
- Ghidini G. 1976, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano: 786 sgg.
- Goisis F. 2013, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis L. n. 287/1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2: 471 sgg.

- Grillo M. 2007, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, in AIPDA, *Annuario 2006, Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 203 sgg.
- Irti N. 2004, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- Libertini M. 2010, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 97 sgg.
- Lopilato V. 2014, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 159 sgg.
- Nascimbene B. 2012, *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di "collective redress"*, in *Il Dir. un. eur.*, 4: 731 sgg.
- Sandulli M.A. 2012, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricordo dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, <<http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20212>> (12/2016).
- Siragusa M. 2010, *Le decisioni con impegni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 385 sgg.
- Torchia L. 2013, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Merc. conc. reg.*, 3: 501 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 2013, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2: 15 sgg.
- Zoppini A. 2010, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza (Il rapporto tra autonomia contrattuale e disciplina del mercato)*, in C. Rabitti, P. Bedogni Barucci, *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Giappichelli, Torino: 1095 sgg.



# LA GIURIDIFICAZIONE DEL SETTORE ALIMENTARE

*Margherita Ramajoli*

SOMMARIO – 1. I tempi della giuridificazione. 2. I livelli di giuridificazione. 3. Le ragioni della giuridificazione. 4. Le modalità della giuridificazione. 5. Giuridificazione e identità culturale tra integrazione e differenziazione.

## *1. I tempi della giuridificazione*

Con il termine giuridificazione (*juridification*), equivalente dell'espressione tedesca *Verrechtlichung*, s'allude alla sottoposizione di una serie di attività umane – in precedenza libere, oppure soggette soltanto a convenzioni sociali – a regole formali, sia per quanto riguarda la fonte, sia con riferimento al contenuto prescrittivo (Resta, Zeno Zencovich, 2012: 11). Si tratta di una nozione nata in ambito sociologico e secondo Teubner, cui si devono gli studi più approfonditi in materia, è una brutta espressione (*ugly word*) per descrivere un fenomeno complesso contrassegnato da una produzione normativa come risposta ad attese regolative intrinsecamente presenti nei vari «sistemi» sociali, operando nella «direzione di allestire una formalizzazione giuridica delle condizioni alle quali il sociale attualmente è comprensibile a se stesso, ossia è sistema» (Teubner, 1985: 7, 1987a: 85 e 1992: 451).

La nozione di giuridificazione ha poi trovato successivo sviluppo anche in campo giuridico. In questo contesto è stata impiegata con accezioni diverse: come sinonimo di traduzione in formule giuridiche di nuove fattispecie (corrispondente alla vecchia sussunzione o qualificazione), come intervento legislativo d'attività originariamente governate dall'autonomia negoziale, o anche come mezzo inteso a garantire maggiore democraticità delle decisioni, affidate a un'ampia maggioranza e pertanto sottratte a singoli o a gruppi prevaricatori (Alpa, 1999: 725).

Su un piano generale varie sono le ragioni della giuridificazione. Esse spaziano dall'esigenza di conformarsi a una misura di giustizia garantita solo dalla normativa, in quanto in grado di premiare le istanze di corretta allocazione e redistribuzione delle risorse, all'esigenza di dare seguito anche sul piano della tutela al progressivo riconoscimento giuridico degli interessi diffusi, all'esigenza di rafforzare la tutela debole offerta da soggetti privati da cui promanano espressioni formali di autodisciplina all'esigenza di avocare la titolarità delle decisioni che, appartenendo alla collettività, non debbano essere imputabili a soggetti non rappresentativi (Alpa, 1994: 177 e 2000: 394). Al tempo stesso noti ed

evidenti sono costi e difetti della giuridificazione, identificabili essenzialmente nella «iperlegislazione» e nel «pangiuridicismo» (Alpa, 1999: 725). In questa logica potrebbe apparire paradossale considerare la giuridificazione del settore alimentare come una conquista recente, perché da sempre cibi e bevande hanno interessato il nostro legislatore. Tuttavia a lungo l'attenzione normativa in materia alimentare si è concentrata su singoli aspetti della materia e ha avuto una finalità limitata, identificabile nello scopo di evitare frodi e danni alla salute, in quanto ha dominato la prospettiva di tutela della sicurezza alimentare (Cammeo, 1905: 217; Ferrara, 2010).

Per parlare propriamente di giuridificazione del settore alimentare devono realizzarsi due condizioni. Anzitutto la presa in carico da parte dei pubblici poteri non solo dell'interesse sanitario, ma anche di tutti gli altri eterogenei interessi in gioco, identificabili essenzialmente con la tutela dell'agricoltura, dell'utilizzo dei suoli, dell'ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori. In secondo luogo, al suddetto ampliamento di fini istituzionali si deve accompagnare l'allargamento del campo di intervento normativo, da estendere a tutta la catena alimentare e inclusivo di ogni profilo avente un'incidenza anche indiretta in materia (dall'etichettatura alla pubblicità, dai materiali di confezionamento alla tracciabilità degli alimenti, dei mangimi e degli animali destinati alla produzione alimentare, dal ritiro degli alimenti e dei mangimi alla ricerca e allo sviluppo tecnologico).

Dal punto di vista dei livelli di disciplina, questo passaggio fondamentale nel segno della giuridificazione è stato opera non tanto del legislatore nazionale, quanto piuttosto di quello europeo. Invece, dal punto di vista temporale esso è convenzionalmente collocabile all'inizio di questo secolo, con l'emanazione del Regolamento 2002/178/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 (Costato, 2003; Capelli, Klaus, Silano, 2006: 174; Costato, Borghi, Rizzioli, 2013: 87). Prima di questa data, come la stessa Commissione europea ha riconosciuto nel suo Libro verde e nel suo Libro bianco sulla sicurezza alimentare, è stata dominante in materia una prospettiva frammentaria, priva d'organicità e talvolta anche incoerente<sup>1</sup>.

Non che quest'ultima sia del tutto venuta meno, ma un testo come il regolamento n. 178, definito la «base costituzionale» del diritto alimentare europeo, mira alla riconduzione a sistema dell'intero settore. Il regolamento, nonostante sia testualmente relativo alla *food safety*, è concepito come una sorta di «legislazione alimentare generale» (così è rubricato il Capo II del regolamento) e quindi come una legge quadro del diritto alimentare cui attenersi in occasione dell'adozione di norme successive da parte sia dell'Unione europea sia dei singoli Stati membri (art. 4) e si prefigge molteplici finalità e cioè la garanzia di «un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori in

relazione agli alimenti, tenendo conto in particolare della diversità dell'offerta di alimenti, compresi i prodotti tradizionali, garantendo al contempo l'efficace funzionamento del mercato interno» (art. 1, par. 1-2: van der Meulen, van der Velde, 2009: 253 n. 221; Alemanno, 2007: 33).

L'individuazione di questo spartiacque temporale per la giuridificazione del settore alimentare appare dunque giustificato (Ramajoli, 2015: 271; Ricci, 2012: 33; Costato, Rizzioli, 2010).

## 2. I livelli di giuridificazione

Un'indagine sulla giuridificazione del settore alimentare mostra come non vi sia sempre corrispondenza tra attori istituzionali e interessi perseguiti. Il settore dell'alimentazione è territorio di un irrisolto ordine di tensioni relativo all'assetto delle competenze ed è parimenti luogo di emersioni di conflitti di interessi che seguono traiettorie non sempre lineari.

Titolari del potere normativo non sono unicamente gli Stati nazionali, né le Regioni, né l'Unione europea, ma anche organizzazioni di dimensioni globali come la WTO (World Trade Organization), o soggetti di incerta qualificazione come la CAC (Codex Alimentarius Commission). Ognuno di questi soggetti è interessato a intervenire nel processo normativo a causa vuoi del carattere mondiale della circolazione dei prodotti alimentari, vuoi del fatto che la filiera alimentare non sempre nasce e termina entro i singoli confini nazionali, vuoi, più in generale, della dimensione necessariamente sovranazionale di alcune questioni giuridiche legate agli alimenti. Quest'elemento di complessità istituzionale si rifrange sulle ragioni della giuridificazione, che possono essere diverse e antitetiche a seconda del livello di governo considerato, ma possono anche seguire parabole più complesse, stante quella mancata corrispondenza tra attori e interessi cui si accennava.

Il sistema delle regole applicate in materia alimentare presenta dunque natura composita: accanto a disposizioni contenute in leggi statali e regionali, vi sono anche e soprattutto normative europee e pattizie internazionali. Ma in questo panorama di pluralismo di fonti normative sussistono ulteriori fattori di complessità: al diritto positivo si affianca il diritto giurisprudenziale, alla *hard law* una *soft law*, alla *juridification* pubblicistica una *juridification* privatistica.

Da un lato, la giuridificazione del settore alimentare è processo profondamente debitore nei confronti dell'opera della giurisprudenza, specie della Corte di giustizia, la quale in maniera creativa ha saputo ricavare dagli originari angusti fondamenti di legittimazione ampi spazi d'intervento per la Comunità europea prima e per l'Unione europea poi (v. *infra*, § 3).

Dall'altro, la giuridificazione del settore alimentare si compie non solo in virtù dello strumentario tradizionale del diritto, ma anche, soprattutto a livello so-

vranaazionale, grazie a un armamentario più recente, spesso all'insegna dell'informalità, che porta con sé una fuga dalla sfera pubblica classicamente intesa e che rende problematica la stessa distinzione tra pubblico e privato. Modello emblematico di attore ibrido è proprio la CAC, organismo a composizione prevalentemente pubblica, competente a emanare standard sulla sicurezza alimentare sulla base di pareri tecnici rilasciati da comitati di esperti scelti nell'ambito del settore privato (Bevilacqua, 2012: 340). Più in generale, in materia alimentare si viene a realizzare una particolare interazione tra diritto pubblico e diritto privato, come testimoniato dalla disciplina in tema di certificazioni di qualità agro-alimentare: nel campo della sicurezza alimentare il potere di controllo è per lo più affidato ad autorità pubbliche, rispetto alle quali, tuttavia, sono frequenti richiami a forme privatistiche di qualificazioni e di certificazione delle qualità (Benedetti, 2010: 175; Dissegna, 2012: 61).

Il monismo statale è eroso sia dall'alto, ossia dalle potestà sovranazionali, sia dal basso, ossia dalle potestà regionali. Se originariamente la materia «alimentazione» era di esclusiva competenza legislativa statale, la riforma del Titolo V è intervenuta a modificare il precedente assetto comprendendo la materia tra quelle di potestà legislativa concorrente (art. 117, co. 3, Cost.) (Borghesi, 2012).

Il trasferimento di poteri all'Unione europea porta a delineare relazioni inedite tra i vari Stati membri. In questa logica va letta la procedura di mediazione prevista dall'art. 60 del già menzionato reg. n. 178/2002. Ai sensi della suddetta disposizione uno Stato membro, qualora ritenga che una misura adottata da un altro Stato membro nel campo della sicurezza alimentare sia incompatibile con la normativa europea, oppure possa incidere sul funzionamento del mercato interno, ha il potere di deferire la questione alla Commissione, che ne informa immediatamente l'altro Stato membro interessato. A questo punto i due Stati membri e la Commissione «si adoperano in ogni modo per risolvere il problema» e in caso di mancato raggiungimento dell'accordo la Commissione, al fine di dirimere il conflitto, ha il potere di richiedere all'Autorità europea per la sicurezza alimentare un parere su ogni questione scientifica controversa. La tutela della disciplina alimentare europea passa dunque anche attraverso la legittimazione ad attivare uno strumento conciliatorio riconosciuta in capo ad uno Stato membro, altro rispetto a quello la cui condotta viene in rilievo, dando vita a un originale nesso trilaterale tra due Stati membri e Commissione.

### *3. Le ragioni della giuridificazione*

Le ragioni della giuridificazione, intese come istanze che spingono i pubblici poteri a prendersi cura della materia alimentare, sono molteplici, si susseguono nel tempo e variano a seconda dell'ambito territoriale considerato. Esse sono

tali da coinvolgere interessi eterogenei in rapporto sia al momento produttivo, sia ai comportamenti degli operatori della distribuzione, sia alle esigenze degli utilizzatori finali. Trattasi di interessi che non hanno ancora trovato un assetto sufficientemente stabile in ordine alle diverse posizioni in gioco. Quest'ordine di tensioni si riverbera sul processo di giuridificazione, spesso caratterizzato da normative di «transizione», in quanto destinate ad operare nel breve o medio periodo (Pericu, 2009: 354).

Non solo. Talune ragioni di giuridificazione paiono quasi una forma di reazione alle degenerazioni provocate dall'aver privilegiato istanze pregresse, mentre altre, invece, sono utilizzate come scudo per nascondere esigenze meno nobili. Inoltre, regolatori ibridi, stante la loro composizione mista pubblica-privata, rischiano di essere catturati con maggiore facilità dai regolati, facendosi portatori di interessi non appartenenti alla generalità dei consociati, come testimoniato dall'esperienza dei comitati di esperti privati competenti a rilasciare pareri tecnici sulla cui base vengono formulati gli standard nell'ambito della CAC, i quali sono soliti intrattenere legami con le industrie agroalimentari o farmaceutiche (D'Alberti, 2013: 620).

Come detto, nell'ordinamento interno è stata la tutela della salute, interesse sensibile per eccellenza, il primigenio motore d'intervento normativo, sia pure del tutto settoriale. Ciò risulta con chiarezza dal disposto degli artt. 242 sgg. del T.U. delle leggi sanitarie (r.d. 27.7.1934, n. 1265), in base ai quali erano soggetti a vigilanza «per la tutela della sanità pubblica» i fabbricanti e i commercianti di sostanze alimentari e bevande di ogni specie, e anche la l. 30.4.1962, n. 283, si colloca sulla medesima scia, generalizzando queste linee di tendenza (art. 1).

È solo grazie agli impulsi europei che la materia alimentare riceve un'attenzione nella sua integralità. Ciò è avvenuto mediante un processo a tappe, che non è ancora terminato. L'alimentazione è divenuta materia di competenza europea in quanto legata in modo stretto con settori che si sono posti come comunitarizzati fin dalle origini (agricoltura e zootecnia).

In ambito europeo originariamente la disciplina alimentare risultava connessa all'idea dello sviluppo del mercato unico europeo, del tutto coerentemente all'ispirazione di questo sistema sovranazionale. La creazione di uno spazio comune giustificava l'introduzione di normative intese a eliminare, mediante il ricorso al mutuo riconoscimento oppure a misure di armonizzazione, quegli ostacoli alla libera circolazione dei prodotti alimentari posti dalle discipline nazionali. Siffatti ostacoli sono di vario tipo, abbracciando i requisiti relativi alla denominazione, ma anche alla forma, alle dimensioni, al peso, alla composizione, alla presentazione, all'etichettatura e al confezionamento di cibi o bevande (Savino, 2007: 415).

Secondo una dialettica tipica e costante del diritto europeo, la costruzione concreta del mercato comune europeo si deve inizialmente non tanto all'ope-

ra del legislatore, quanto piuttosto all'emanazione di sentenze direttamente applicative del principio di libertà di circolazione. Si allude qui alla nota sentenza *Dassonville* della Corte di Giustizia, la quale stabilì che ogni normativa commerciale degli Stati membri idonea a ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari dovesse essere considerata come misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative e come tale vietata dal diritto comunitario<sup>2</sup>; ci si riferisce poi all'altrettanto famosa sentenza *Cassis de Dijon*, con la quale la Corte di giustizia incluse all'interno delle misure equivalenti alle restrizioni quantitative anche le misure applicabili sia ai prodotti nazionali, sia ai prodotti esteri e introdusse così il principio del mutuo riconoscimento, in base al quale uno Stato membro non può vietare la commercializzazione sul proprio territorio di un prodotto fabbricato legittimamente in altro Stato membro<sup>3</sup>.

Dunque, l'interesse originario alla base della giuridificazione del settore alimentare è dunque di tipo economico e coincide con la creazione e promozione del mercato europeo. Inizialmente è il giudice a farsene carico, in virtù del principio del mutuo riconoscimento, con la conseguenza che ogni prodotto alimentare legalmente fabbricato e posto in vendita in uno Stato membro deve essere, in linea di massima, ammesso sul mercato degli altri Stati membri (Capelli, 1993: 7).

Successivamente le ragioni della giuridificazione si arricchiscono in virtù dell'emergere di una cultura attenta alla protezione dei consumatori, che era già *in nuce* nella sentenza *Cassis de Dijon*. In questa logica la materia alimentare partecipa della più generale tendenza volta a reclamare interventi pubblici sempre più estesi in ragione della crescita di domande e aspettative dei cittadini nei confronti dello Stato. Come si è visto nelle pagine iniziali, su questa tendenza poggiano le più profonde ragioni della giuridificazione, identificabili nella richiesta di maggiore giustizia nei settori c.d. deboli e nella più acuta consapevolezza dei loro diritti da parte di quelle categorie composte da soggetti cui si provvede con gli *status* di protezione (Alpa, 1999: 725-726; Napolitano, 2015a: 7).

Questo vale a maggior ragione nel settore alimentare, in cui la tutela del consumatore di alimenti spinge all'adozione di normative che impongono denominazioni di vendita e obblighi informativi sicuramente più stringenti rispetto a quelli previsti a tutela del consumatore genericamente inteso, a causa della peculiarità del bene considerato. Il rigore riscontrabile in materia alimentare può divenire ancora più accentuato se, come un pendolo, si oscilla dal livello europeo a quello nazionale, la cui tradizionale ottica di tutela della salute umana si arricchisce proprio in virtù della sensibilità consumeristica. Tant'è che recentemente la Corte di Giustizia ha preso atto dell'ulteriore rafforzamento di tutela a livello nazionale, precisando che la disciplina europea si

limita ad imporre alle autorità pubbliche un obbligo di informazione dei cittadini nel caso in cui vi siano ragionevoli motivi per sospettare che un alimento o mangime possa comportare un rischio per la salute umana o animale, ma di per sé non osta a una normativa nazionale che consenta di informare i cittadini quando un alimento, pur non essendo dannoso per la salute, sia inadatto al consumo umano. La pronuncia consente di notare come sia in ultima istanza il giudice europeo a riconoscere che la tutela degli interessi dei consumatori in materia di sicurezza alimentare debba assumere un'importanza preponderante anche rispetto a considerazioni d'ordine economico, quali la libera commercializzazione dei prodotti: il consumatore ha il diritto di essere informato sui rischi alimentari pure nell'eventualità in cui questi rischi non compromettano la salute pubblica ed è lasciato alle autorità pubbliche nazionali un ampio margine di manovra nell'applicazione delle diverse normative, generali e speciali, europee e nazionali<sup>4</sup> (Gencarelli, 2014: 343).

Il rafforzamento del patrimonio dei diritti del consumatore non è legato unicamente a fattori di tipo culturale. La necessità di una presa in carico delle esigenze del consumatore di prodotti alimentari è stata imposta anche da elementi fattuali come le crisi alimentari, tra cui quella cagionata negli anni Novanta del XX secolo dal diffondersi del morbo della cd. mucca pazza (*Bovine Spongiform Encephalopathy*), per risolvere la quale il diritto ha fornito molteplici risposte, vuoi mediante lo strumento tradizionale della distruzione del materiale specifico a rischio e il divieto di vendita, vuoi attraverso l'imposizione dell'etichettatura delle carni bovine per consentirne la tracciabilità e la trasparenza delle informazioni ai consumatori.

Ma, a ben vedere, la tutela degli interessi dei consumatori è stata pure una potente arma nelle mani dei produttori, che l'hanno invocata strumentalmente allo scopo di ottenere norme a tutela (anche) dei propri interessi. Si pensi al caso delle disposizioni a garanzia delle indicazioni geografiche, ritenute necessarie per tutelare la libertà di scelta dei consumatori, ma che risultano parimenti attente alle esigenze di alcuni produttori (Ferrari, Izzo, 2012: 22). Anche se, esaminando queste dinamiche da una prospettiva differente, gli strumenti giuridici volti a valorizzare la dimensione locale della produzione e del consumo di alimenti possono essere letti come reazioni a scelte di consumo standardizzate che un mercato aperto reca con sé. Il precipitato concreto di queste molteplici istanze è il sistema delle DOP (denominazioni d'origine protetta), IGP (indicazioni geografiche protette) e STG (specialità tradizionali garantite), che si articola su meccanismi di certificazione di qualità introdotti dall'ordinamento europeo, intesi a garantire il consumatore circa la conformità del prodotto alimentare a specifiche qualità organolettiche, a presidio della tutela e della valorizzazione dei prodotti locali e, quindi, ad aiuto di zone depresse o

comunque legate al mondo agricolo dell'Unione europea (Benedetti, 2006: 3; Petrelli, 2012; Costato, 2012: 648).

D'altra parte, gli interessi dei produttori non sempre sono allineati con gli interessi dei consumatori. Le discipline che, nel prevedere procedure di autorizzazione, impongono agli operatori del settore alimentare di presentare richieste corredate da evidenze scientifiche introducono oneri che risultano estremamente gravosi soprattutto per le piccole e medie imprese; in questa logica sono state mosse critiche sia alla disciplina dei c.d. *novel foods* sia a quella relativa alle indicazioni nutrizionali e salutistiche (Santini, 2012: 236-237).

Autentico catalogo di tutte queste diverse e poliedriche ragioni a fondamento della giuridificazione del settore alimentare si ritrova nel già menzionato reg. n. 178/2002. Nei suoi vari considerando sono esplicitate le finalità della disciplina, poi riprese dall'art. 1, par. 1-2, ai sensi del quale il regolamento costituisce il fondamento per garantire un «livello elevato di tutela della salute umana» e «degli interessi dei consumatori» in relazione agli alimenti, «tenendo conto in particolare della diversità dell'offerta di alimenti, compresi i prodotti tradizionali», garantendo al contempo «l'efficace funzionamento del mercato interno». Il quadro emergente è composito e complesso: le ragioni della giuridificazione comprendono finalità sanitarie (la tutela della salute), economiche (l'eliminazione di ostacoli al commercio), sociali (la tutela degli interessi dei consumatori e della sicurezza dei lavoratori) e ambientali (lo sviluppo sostenibile). Si tratta di interessi generali non solo molto differenziati, ma anche potenzialmente, quasi ontologicamente, in contrasto tra loro e al fine di giungere a un punto di equilibrio tra essi si ricorre a diverse modalità di giuridificazione.

L'ultima notazione in tema è relativa al fatto che le ragioni della giuridificazione del settore alimentare si ripropongono e si rinnovano costantemente in dipendenza di fattori d'ordine economico, demografico e sociale. Due esempi sono sufficienti a tal proposito. L'aumento degli scambi commerciali in campo agroalimentare porta con sé un arricchimento in termini gastronomici, il quale però è idoneo a mettere a repentaglio la salute pubblica, compromessa da alimenti provenienti da Stati i cui standard di sicurezza sono inferiori ai nostri. Di qui il riemergere dell'istanza originaria di giuridificazione del fenomeno alimentare, e cioè della tutela della sicurezza alimentare. Inoltre la crescente internazionalizzazione dei mercati contribuisce a dare maggiore consistenza alla necessità di proteggere i mercati europei dalla concorrenza dei produttori agroalimentari extracomunitari. Così, con un movimento circolare, si torna alla valorizzazione nel processo di giuridificazione di ragioni essenzialmente di tipo economico, che, in questo frangente, si traducono in misure protezionistiche.



#### 4. *Le modalità della giuridificazione*

Nel nostro ordinamento l'originaria attenzione pressoché esclusiva nei confronti della sicurezza alimentare si era sposata a normative intese a colpire condotte di adulterazione, contraffazione e, in genere, di frode in commercio mediante il ricorso alle sanzioni penali, o, tutt'al più, alla responsabilità civile. Del tutto assente era l'ottica della prevenzione amministrativa, come pure quella, in parte opposta e in parte complementare, della autoreponsabilizzazione dei produttori, mentre evidenti erano interrelazioni tra la fase amministrativa della vigilanza e la fase della repressione penale: le condotte vietate spesso erano determinabili in base di parametri definiti a livello amministrativo, erano previsti poteri ispettivi in capo all'autorità sanitaria e l'inosservanza dei doveri portava all'applicazione anche di sanzioni amministrative, oltre che penali (Papaldo, 1958: 30).

L'operato spostamento di prospettiva e il conseguente ampliamento dell'ambito della disciplina reclamano invece un impiego integrale degli strumenti del diritto pubblico, caratterizzati da una regolazione *ex ante* interessante una platea ampia di soggetti (produttori, agricoltori, allevatori, esportatori e importatori, imprese trasformatrici e consumatori del bene alimentare). Schematizzando all'interno di un panorama articolato e non sempre lineare, la giuridificazione del settore alimentare è avvenuta in virtù di distinte modalità, tra le quali meritano di essere analizzate quella realizzata mediante discipline normative europee di armonizzazione e quella avvenuta attraverso un processo di entificazione pubblica.

L'Unione europea ha dettato norme volte all'obiettivo di armonizzazione e, con riferimento ad alcuni singoli Stati membri, di ammodernamento della legislazione alimentare, facendo spesso utilizzo dell'art. 114 del T.U.E. In presenza di una armonizzazione disciplinare sorge un duplice vincolo in capo agli Stati membri: l'obbligo di eliminare legislazioni nazionali contrastanti con le misure di armonizzazione e il divieto di porre in essere politiche che limitino oppure ostacolino il consolidamento delle misure di armonizzazione. Tuttavia in materia alimentare, come sopra notato, nonostante l'adozione di una o più misure di armonizzazione, talvolta si consente che uno Stato membro non solo mantenga, ma addirittura introduca disposizioni nazionali derogatorie giustificate dall'esigenza di tutela della salute<sup>5</sup>. Ciò però non sempre accade: di fronte a un atteggiamento di ribellione di alcuni Stati membri, refrattari a una totale armonizzazione, il giudice europeo ha spesso dettato l'ultima parola all'insegna dell'unificazione, come dimostra l'annosa vicenda sulla denominazione di vendita del cioccolato, che ha visto prevalere su ogni altro interesse l'istanza comunitaria alla libera circolazione delle merci<sup>6</sup>. Comunque in una materia così complessa come quella alimentare la presenza di una compiuta armonizzazione è evenienza rara a verificarsi, registrandosi tutt'al più ipotesi di armonizza-

zione parziale. Quest'ultima ricorre, ad esempio, quando sia accertato che una data sostanza è idonea a cagionare effetti nocivi sull'uomo e, senza per questo vietarne la circolazione, si permette agli Stati membri di fissare autonomamente la soglia di criticità o di concentrazione tollerabile di quella sostanza. In queste ipotesi l'armonizzazione ha lo scopo di impedire che la sostanza sia completamente bandita, mentre resta ai vari Stati il potere di stabilire, anche differenziandosi tra loro sul punto, in quali percentuali essa risulti in concreto ammissibile (Sollini, 2006: 68).

Il profilo tecnico da ultimo evocato porta a considerare la seconda modalità di giuridificazione utilizzata in materia alimentare, e cioè la creazione di soggetto pubblico *ad hoc*, al crocevia del delicato rapporto tra politica e tecnica, o, se si preferisce, tra diritto e scienza, da leggere anche come reazione alle modalità poco trasparenti con cui la Commissione aveva gestito drammatiche crisi (il già evocato caso della cd. mucca pazza) (Gabbi, 2012: 242-244). Sempre più frequentemente nei settori della sicurezza alimentare e della nutrizione umana e animale il diritto è chiamato a gestire situazioni d'incertezza scientifica, che comportano un'analisi del rischio fondata sulle prove scientifiche disponibili. Convenzionalmente il processo di analisi del rischio alimentare è stato scomparto nella valutazione, gestione e comunicazione del rischio. Se la valutazione del rischio (*risk assessment*) è attività di studio avente carattere scientifico, risolvibile in accertamenti, ma anche in apprezzamenti tecnici, e la comunicazione del rischio preveda la consultazione nelle fasi di elaborazione, valutazione e revisione della legislazione alimentare, nonché l'informazione ai cittadini qualora vi siano ragionevoli motivi per sospettare che un prodotto alimentare possa presentare un rischio, di contro la gestione del rischio (*risk management*) comporta l'esercizio di veri e propri poteri decisionali, consistendo «nell'esaminare alternative d'intervento [...] e, se necessario, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo» (art. 3.12, reg. CE n. 178/2002).

Diversi sono i possibili criteri di riparto delle competenze per la valutazione e gestione del rischio, potendo entrambe le funzioni essere attribuite al medesimo soggetto oppure a soggetti distinti. Nell'ordinamento eurocomunitario attualmente le due fasi di *risk assessment* e *risk management* sono separate dal punto di vista organizzatorio: la valutazione scientifica dei rischi è affidata a un soggetto indipendente, ossia all'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA), istituita dal reg. n. 178/2002, mentre la gestione dei rischi spetta agli organi politici (Commissione e Stati membri). Si tratta di un modello già sperimentato a livello europeo in un settore simile a quello alimentare e cioè nel settore farmaceutico, con la creazione dell'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali (Gnes, 2007: 124; Gabbi, 2009: 72). Come si legge nel Libro bianco sulla sicurezza alimentare, i motivi che hanno sconsigliato di includere nel manda-

to dell'Autorità anche la gestione del rischio sono, da un lato, la preoccupazione che un trasferimento di poteri decisionali ad un'autorità indipendente avrebbe portato a una «diluzione indebita della responsabilità democratica», dall'altro, la necessità che «raccomandazioni di azioni facenti seguito ai controlli siano oggetto di un adeguato follow-up» da demandare alla Commissione<sup>7</sup>. Il presente schema organizzativo che mantiene il controllo delle decisioni in capo agli organi politici si presta ad alcuni rilievi critici quanto ad efficacia, tant'è che si può parlare nel caso di specie di un'entificazione di tipo debole, in quanto il sistema della sicurezza alimentare non è affidato alla cura di un'apposita autorità indipendente, come sarebbe invece nell'ipotesi di un'entificazione di tipo forte.

Nel presente contesto però merita soprattutto di essere sottolineato un altro profilo problematico. Nonostante l'art. 23, lett. g), del reg. n. 178/2002 imponga all'EFSA di creare un sistema di reti tra organizzazioni operanti nei settori di sua competenza, all'istituzione dell'EFSA non ha fatto seguito la creazione di analoga autorità a livello nazionale, con la conseguenza che nell'ordinamento italiano la distribuzione delle competenze di valutazione del rischio alimentare è confusa (Cassese, 2002: 799; Savino, 2007: 413; Bevilacqua, 2012: 178). Il processo d'individuazione dell'autorità nazionale di riferimento dell'EFSA è stato molto travagliato, visto che si è assistito a un susseguirsi di organismi fioriero di notevole incertezza. L'originaria Autorità nazionale per la sicurezza alimentare, poi trasformata nell'Agenzia nazionale per la sicurezza alimentare, posta sotto la vigilanza del Ministero della salute, è stata soppressa e da ultimo è il Comitato nazionale per la sicurezza alimentare (CNSA), anch'esso operante presso il Ministero della salute, l'organo tecnico-consultivo in materia di valutazione del rischio ad agire in stretta collaborazione con l'EFSA, partecipando al suo *forum* consultivo attraverso un proprio rappresentante<sup>8</sup>.

La mancanza di centro a livello di ordinamento nazionale si traduce anche in un difetto di efficacia dell'intero sistema, specie in considerazione del fatto che le autorità nazionali sono tenute ad attuare le politiche europee. Molto diversi appaiono gli interlocutori nazionali di altri Stati membri, come mostra l'esperienza britannica della Food Standards Agency che «has fully justified its creation» quanto ad indipendenza e autorevolezza (Prosser, 2010: 44). Svolgendo poi lo sguardo al di fuori dell'Unione europea emergono modelli ulteriormente diversificati: se in Giappone vi è un'autorità, la Food Safety Commission, direttamente dipendente dal Primo Ministro, negli Stati Uniti le competenze sono frammentate tra la Food and Drug Administration, il Dipartimento dell'agricoltura e l'Environment Protection Agency, anch'essi apparati gravitanti entro l'orbita dell'esecutivo, ma che non si limitano a valutazioni scientifiche, in quanto svolgono funzioni attive di prevenzione e gestione del rischio (Ferrari, Izzo, 2012: 59).

A livello europeo la scelta in favore della regolazione indipendente, sia pure di tipo debole essendo il soggetto regolatore titolare di poteri solo di *risk assessment*, mira a scongiurare il pericolo che «valutazioni e decisioni legate all'appartenenza politico-statuale finiscano per cedere a pressioni contingenti e locali», con conseguenze penalizzanti sia per la salute dei cittadini sia per le dinamiche di mercato (Napolitano, 2015b: 301). Quindi per disciplinare adeguatamente situazioni di incertezza scientifica è necessario che l'analisi del rischio si svolga all'insegna dell'oggettività e controllabilità. In ciò soccorre il principio di precauzione, previsto espressamente anzitutto dall'art. 7 del regolamento n. 178/2002 ed immanente poi all'intera normativa alimentare a tutti i livelli. In base a tale principio, se, a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, è individuata «la possibilità di effetti dannosi per la salute», ma permanga «una situazione d'incertezza sul piano scientifico», possono essere adottate «le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio» (art. 7.1).

Il principio di precauzione s'erge dunque a criterio generale di gestione pubblica del rischio alimentare, rende palesi i «margini di manovra dei pubblici poteri nella scelta tra diverse tesi scientifiche che in passato restavano celati sotto l'assioma della certezza della scienza» (Manfredi, 2004: 1110), è strumento per la ricerca di un equilibrio adeguato «tra le libertà e i diritti ... e la necessità di ridurre il rischio di effetti negativi sull'ambiente e la salute». In altri termini, il principio di precauzione ripete lo schema di bilanciamento caratteristico dell'approccio europeo tra garanzia della libertà di mercato e tutela della salute, perché è sempre necessario un rigoroso accertamento dell'esistenza del rischio nel caso d'introduzione di limiti alle libertà e ai diritti in nome della tutela di un interesse pubblico. Nell'ambito di problemi tecnici complessi, grazie al principio di precauzione, un intervento pubblico si legittima in quanto condizionato al suo interno dal diritto, che gli impone una rigorosa struttura di accertamento e limita nella misura più ampia possibile gli spazi autonomi di ponderazione degli interessi da parte delle autorità (Tonoletti, 2001: 185).

##### *5. Giuridificazione e identità culturale tra integrazione e differenziazione*

La giuridificazione veicola con sé anche una determinata cultura, perché essa non è una tecnica neutra. Di conseguenza lo scontro di culture esistenti a livello globale ed europeo è destinato a riprodursi all'atto di introduzione delle diverse discipline normative. Più a monte occorre però domandarsi se sia possibile parlare di una vera e propria identità culturale globale o europea, realmente condivisa, non essendo scontata una risposta affermativa. Infatti le scelte fatte

dagli organismi regolatori a livello globale spesso non sono frutto di una compiuta sintesi delle diverse tradizioni giuridiche mondiali, bensì sono il portato di una sola, ben determinata, cultura giuridica, quella statunitense, anche in ragione della formazione di molti decisori globali presso le università americane. Proprio con specifico riferimento alla CAC è stato posto in evidenza come i Paesi in via di sviluppo difficilmente abbiano voce procedimentale in capitolo, a causa della loro ridotta *expertise* (Cassese, 2013; Marchetti, 2014).

Parimenti complessa la situazione relativa all'identità culturale non più globale, bensì europea. Come si è sopra osservato, fin dall'istituzione della Comunità economica europea si è optato per un'impostazione che consentisse scelte differenziate all'interno dell'ordinamento nonché ambiti differenziati di applicazione di talune regole e ciò probabilmente stante la mancanza di una sicura identità culturale europea condivisa. Tant'è che è stato acutamente osservato che flessibilità e differenziazione sono tratti stabili e distintivi dell'ordinamento europeo, perfino per le politiche a più alto grado di armonizzazione, e non invece elementi connessi a una fase transitoria, destinati al superamento una volta realizzata una maggiore integrazione (Chiti, Franchini, 2003; Torchia, 2006: 13). Pertanto è preferibile parlare non di identità culturale europea, bensì di coesistenza delle differenze culturali nazionali all'interno della compagine europea. Emblematica a tal riguardo la vicenda degli Organismi geneticamente modificati, che mostra come il processo d'integrazione europea in materia alimentare non abbia condotto affatto alla creazione di un diritto uniforme: uniformità e differenziazione convivono tra loro non sempre in maniera pacifica e l'ampio contenzioso in materia sta a testimoniarlo<sup>9</sup>.

L'opzione fatta propria dal legislatore europeo e risultante dalle direttive 2001/18/CE e UE 2015/412 e dal regolamento CE n. 1829/2003 consiste in un precario connubio tra un regime di autorizzazione comune a livello europeo e un potere statale di divieto o di limitazione di coltivazione, immissione in commercio, importazione di OGM sul territorio dei singoli Stati membri, sulla base di motivi diversi dai rischi per la salute e per l'ambiente. Questo connubio conduce a una forte frammentazione normativa, confermato dal fatto anche secondo la Corte di Giustizia la valutazione sulla legittimità delle misure d'emergenza adottate dagli Stati membri per la sospensione o la cessazione dell'immissione in commercio di OGM, la cui vendita sia stata in precedenza autorizzata ai sensi del reg. n. 1829/2003, rientra nella competenza dei giudici nazionali<sup>10</sup>. La mancata unificazione normativa si giustifica proprio in base alle differenti istanze di cui si fanno portatori i vari attori istituzionali: se, da un lato, alcuni Stati, tra cui l'Italia, tendono a privilegiare la tutela della salute pubblica dai rischi implicati dall'uso di biotecnologie, dall'altro, la Commissione mira soprattutto a salvaguardare le esigenze di libera circolazione delle merci<sup>11</sup>. Ma

ampliando ulteriormente l'orizzonte sorgono dinamiche ancora più complesse: nel 2006, di fronte a una moratoria europea sull'immissione in commercio di OGM, alcune società produttrici hanno deciso di ricorrere, tramite la collaborazione del governo statunitense, al sistema di risoluzione delle controversie del *Dispute Settlement Body* della WTO, che ha reputato illegittima la moratoria, costitutiva di un'indebita barriera commerciale, in quanto protrattasi oltre i termini previsti dall'Accordo sps, allegato all'Accordo istitutivo della WTO<sup>12</sup>. Ciò dimostra quanto la dimensione globale tenda a favorire e privilegiare sempre e in ogni caso le esigenze del libero commercio, considerato un interesse non negoziabile.

Tornando all'Europa, è proprio la mancanza di una forte identità culturale dell'Unione europea a reclamare una disciplina maggiormente flessibile, perché, come evidenziato dalla stessa Unione, la decisione di coltivare OGM è questione che presenta una «forte dimensione nazionale, regionale e locale dato il suo legame con l'uso del suolo, le strutture agricole locali e la protezione o il mantenimento degli habitat, degli ecosistemi e dei paesaggi» (considerando 6, direttiva UE 2015/412). Del resto, da sempre la tematica alimentare presenta un forte radicamento territoriale e culturale, costituendo le abitudini relative al cibo un elemento identitario delle singole società. Gli studi storici, genetici e antropologici hanno contribuito all'immagine del «cibo come cultura» (Montanari, 2004). Abitudini alimentari nazionali intrinsecamente connesse con il consumo di prodotti tipici giustificano discipline derogatorie alle misure generali di armonizzazione introdotte a livello europeo, come testimoniato dalla vicenda del lardo di Colonnata, dapprima vietato dalle istituzioni comunitarie e successivamente oggetto di una disciplina intesa a preservarne il carattere di prodotto tipico<sup>13</sup> (Leuzzi, 2007: 196; Chessa, De Giovanni, Zancla, 2014: 75).

In questa logica non è affatto detto che il raggiungimento di un'unificazione/uniformazione totale in materia alimentare sia un risultato incondizionatamente auspicabile, mentre si devono ancora sperimentare soluzioni condivise per garantire al quadro una sufficiente certezza, indispensabile sia per gli operatori del settore, sia per i consumatori.

*Note*

- <sup>1</sup> Commissione, *Principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea. Libro verde*, COM (1997) 176 def. del 30 aprile 1997; *Libro bianco sulla sicurezza alimentare*, COM (1999) 719 def. del 12 gennaio 2000.
- <sup>2</sup> C. giust., 11.7.1974, C-8/74, *Dassonville*, specie punto 5.
- <sup>3</sup> C. giust., 20.2.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, specie punto 14.
- <sup>4</sup> C. giust., sez. IV, 11.4.2013, C-636/11, *Karl Berger c. Freistaat Bayern*.
- <sup>5</sup> C. giust., 20.3.2003, C-3/00, *Danimarca/Commissione*.
- <sup>6</sup> C. giust., 16.1.2003, C-14/00, *Commissione c. Italia*; 25.11.2010, C-47/09, *Commissione c. Italia*.
- <sup>7</sup> Commissione europea, *Libro bianco sulla sicurezza alimentare*, cit., punto 33.
- <sup>8</sup> Art. 11, d.l. 31.12.2007, n. 348; art. 26, l. 6.8.2008, n. 133; d.p.c.m. 11 febbraio 2014, n. 59.
- <sup>9</sup> Cfr., da ultimo, Cons. St., sez. III, 6.2.2015, n. 605. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, direttiva 2001/18/CE, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, si definisce Ogm «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale».
- <sup>10</sup> C. giust., sez. IV, 8.9.2011, da C-58/10 a C-68/10, *Monsanto*.
- <sup>11</sup> Cfr. già Commissione, *La biotecnologia e il libro bianco sulla crescita, la competitività e l'occupazione: preparare i prossimi sviluppi*, Com (94) 219.
- <sup>12</sup> Report of the Panel, *WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R*, 29 settembre 2006, spec. punti VIII.8.6 e 8.7.
- <sup>13</sup> Regolamenti CE nn. 852, 853, 854, 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 e direttiva 2002/99/CE del Consiglio del 16 dicembre 2002.

*Riferimenti bibliografici*

- Alemanno A. 2007, *Trade in Food. Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, Cameron May, London.
- Alpa G. 1994, *Diritto e giuridificazione*, in M. Costanza (a cura di), *Oltre il diritto*, Cedam, Padova: 177 sgg.
- 1999, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 725 sgg.
- 2000, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari.
- Benedetti A. 2006, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- 2010, *Certezza pubblica e "certezze" private*, Giuffrè, Milano.
- Bevilacqua D. 2012, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Giuffrè, Milano.
- Borghi P. 2012, *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, in *Riv. dir. agr.*: 26 sgg.
- Costato L., Rizzioli S. 2010, voce *Sicurezza alimentare*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento V, Utet, Torino: 912 ss.
- Cammeo F. 1905, *Sanità pubblica*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Parte II, vol. IV: 213 sgg.
- Capelli F. 1993, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*: 7 sgg.
- Capelli F., Klaus B., Silano V. 2006, *Nuova disciplina del settore alimentare ed Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano.
- Cassese S. 2002, *Proposte per un'Autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Gior. dir. amm.*: 799 sgg.
- 2013, *Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna.
- Chessa F., De Giovanni C., Zanca, M.T. (a cura di) 2014, *La terminologia dell'agroalimentare*, FrancoAngeli, Milano.
- Chiti E., Franchini C. 2003, *L'integrazione amministrativa europea*, il Mulino, Bologna.
- Costato L. 2003, *Per un diritto alimentare*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*: 333 sgg.
- 2012, *Il regolamento n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, II: 648 ss.
- Costato L., Borghi P., Rizzioli S. 2013, *Compendio di diritto alimentare* (VI ed.), Cedam, Padova.
- D'Alberti M. 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*: 607 sgg.
- Disegna G. 2012, *Standard privati e internazionali: la governance transnazionale del mercato agroalimentare*, in C. Ricci (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Giuffrè, Milano: 61 sgg.



- Ferrara R. 2010, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, vol. I, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- Ferrari M., Izzo U. 2012, *Diritto alimentare comparato*, il Mulino, Bologna.
- Gabbi S. 2009, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Dieci anni di Efsa: l'Autorità europea al cuore del sistema europeo per la sicurezza alimentare*, in C. Ricci (a cura di), *La tutela del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Giuffrè, Milano: 241 sgg.
- Gencarelli F. 2014, *Il caso 'Berger': come informare il consumatore su un alimento inadatto al consumo umano*, in *Dir. Un. Eu.*: 343 sgg.
- Gnes M. 2007, *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (II ed.), tomo I, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Giuffrè, Milano: 117 sgg.
- Leuzzi G. 2007, *Lardo di Colonnata, IGP e (pur tenue) valorizzazione del legame 'storico' tra prodotto ed area geografica di riferimento*, in *Dir. e giurispr. agraria, alimentare e dell'ambiente*: 196 sgg.
- Manfredi G. 2004, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*: 1110 sgg.
- Marchetti B. 2014, *A proposito di 'The Law of Global Governance' di Eyal Benvenisti. I possibili ostacoli a una disciplina unitaria della 'governance' globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 916 sgg.
- Montanari M. 2004, *Il cibo come cultura*, Laterza, Roma-Bari.
- Napolitano G. 2015a, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*: 7 sgg.
- 2015b, *Acqua e cibo tra diritti e sistemi amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*: 301 sgg.
- Papaldo A. 1958, voce *Alimenti e bevande (igiene degli)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano: 30 sgg.
- Pericu G. 2009, *La disciplina pubblicistica dei prodotti alimentari*, in *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano: 351 sgg.
- Petrelli L. 2012, *I regimi di qualità nel diritto alimentare dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Prosser T. 2010, *The Regulatory Enterprise. Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford.
- Ramajoli M. 2015, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*: 271 sgg.
- Resta G., Zeno-Zencovich V. 2012, *La storia "giuridificata"*, in Id. (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli: 11 sgg.
- Ricci C. 2012, *Contenuti normativi del diritto a un cibo "adeguato" a livello internazionale*, in Id. (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Giuffrè, Milano: 33 sgg.

- Rossi Dal Pozzo F. 2014, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. intern.*: 339 ss.
- Santini A. 2012, *Brevi note sulla complessità del diritto alimentare europeo*, in C. Ricci (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Giuffrè, Milano: 231 sgg.
- Savino M. 2007, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 415 sgg.
- Sollini M. 2006, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano.
- Teubner G. 1985, *Aspetti, Limiti, Alternative della Legificazione*, in *Soc. dir.*: 7 sgg.
- 1987a, *Il Trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*: 85 sgg.
- 1987b, *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, W. de Gruyter, Berlin-New York.
- 1992, *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*, in *Social and Legal Studies*, 1: 451 sgg.
- Tonoletti B. 2001, *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova.
- Torchia L. 2006, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, il Mulino, Bologna.
- van der Meulen B., van der Velde M. 2009, *European Food Law Handbook*, Wageningen.

# LA GIURIDIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE IN ITALIA

*Anna Simonati*

SOMMARIO – 1. La ‘tempistica’ della giuridificazione in Italia. 2. La parità di genere nel contesto culturale sovranazionale. 3. La *ratio* della giuridificazione, fra tutela dell’individuo e dell’interesse pubblico. 4. Le ‘componenti’ della giuridificazione. 5. Il possibile impatto dell’indagine scientifica non giuridica (cenni). 6. Il metodo e l’esito della giuridificazione, fra corsi e ricorsi storici: un *work in progress* ancora incompiuto.

## *1. La ‘tempistica’ della giuridificazione in Italia*

In questo contributo, per ragioni di sintesi, non è possibile analizzare aspetti diversi da quelli strettamente connessi alla giuridificazione della parità di genere nell’ordinamento italiano. Cercherò di dare conto dei risultati maggiormente significativi raggiunti dai legislatori (statale e regionali) in ambito strettamente pubblicistico, ma i vari punti di interesse saranno tratteggiati brevemente, con l’intento di comporre un quadro possibilmente esauriente della eterogenea strumentazione che ha contribuito, nel corso del tempo, a configurare nel nostro Paese il paradigma giuridico della parità fra uomo e donna.

In Italia, la locuzione ‘pari opportunità’ è declinata quasi esclusivamente con riferimento alle questioni di genere, mentre assume, in altri ordinamenti, una valenza semantica in parte diversa e più estesa, riconnettendosi all’esigenza di predisporre una protezione accentuata per le categorie di soggetti che appaiono oggettivamente più vulnerabili o svantaggiate rispetto alle altre. La ragione della percezione privilegiata nel nostro sistema delle questioni di genere rispetto alle altre possibili accezioni connesse alle pari opportunità probabilmente risiede nel lampante dislivello fra la situazione femminile e quella maschile nel secondo dopoguerra; faticosamente si è cercato di colmarla nei decenni successivi, con un impegno policentrico che non ha ancora raggiunto pienamente l’obiettivo da cui è animato.

Invero, alcune tracce di una ‘proto-normativa’ a tutela della parità di genere sono rintracciabili in Italia ben prima dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana<sup>1</sup>. Si tratta, però, di una disciplina tendenzialmente ‘protezionistica’, più che rivolta al riconoscimento e alla promozione della parità fra uomini e donne. La giuridificazione vera e propria è avvenuta in Italia dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, per dare compiuta attuazione ai principi in essa sanciti e in particolare al parametro dell’uguaglianza quale valore fon-

damentale di convivenza sociale. Tale evoluzione non è stata, in realtà, del tutto spontanea, poiché l'intervento del legislatore spesso ha rappresentato l'esito dell'attenzione dedicata alla tematica in ambito europeo<sup>2</sup> e internazionale<sup>3</sup>.

Procedendo necessariamente per sommi capi, può dirsi che la riforma in prospettiva *gender sensitive* si è dipanata, in modo piuttosto discontinuo e frammentario, a partire da due settori in cui precedentemente le discriminazioni erano assai evidenti: il settore lavoristico e il diritto di famiglia.

L'aspirazione alla piena attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sta inequivocabilmente alla base, poi, della modifica nel 2003 dell'art. 51 Cost.<sup>4</sup>, che ha determinato l'inserimento nel testo della Norma suprema del riferimento espresso alle azioni positive, già previste nella l. 10.4.1991, n. 125. Si tratta di una svolta epocale, che ha intensificato gli sforzi in vista dell'assunzione di una serie di misure, la cui specifica finalità è proprio correlata all'abbattimento delle barriere frapposte alla piena realizzazione della parità di genere. L'espressione più organica di questo fermento legislativo è rappresentata dall'emanazione del d.lgs. 11.4.2006, n. 198 (Codice per le pari opportunità).

Progressivamente, dunque, il ruolo femminile si è affrancato dagli stereotipi tradizionalmente accolti, che lo vedevano relegato in una condizione subalterna, arida di occasioni di sviluppo personale extradomestico. Con il passare del tempo, la nuova sensibilità si è estesa, per consentire alle donne non solo di autorealizzarsi, ma anche di contribuire attivamente al progresso della società, nonostante resti aperto il problema dello svolgimento in misura nettamente prevalente da parte loro del lavoro domestico e di cura.

Il 'ritardo' rispetto al diritto privato con cui il diritto pubblico è stato permeato dalla consapevolezza della necessità di assicurare pari opportunità alle persone di entrambi i generi deriva soprattutto dalla (in parte perdurante) difficoltà con cui le donne notoriamente in Italia accedono alle posizioni di potere. Anche in questo campo, però, operano oggi varie disposizioni: da quelle che sanciscono il rispetto di quote determinate per la composizione di una serie di organismi, a quelle che (invero, in modo ancora assai scarno) impongono l'assunzione di prospettive di genere per la valutazione dell'operato degli enti pubblici, a quelle (in graduale espansione in particolare nella legislazione regionale)<sup>5</sup> che puntano alla valorizzazione a tutto tondo della cosiddetta cittadinanza di genere.

## *2. La parità di genere nel contesto culturale sovranazionale*

Come accennato, il dibattito giuridico italiano sulle questioni di genere è senz'altro debitore delle sollecitazioni provenienti dal livello sovranazionale. Spesso le norme formulate in quella sede pongono auspici di natura prevalente-

mente programmatica o precetti di amplissima portata, il che, a ben vedere, consente ai singoli legislatori di adattare le regole generali al contesto di riferimento.

È indiscutibile che l'attenzione a livello sovranazionale per la parità di genere rappresenti, almeno in linea di principio, il portato di una precisa identità culturale, che affonda le sue radici nella mentalità occidentale di stampo democratico e liberale.

Tuttavia, al di là dell'inegabile esistenza di radici comuni, la percezione delle tematiche *gender sensitive* è tutt'altro che unitaria e le differenze si riscontrano anche in ambito continentale. Non soltanto la realizzazione concreta dei parametri di parità incide nei vari sistemi nazionali in modo assai variabile sulla (qualità della) vita di uomini e donne<sup>6</sup>. Appaiono eterogenei anche l'intensità e le modalità dell'intervento dei legislatori, che, a seconda del grado di maturazione della consapevolezza sulle tematiche di genere presso le popolazioni, agiscono direttamente sul piano normativo o si limitano ad assecondare le buone prassi spontaneamente applicate.

Pertanto, la disciplina sovranazionale non determina la compressione o l'omologazione degli interessi nazionali su quelli globali e non interferisce quasi mai con la libera estrinsecazione del principio democratico. Anzi, l'esito della giuridificazione va attualmente – sembra di poter dire – nel senso nella frammentazione della normativa adottata nei vari sistemi, pur a fronte della tendenziale unificazione dei principi generalmente accolti. La cifra caratteristica del fenomeno resta, infatti, il gradualismo; la commistione di strumenti di *hard law* e di *soft law* si innesta in modo tendenzialmente non traumatico nell'*humus* culturale degli ordinamenti nazionali, che possono così elaborare in base a parametri non necessariamente omogenei la propria chiave di lettura per la progressiva integrazione delle donne, in regime di parità con gli uomini, nel tessuto sociale e nella vita pubblica.

D'altra parte, la vitalità della dimensione giuridica sovranazionale agevola il costante approfondimento del dialogo fra sistemi eterogenei e può instaurare circoli virtuosi di conoscenza reciproca fra realtà profondamente remote l'una dall'altra.

Non a caso, in epoca recente un nuovo fermento culturale sta gradualmente conducendo alcuni sistemi, inizialmente lontanissimi dalla stessa accettazione della prospettiva sottesa ai *gender studies*, a nuove riflessioni. L'esempio forse più lampante è quello degli ordinamenti di tradizione islamica, rispetto ai quali – soprattutto grazie all'impegno della dottrina – non mancano oggi sforzi significativi nel senso dell'adattamento del diritto autoctono a criteri maggiormente rispettosi della parità di genere. Queste esperienze non rilevano solo in sé e per sé, ma possono costituire fonte di ispirazione per i legislatori occidentali, alle prese con i noti problemi di convivenza con le popolazioni immigrate, che non

di rado sono connessi – almeno parzialmente – proprio con le questioni di genere. Di conseguenza, si sta progressivamente innescando un dialogo fra ordinamenti, potenzialmente fruttuoso sia per instaurare un atteggiamento complessivo maggiormente cosmopolita, sia per agevolare a livello globale la prevenzione e la repressione di alcuni temibili fenomeni segregativi, originari di determinati contesti e/o aree geografiche in cui le donne sono particolarmente svantaggiate<sup>7</sup>.

Resta auspicabile, ovviamente, il raggiungimento di un grado minimale di unificazione della disciplina vigente nei vari contesti – rispetto al quale il contributo dei sistemi sovranazionali potrebbe essere importante – in tanto in quanto la parità di genere rispecchia la necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone. Su questo piano, una tendenziale uniformazione, in particolare nella formulazione di idonee garanzie di rango costituzionale, certamente appare come un passo necessario e doveroso. Anzi, un progressivo avvicinamento fra le esperienze statali – non solo per quanto concerne la codificazione nel diritto positivo, ma anche con riferimento alla produzione di risultati virtuosamente inclusivi nella prassi – è certamente un obiettivo a cui puntare.

Tuttavia, dato l'indissolubile legame con le specificità nazionali, una totale omologazione non solo appare irrealizzabile, ma sarebbe forse persino controproducente. Infatti, l'imposizione repentina e artificiosa di modelli culturali estranei alla mentalità delle popolazioni interessate (o quanto meno della loro maggior parte) potrebbe essere percepita come antidemocratica e sortire, di conseguenza, reazioni di insofferenza, rischiose a maggior ragione in tempi come quelli attuali, in cui lo scontro fra civiltà si profila come un pericolo purtroppo tutt'altro che remoto.

### *3. La ratio della giuridificazione, fra tutela dell'individuo e dell'interesse pubblico*

La *ratio* che accumuna gli interventi normativi in materia di pari opportunità di genere ha in primo luogo a che fare con la necessità di proteggere i diritti fondamentali, per assicurare il pieno sviluppo individuale.

Col passare del tempo, tuttavia, ci si è resi conto che la promozione della presenza femminile nella vita professionale e istituzionale non corrisponde solo alla realizzazione del pieno rispetto dei diritti inviolabili della persona e del principio di uguaglianza, ma rappresenta occasione di arricchimento per tutte le componenti della società e per questa globalmente considerata. Il pluralismo dei punti di vista e dei contributi, infatti, consente maggiore completezza dei profili esaminati in vista di qualsiasi decisione ed è dunque garanzia di ottimizzazione dei risultati. Pertanto, è riduttivo ritenere che il cosiddetto *empowerment* femminile rappresenti un interesse esclusivo delle donne. In realtà, rispecchia un'aspirazione (necessariamente comune) all'efficienza complessiva del

sistema, che a volte è connessa in dottrina all'abbattimento del livello di corruzione e *maladministration*.

Tale molteplice connotazione teleologica emerge in vari settori.

Per esempio, l'esigenza di garantire un più razionale utilizzo delle risorse in vista dell'efficiente realizzazione dell'interesse dell'intera comunità è ben presente – accanto all'intento di migliorare la qualità della vita del genere svantaggiato (che normalmente è quello femminile) – nelle disposizioni sul bilancio di genere<sup>8</sup>.

La rilevanza sia per l'interesse delle donne a partecipare pienamente alla vita pubblica, sia per l'aspirazione generale alla qualità dell'attività istituzionale è lampante, poi, nella disciplina sulla riserva alle donne di una quota dei seggi disponibili nelle competizioni elettorali. Si tratta, come è noto, di uno strumento controverso, poiché previsioni eccessivamente rigide potrebbero determinare un'invasione troppo significativa nella libertà della vita politica e nell'autodeterminazione dei partiti e degli stessi elettori. Il sistema delle quote, però, ha superato indenne il vaglio di legittimità della Corte costituzionale<sup>9</sup>. La normativa nazionale sul punto è oggi complessivamente soddisfacente soprattutto per quanto riguarda le competizioni elettorali<sup>10</sup> negli enti locali<sup>11</sup>. Le disposizioni si pongono direttamente a garanzia della presenza femminile nelle istituzioni, pur nel rispetto dell'autonomia normativa degli enti territoriali e dell'interesse pubblico alla loro governabilità; a previsioni di portata generale<sup>12</sup> si affiancano regole più specifiche<sup>13</sup>. La compresenza di esigenze di tutela individuale e generale emerge anche dalle sentenze dei giudici amministrativi, che riconoscono la legittimazione alla promozione del ricorso per la violazione della normativa sia in capo agli elettori<sup>14</sup>, sia in capo alle associazioni per la salvaguardia delle 'quote di genere'<sup>15</sup>.

La coesistenza di interessi individuali (delle donne dotate delle necessarie competenze ad accedere al potere) e della collettività (all'innalzamento della qualità dell'attività di interesse comune) è chiara, inoltre, con riferimento all'attuazione della disciplina<sup>16</sup> sulle quote di genere nelle società 'pubbliche'. Il Consiglio di Stato, infatti, esprimendosi in sede consultiva a proposito dell'ampiezza dell'ambito operativo di tali previsioni, ha chiarito che la *ratio* è riposta non solo nell'esigenza etico-politica di garantire la parità di genere nelle sedi decisionali, ma anche nel criterio dell'efficienza, che impone di attingere a tutte le capacità e sensibilità disponibili, per ottimizzare il risultato gestionale complessivo<sup>17</sup>.

La frantumazione dell'elemento teleologico, che resta 'sospeso' fra percezione individualistica e collettivistica, a volte dà adito, peraltro, ad applicazioni discutibili e controproducenti. Lo dimostra l'analisi della giurisprudenza amministrativa sull'art. 57, co. 1, lett. a), d.lgs. 30.3.2001, n. 165, che impone (salvo motivata impossibilità) la partecipazione femminile, nella quota di almeno un terzo dei posti disponibili, nelle commissioni di concorso per le assunzio-

ni nel pubblico impiego. In base a un orientamento abbastanza condiviso, la violazione della norma non sarebbe di per sé sufficiente a determinare l'annullamento dell'esito della procedura impugnata da una candidata non vincitrice, poiché l'interesse a tutela del quale la disciplina è stata posta sarebbe radicato in capo alla commissione<sup>18</sup>. È quasi paradossale, poi, il 'filone' giurisprudenziale che neutralizza l'efficacia della disposizione configurandola come espressione di un principio generale posto a tutela di interessi sovraindividuali, inidonei a legittimare i singoli all'esperimento del ricorso<sup>19</sup>. Solo sporadicamente – a seguito della pronuncia della Consulta<sup>20</sup> che ha ritenuto la previsione pienamente compatibile con il testo attualmente vigente dell'art. 51 Cost. – la giurisprudenza amministrativa opportunamente ha iniziato a configurare la normativa sulla presenza femminile nelle commissioni di pubblico concorso come azione positiva<sup>21</sup>. Questo risultato, tuttavia, non si è sedimentato e in epoca successiva il Consiglio di Stato ha asserito che la violazione della disposizione non produce di per sé alcun effetto invalidante sull'esito della procedura concorsuale, dovendo all'uopo essere fornita l'ulteriore dimostrazione dell'assunzione da parte della commissione (di soli uomini) di condotte discriminatorie nei confronti delle candidate<sup>22</sup>.

#### 4. Le 'componenti' della giuridificazione

Nell'ordinamento italiano, l'intervento legislativo non è l'unico meccanismo utilizzato per la realizzazione della parità di genere.

Notevole rilievo assume, infatti, la prassi degli enti pubblici (in particolare, degli enti locali, primariamente coinvolti nel settore del *mainstreaming*). Si pensi, per esempio, alla ricca sperimentazione (benché con una distribuzione 'a macchia di leopardo', a fronte di una disciplina assai frammentaria) dell'istituto del bilancio di genere. Si pensi, inoltre, alla stipulazione di accordi con altri soggetti, pubblici o privati, per l'attivazione di progetti e azioni integrate, finalizzati alla promozione della cittadinanza di genere<sup>23</sup>. Nonostante questi strumenti normalmente presentino numerosi profili di incertezza applicativa, soprattutto sul piano delle conseguenze dell'eventuale inadempimento degli impegni assunti dalle parti, essi dimostrano un fermento ormai pressoché inarrestabile, che compensa, almeno in parte, la scarsa presenza di norme strettamente vincolanti nel campo delle politiche pubbliche di genere.

Per quanto riguarda il ruolo dei giudici, si riscontra una certa discontinuità negli orientamenti seguiti. Talora – soprattutto in materia di lavoro e di parità delle responsabilità genitoriali, ove le pronunce della Corte di cassazione hanno assunto posizioni piuttosto avanzate<sup>24</sup> – si sono posti come veri e propri baluardi a difesa dell'uguaglianza sostanziale fra donne e uomini.



Anche la giurisprudenza amministrativa ha dimostrato notevole sensibilità. Ciò è spesso avvenuto nella valutazione della legittimità della formulazione dei bandi di concorso per le assunzioni nel pubblico impiego<sup>25</sup>. Il *favor* per la piena effettività della parità di genere è costante, poi, nel campo delle quote nella rappresentanza politica. Infatti, i ricorsi contro gli atti di nomina delle giunte degli enti locali in cui è palese la sproporzione fra componenti dei due sessi<sup>26</sup> sono normalmente accolti, tranne laddove l'atto sia adeguatamente motivato con riferimento ad esigenze di rispetto delle coalizioni di partito<sup>27</sup> ed evidenti lo svolgimento, nella fase istruttoria del procedimento, degli sforzi necessari all'auspicata acquisizione della disponibilità di persone di sesso femminile all'assunzione delle cariche<sup>28</sup>.

Altre volte, invece, i giudici amministrativi si sono arroccati su posizioni deludenti, come è stato evidenziato con riferimento all'applicazione della disciplina delle quote di genere nella composizione delle commissioni concorsuali pubbliche. In questi casi, spetta in primo luogo alla dottrina, con analisi accurate e non ideologiche, contribuire al superamento delle opinioni più antiquate (e, sul piano strettamente giuridico, meno compatibili con i parametri costituzionali).

##### *5. Il possibile impatto dell'indagine scientifica non giuridica (cenni)*

Un aspetto interessante, che solo apparentemente è estraneo alla materia della parità di genere ma in realtà la lambisce, concerne il complesso rapporto fra scienza e diritto.

La questione emerge con riferimento al problema della 'misurazione' dei risultati raggiunti, che rileva in primo luogo in relazione all'intrinseca transitorietà delle azioni positive e alla conseguente cessazione della loro legittimazione giuridica allorché gli obiettivi a cui erano preordinate siano stati ottenuti.

Pertanto, è necessario individuare degli indicatori che siano in grado di convertire, almeno in via tendenziale, fattori di natura prevalentemente qualitativa in coefficienti quantitativi. La sedimentazione di esiti condivisi sul punto consentirebbe, tra l'altro, di affrontare la tematica dell'uguaglianza fra uomini e donne in una prospettiva potenzialmente globale, mediante l'acquisizione di dati omogenei a livello transnazionale.

Tuttavia, manca ad oggi piena condivisione nel mondo scientifico circa l'indicazione di criteri oggettivi. Di conseguenza, c'è il rischio che qualsiasi tentativo di analisi sfoci – se non nell'arbitrio – nell'autoreferenzialità. Ovviamente, il pericolo è meno evidente nei settori in cui una valutazione meramente quantitativa può risultare di per sé soddisfacente<sup>29</sup>. In altri campi, invece, la discussione è ancora apertissima<sup>30</sup>.

Di conseguenza, nel processo di maturazione complessiva – in cui il diritto gioca un ruolo certamente fondamentale, ma non autosufficiente – le scienze politiche e sociali hanno un compito di primario rilievo.

*6. Il metodo e l'esito della giuridificazione, fra corsi e ricorsi storici: un work in progress ancora incompiuto*

La giuridificazione della parità di genere in Italia si contraddistingue per la pluralità delle strade percorse. La multiformità degli strumenti giuridici schierati rappresenta una ricchezza dell'ordinamento ed è forse la via più efficace per raggiungere risultati operativi significativi sul fronte dell'uguaglianza sostanziale di tutte e di tutti. Proprio l'abbinamento fra soluzioni di diversa natura, infatti, può far fronte all'esigenza di flessibilità insita nel sistema delle azioni positive.

In questo panorama variegato, è a stretto rigore assente il meccanismo della cosiddetta 'entificazione' degli interessi. Ciò non significa, però che la progressiva espansione dell'attenzione per la parità di genere non abbia sortito effetti significativi sul piano dell'organizzazione amministrativa latamente intesa. Infatti, se pur in modo discontinuo, nei Governi della Repubblica che si sono succeduti in epoca recente è stata prevista la presenza di un apposito Dicastero oppure, in alternativa, di un Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Inoltre, presso il Ministero per le Pari opportunità tra uomo e donna spesso si è insediata la competente Commissione, frutto della trasformazione (operata con d.lgs. 31.7.2003, n. 226) della Commissione nazionale permanente per le pari opportunità, originariamente istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. L'introduzione di questi organismi è stata effettuata per adempiere alle raccomandazioni formulate a conclusione della II Conferenza mondiale sulle donne delle Nazioni unite, svoltasi a Copenaghen nel 1980. Al di là delle critiche frequentemente mosse a proposito della scarsa incisività dell'operato di tali soggetti (anche a causa dell'esiguità delle risorse finanziarie disponibili), emerge dunque un segnale di attenzione per la questione, che si riverbera a livello istituzionale.

Del resto, da tempo il legislatore ha attivato organismi specificamente deputati allo svolgimento di compiti di vigilanza sul rispetto delle regole vigenti e di promozione di buone prassi in materia di parità di genere: si pensi, per esempio, alla costituzione dei Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, dei/le Consiglieri/e di parità<sup>31</sup> e delle Commissioni per le pari opportunità fra uomo o donna costituite presso gli enti territoriali.

Un'altra questione ha a che fare con la possibile espansione della giuridificazione a settori al momento non ancora 'coperti' dalla normativa.

Poiché la parità di *chances* fra uomini e donne rappresenta ad oggi un traguardo ancora remoto, la sua piena realizzazione richiede a mio parere un'intensificazione ulteriore della giuridificazione nel prossimo futuro, quanto meno nella forma transitoria delle azioni positive. Va in questa direzione anche la consapevolezza circa la portata teleologica della disciplina, che (come si è segnalato) è rivolta non solo a garantire la tutela dei diritti inviolabili delle donne, ma anche ad assicurare, nell'interesse generale, l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale e il pluralismo dei punti di vista e delle competenze, in particolare nell'attività pubblica.

Anzi, l'approfondimento degli sforzi per la piena realizzazione delle pari opportunità potrebbe determinare l'estensione virtuosa delle potenzialità inclusive di normativa e buone prassi, che, se si sono fino ad ora rivolte quasi esclusivamente a tutela delle donne in quanto genere sottorappresentato nella vita pubblica, d'ora in poi ben potrebbero essere utilizzate anche per promuovere il coinvolgimento della componente maschile della società nei campi in cui la presenza degli uomini è ancora infrequente.

Inoltre, ci si può chiedere se una giuridificazione ulteriore della tematica possa essere opportuna in alcuni campi toccati dal fenomeno delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, che negli ultimi decenni hanno determinato lo spostamento in campo civilistico del baricentro organizzativo e operativo di numerose attività, precedentemente di competenza dell'amministrazione. In particolare laddove i soggetti privati subentrati alle autorità si siano assunti oneri corrispondenti al soddisfacimento di interessi della collettività, a mio avviso non è ingiustificato ritenere che i parametri della parità di genere, in quanto baluardo di civiltà, possano – o addirittura debbano – essere tenuti presenti nello svolgimento della loro attività, in tal modo parzialmente 'migrando' dal settore pubblicistico a quello (formalmente) civilistico. Nel solco appena indicato si pongono, per esempio, gli sforzi compiuti per incentivare l'adozione di bilanci di genere anche da parte degli imprenditori privati, il cui operato sia suscettibile di produrre importanti ricadute di carattere socio-economico sull'intera comunità.

Pare di poter dire, dunque, che i tempi non sono maturi per un fenomeno di 'de-giuridificazione'. Non è escluso – ed è anzi auspicabile – però che ciò si verifichi in un futuro non lontano. A ben vedere, anzi, proprio la natura transitoria delle azioni positive, che rappresenta il cuore pulsante della disciplina sulla parità fra uomini e donne, intrinsecamente richiede aggiustamenti progressivi e, in prospettiva, l'eliminazione dei correttivi a suo tempo introdotti a fronte del raggiungimento dell'equilibrio di genere perseguito.

D'altra parte, ponendosi in un'ottica di stampo diacronico un po' diversa, non sfugge come (non la de-giuridificazione in senso tecnico, ma certamente) l'abrogazione di alcune previsioni legislative segregative abbia rappresentato in

realtà una tappa importante del progressivo accoglimento in Italia di parametri egualitari in prospettiva di genere. Infatti, l'eliminazione di una serie di disposizioni settoriali (da quelle che ponevano divieti per l'accesso delle donne a determinate professioni<sup>32</sup> a quelle che differenziavano la loro posizione nell'ambito della famiglia<sup>33</sup>) ha costituito l'altro versante dell'espansione del principio di uguaglianza formale e sostanziale in prospettiva di genere.

Infine, è possibile cogliere un fenomeno (ancora una volta, non di de-giurificazione in senso stretto, ma piuttosto) di graduale 'riposizionamento' di alcuni istituti, che potrebbero utilmente migrare, almeno in parte, dalla collocazione originaria in via esclusiva nel campo del diritto amministrativo generale anche al settore più specifico del diritto delle pari opportunità fra uomo e donna. L'esempio su questo fronte maggiormente significativo ha a che fare con uno strumento tradizionale del diritto pubblico, del quale – grazie all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza – è oggi possibile cogliere implicazioni del tutto inedite. Si tratta delle ordinanze emesse, con particolare frequenza negli ultimi tempi, dai sindaci, per vietare 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 *burquini* (il cui utilizzo è censurato prevalentemente per ragioni di igiene e salubrità pubblica). Benché originariamente poco considerato, il profilo delle possibili implicazioni discriminatorie correlate all'appartenenza di genere di tali atti è in realtà assai rilevante. Non a caso, alcuni giudici amministrativi<sup>34</sup> evidenziano la necessità che l'assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con i principi generali dell'attività amministrativa. Si richiede dunque, fra l'altro, l'attenta valutazione del parametro della ragionevolezza con riferimento all'indispensabilità dell'apposizione di divieti assoluti, che potrebbe determinare odiosi effetti di segregazione e autosegregazione, soprattutto fra le immigrate di religione islamica che spesso, fatalmente, sono esposte a una concatenazione di discriminazioni.

## Note

- <sup>1</sup> V. l. 19.6.1902, n. 242 (sulla tutela delle lavoratrici madri) e il T.U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 1907 (con cui si introdusse il divieto di lavoro femminile notturno).
- <sup>2</sup> V. artt. 2, 3, 13, 137, 141, T.C.E., nonché artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali; v. poi soprattutto le direttive 75/117/CEE, 76/207/CEE, 79/7/CEE, 86/378/CEE, 86/613/CEE, 92/85/CEE, 96/34/CE, 97/80/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE. L'attenzione dell'Unione europea per le questioni di genere è rivolta peraltro a vari aspetti: v. <[http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/index_it.htm)> (12/2016).
- <sup>3</sup> Particolarmente significativa è la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1979 e ratificata in Italia il 10.6.1985. Un'altra tappa di primario rilievo è costituita dalla IV Conferenza mondiale sulle donne organizzata dalle Nazioni unite a Pechino nel 1995.
- <sup>4</sup> V. l.c. 30.5.2003, n. 1.
- <sup>5</sup> Il prototipo è rappresentato dalla l.r. Toscana 2.4.2009, n. 16, poi ripresa dalla l.r. Marche 23.7.2012, n. 23. Della cittadinanza di genere tratta anche la l.r. Emilia Romagna 27.6.2014, n. 6 (v. artt. 6 e 43).
- <sup>6</sup> V. il *Global Gender Gap Report*, annualmente elaborato dal Forum economico mondiale. Il *Report* relativo al 2015 è consultabile online in <<http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2015/>> (12/2016).
- <sup>7</sup> Per esempio, v. la Risoluzione dell'Assemblea generale ONU del 20.12.2012 (*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*).
- <sup>8</sup> V. art. 10, d.lgs. 27.10.2009, n. 150.
- <sup>9</sup> Dopo C. cost., 12.9.1995, n. 422, v. C. cost., 13.2.2003, n. 49, e C. Cost. 14.1.2010, n. 4.
- <sup>10</sup> Per la disciplina delle elezioni degli europarlamentari, v. art. 56, d.lgs. n. 198/2006; v. oggi anche l'art. 1, l. 22.4.2014, n. 65. Quanto all'elezione della Camera dei Deputati, v. la l. 6.5.2015, n. 52.
- <sup>11</sup> V. soprattutto gli artt.: 6 (co. 3), 17 (co. 5), 46 (co. 2), 71 (co. 3 *bis* e 5), 73 (co. 1 e 3), d.lgs. 18.8.2000, n. 267.
- <sup>12</sup> V. artt. 6, co. 3, 17, co. 5, e 46, co. 2, d.lgs. n. 267/2000.
- <sup>13</sup> V. artt. 71 e 73, d.lgs. n. 267/2000. Anche l'art. 4, co. 4, lett. *c bis*, l. 2.7.2004, n. 165 (originariamente formulato in termini generali) oggi, a seguito della riforma operata con l'art. 1, l. 15.2.2016, n. 20, ha assunto un contenuto assai puntuale con riferimento al rispetto delle quote di genere nella legislazione elettorale regionale. V. anche l'art. 1, co. 137, l. 7.4.2014, n. 56.
- <sup>14</sup> V. TAR Lazio, Roma, II, 25.7.2011, n. 6673.
- <sup>15</sup> V. Cons. St., V, 21.6.2012, n. 3670 e TAR Lazio, Roma, II, 11.9.2013, n. 8206.
- <sup>16</sup> V. l. 12.7.2011, n. 120 e d.p.r. 30.11.2012, n. 251.
- <sup>17</sup> V. Cons. St., I, parere 4.6.2014, n. 1801.
- <sup>18</sup> V. TAR Sicilia, Catania, II, 19.10.1999, n. 2092 e Cons. St., V, 6.6.2002, n. 3184.
- <sup>19</sup> V.: Cons. St., n. 3184/2002; TAR Lazio, Roma, III, 28.5.2003, n. 4779; Cons. St., V, 23.10.2007, n. 5572; TAR Campania, Napoli, III, 3.2.2010, n. 558; TAR Sicilia, n. 2092/1999; TAR Lazio, Roma, III, 12.1.2007, n. 149; Cons. St., VI, 18.12.2001, n. 6280.
- <sup>20</sup> V. C. cost., 27.1.2005, n. 39.
- <sup>21</sup> V. Cons. St., V, 11.10.2005, n. 5487 e TAR Liguria, II, 10.12.2005, n. 1648.
- <sup>22</sup> V. Cons. St., VI, 27.12.2006, n. 7962 e Cons. St., n. 3184/2002.
- <sup>23</sup> V., art. 22, l.r. Toscana n. 16/2009, nonché art. 15, l.r. Puglia, 21.3.2007, n. 7, e art. 22, l.r. Liguria, 1.8.2008, n. 26.
- <sup>24</sup> L'esame accurato della giurisprudenza civile esula dall'oggetto di questo contributo. V., però: C. Cass. civ., ss.uu., 11.9.2013, n. 20815; C. cass. civ., I, 13.10.2011, n. 21154; C. cass. civ., ss.uu., 25.2.2009, n. 4466; C. cass. civ., I, 10.7.1996 n. 6297; C. cass. civ., lav., 18.11.1996 n. 10086; C. cass. civ., I, 22.11.2000 n. 15062.

- <sup>25</sup> V.: TAR Sardegna, Cagliari, II, 25.11.2008, n. 2025, ma cfr. Cons. St., V, 10.5.2010, n. 2754; Cons. St., III, 3.12.2013, n. 5739; TAR Lazio, Roma, I, 5.5.2009, n. 4628
- <sup>26</sup> V.: TAR Campania, Napoli, I, 7.6.2010, n. 12668; TAR Campania, Napoli, I, 10.3.2011, n. 1427; TAR Campania, Napoli, I, 7.4.2011, n. 1985; TAR Campania, Napoli, I, 3.6.2013, n. 2869; TAR Sardegna, Cagliari, II, 4.2.2013, n. 84; TAR Sardegna, Cagliari, II 2.8.2011, n. 864; Cons. St., n. 3670/2012; Cons. St., V, 27.7.2011, n. 4502; Cons. St., V, 5.12.2012, n. 6228; TAR Puglia, Bari, III, 18.12.2008, n. 2913; TAR Puglia, Lecce, I, 23.9.2009, n. 740; TAR Lazio, n. 6673/2011; TAR Calabria, Reggio Calabria, I, 26.10.2011, n. 750; TAR Calabria, Catanzaro, II, 9.1.2015, nn. 1, 2 e 3; Cons. St., V, 3.2.2016, n. 406.
- <sup>27</sup> V., però, TAR Umbria, Perugia, I, 20.6.2013, n. 338, ove in capo all'ente si riconosce un'ampia «discrezionalità politica». Cfr. TAR Campania, Salerno, II, 5.12.2012, n. 2251.
- <sup>28</sup> V. TAR Puglia, Lecce, I, 7.2.2013, n. 289 e TAR Puglia, Lecce, I, 14.12.2012, n. 2025, nonché TAR Umbria, Perugia, I, 20.6.2012, n. 242 e TAR Sardegna, n. 84/2013.
- <sup>29</sup> Si pensi alla normativa sull'*empowerment* femminile in generale e sulle quote di genere in particolare.
- <sup>30</sup> Si pensi alle modalità di calcolo delle ricadute in termini di genere delle politiche pubbliche, ai fini della corretta redazione dei bilanci di genere.
- <sup>31</sup> V. Cons. St., VI, 29.7.2010, n. 5031 e TAR Lazio, Roma, III *bis*, 18.6.2009, n. 5780.
- <sup>32</sup> V. l. 9.2.1963, n. 66.
- <sup>33</sup> Si pensi all'art. 560 c.p. (Concubinato), dichiarato illegittimo da C. Cost. 27.11-3.12.1969, n. 147, e all'abolizione del cosiddetto 'delitto d'onore'.
- <sup>34</sup> V.: Cons. St., VI, 19.6.2008, n. 3076; Tar Lazio, Roma, II, 10.10.2006, n. 10234; Tar Friuli Venezia Giulia, 16.10.2006, n. 645.

# L'AUTODISCIPLINA DELLE FORMAZIONI SOCIALI

*Serena Stacca*

SOMMARIO – 1. La progressiva codificazione delle regole di condotta come transito dell'etica nel diritto. 2. Quando. 3. Perché. 3.1 L'esigenza di garantire l'effettività dei comportamenti. 3.2 L'esigenza di legalità. 4. Come: il raccordo con il sistema delle fonti. 5. La natura delle regole contenute nei codici di comportamento dei gruppi sociali e il contributo alla giuridificazione della dottrina e della giurisprudenza. 5.1 Espressioni di *soft law*: la funzione ermeneutica dei codici di condotta. 5.2 Espressioni di autonomia privata: regole pattizie a efficacia *inter partes*. 5.3 (*segue*) Espressioni di autonomia normativa dei gruppi organizzati: fonti del diritto. 6. L'altra faccia della giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali: la obbligatorietà delle condotte e la loro punibilità. 7. Gli sviluppi della attrazione nella dimensione giuridica: la progressiva applicazione dei principi generali dell'ordinamento all'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare: qualità e quantità di applicazione del diritto. 8. La tutela giurisdizionale (davanti agli organi dello Stato). 9. I principi del potere sanzionatorio: il giusto processo e il giusto procedimento. 10. Verso il principio di tassatività degli illeciti.

## *1. La progressiva codificazione delle regole di condotta come transito dell'etica nel diritto*

Attraverso la codificazione delle regole di condotta riconducibili a gruppi organizzati si assiste al passaggio dell'etica<sup>1</sup> nella dimensione giuridica. Più correttamente, con la codificazione si assiste alla progressiva attribuzione della rilevanza giuridica a precetti prima affidati alla coscienza individuale del singolo.

Si tratta di un fenomeno sempre più diffuso nella realtà sociale, economica e professionale, a livello nazionale e sovranazionale, che risponde all'esigenza di disciplinare la convivenza all'interno del gruppo nonché i rapporti tra quest'ultimo, i suoi componenti e i terzi.

Il fenomeno, peraltro, è eterogeneo nei suoi presupposti e nelle sue manifestazioni. Tali codici descrivono, cioè, realtà multiformi. Si pensi al lavoro subordinato e a quello presso le pubbliche amministrazioni, al sistema giudiziario e ancora ai gruppi di imprese; ma al tempo stesso ai partiti e movimenti politici, alle società sportive e agli enti pubblici con autonomia funzionale (come gli ordini professionali e le Università), congerie di formazioni sociali sulle quali soprattutto sarà portata l'attenzione.

In tutti questi casi, il passaggio nella dimensione giuridica presuppone il superamento della dimensione sociale dei suddetti precetti di comportamento, giacché le norme giuridiche sono capaci di vincolare e modificare la condotta dei

loro destinatari (Gavazzi, 1984: 21), attraverso l'intervento di autorità apposite e l'applicazione di specifiche modalità decisionali, proprie del sistema giuridico (Bobbio, 1993: 128 sgg.). Prima ancora, quindi, l'ingresso nel diritto delle regole proprie di un gruppo organizzato sottintende una limitazione della sfera personale del singolo che appartiene a quel gruppo, nella misura in cui attribuisce il carattere dell'obbligo ad azioni che prima ne erano prive, siccome viceversa erano affidate a una scelta autonoma dell'individuo, che, per quanto condizionata dal contesto sociale, resta pur sempre illimitata e dunque irriducibile (Bauman, 2010: 254).

Le condotte cristallizzate nei c.d. codici di comportamento tendono però a riprodurre i 'costumi' del gruppo e hanno un immediato riflesso nella vita sociale. Rappresentano, cioè, quelle condotte riconosciute dai consociati in ragione della loro stessa appartenenza al gruppo; sono, in definitiva, quei comportamenti che sottintendono scopi comuni, dal cui rispetto dipende il funzionamento del gruppo e, conseguentemente, lo sviluppo della personalità del singolo al suo interno. Lo stesso vale con riferimento ai c.d. codici etici, i cui precetti peraltro, sebbene tradotti in norme scritte, non sono (almeno per ora) considerati di per sé norme giuridicamente rilevanti, cosicché la loro attuazione è ancora affidata alla sensibilità del soggetto, ossia sempre e solo alla coscienza del singolo (Cafaggi, 2001: 552).

In questo ordine di idee, il fenomeno della giuridificazione nei gruppi sociali organizzati ha tratti comuni con qualunque altro processo di giuridificazione (Hart, 1965: 204): «visto nel suo momento costitutivo o genetico il diritto (inteso ovviamente come esperienza praticata e non come semplice elencazione di formulazioni normative enunciate) si raccorda sempre a criteri di valore condivisi, in quanto tali connotabili anche in chiave etica» (Lipari, 2008: 178).

L'esperienza giuridica dei gruppi sociali però si contraddistingue per il fatto di reggersi su due ulteriori presupposti. Il primo: consistente in ciò che le regole di comportamento vengono individuate e 'positivizzate' nei relativi codici direttamente dal gruppo, «al di fuori dei normali circuiti di produzione delle leggi» (Lipari, 1987: 307 sgg.). Il secondo: relativo alla circostanza per cui il singolo, nel momento in cui aderisce al gruppo, accetta consapevolmente quelle regole di comportamento, in altri termini si autolimita.

Le riflessioni che seguono muovono da questi due presupposti.

## 2. *Quando*

Una prima osservazione attiene al dato temporale.

Complessivamente considerata, l'attrazione nella dimensione giuridica delle regole riconducibili a un gruppo organizzato non trova una precisa colloca-



zione nel tempo. Né può trovarla, visto che il fenomeno investe trasversalmente la società civile: in questa prospettiva, la giuridificazione dell'etica – sempre intesa nel senso sopra accennato – non può che essere valutata in termini evolutivi, più o meno progressivi.

Viceversa è possibile individuare il momento storico a partire dal quale «si sono venuti affermando schemi disciplinari autoreferenziali, assunti come modelli di normazione alternativi o concorrenti rispetto allo strumento legislativo tradizionalmente inteso» (Lipari, 2008: 178). È possibile, in altri termini, circoscrivere il periodo in cui alcune organizzazioni hanno iniziato a fissare certe azioni in norme scritte, attribuendo loro il carattere (sostanzialmente) vincolante per tutti gli appartenenti alla categoria e avviando il processo di giuridificazione.

I primi codici di autoregolamentazione si possono far risalire agli anni '70 del XX secolo. Di quegli anni, per esempio, sono i codici disciplinari adottati dagli organismi rappresentativi dei lavoratori e dalle associazioni dei datori di lavoro in relazione al lavoro subordinato; risale poi al 1975 il Codice di autodisciplina pubblicitaria, elaborato dall'associazione che riunisce le associazioni più rappresentative delle categorie degli operatori del mondo della pubblicità, le cui regole sono automaticamente efficaci anche laddove non espressamente accettate; o, sempre a titolo d'esempio, è del 1978 il Codice di deontologia medica approvato dal Consiglio nazionale della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi, dove per la prima volta sono disciplinati anche i rapporti della classe professionale medica con i terzi.

Per quanto relativa, questa collocazione temporale non è casuale.

I meccanismi di autodisciplina (e la conseguente attrazione nella dimensione giuridica) cominciano, infatti, a manifestarsi contemporaneamente alla svolta della riflessione filosofica e giuridica verso concezioni di tipo normativo che intendono affermare la natura oggettiva e prescrittiva delle esigenze della morale. Quando, cioè, si assume che il linguaggio morale, sebbene convogli emozioni puramente soggettive, contenga dei principi in grado di suggerire soluzioni adeguate a una serie di questioni legate alla gestione della vita associata. Cosicché, in base a tale concezione, valori condivisi sottesi al comportamento dell'uomo (come quelli riconosciuti dai gruppi organizzati) entrano nella realtà giuridica (Mengoni, 1998: 305 sgg.), sotto forma di regole di decisione, ancorché non sanciti da una legislazione positiva (Pizzorusso, 2011: 638).

Di pari passo, l'affermazione di sistemi di disciplina autoreferenziali coincide temporalmente anche con la «crisi dello Stato moderno e dei suoi modelli regolativi» (Lipari, 2008: 176). Segnatamente, con il ridimensionamento del ruolo del legislatore in una prospettiva tesa non a intervenire puntualmente nella vita dei contesti organizzati, ma piuttosto a promuovere e a sovrintendere a tali fenomeni della società civile (Teubner, 1987: 85 sgg.). Ne deriva che le for-

me di autodisciplina dei gruppi rappresentano una espressione di una più generale tendenza degli ordinamenti contemporanei a predisporre la struttura di riferimento, entro la quale le istituzioni sociali possono autonomamente operare come sistemi regolatori tra privati (Mengoni, 1988: 24 sgg.).

### 3. Perché

Le osservazioni appena fatte introducono un altro piano di riflessione, che questa volta insiste sulle ragioni della giuridificazione delle regole di condotta riconducibili a categorie organizzate.

Su queste basi, indicativa è la nascita stessa dei codici di autodisciplina. Risulta, in altri termini, utile capire perché da un certo momento in poi siano state elaborate delle raccolte di precetti adatti a un campo particolare della realtà sociale – pubblica o privata – quale quello professionale, dove in passato era stato possibile ricostruire empiricamente sistemi normativi non scritti (basati, cioè, sulla ripetizione uniforme e spontanea di certi comportamenti e sorretti da principi e clausole generali, quali per esempio la buona fede, la correttezza e il decoro professionali o ancora l'imparzialità e l'indipendenza).

La creazione dei codici viene collegata talvolta alla rottura della omogeneità sociale nella composizione di certe categorie (i.e. medici, magistrati, avvocati, docenti ecc.) in favore del pluralismo sociale (dunque, alla necessità di ricostruire una gamma di valori di riferimento selezionati sotto forma di canoni di condotta) (Cassese, 1994: 1373 sgg.); talaltra, alla capacità dei medesimi codici di incoraggiare l'accettazione delle regole di comportamento, siccome adottati dagli stessi gruppi di appartenenza (Grassano, 1996: 2059; Roppo, 1989: 188); altre volte ancora al compito di supplire o integrare una disciplina legislativa lacunosa oppure troppo vaga (Criscuolo, 2000: 125 sgg.; Piepoli, 1999: 789 sgg.); infine, specie con riferimento alle libere professioni, l'elaborazione dei suddetti codici è il risultato di impulsi sovranazionali, volti ad armonizzare la deontologia di diverse categorie professionali, in un processo di integrazione dei valori e principi di là dalle distinzioni culturali e socio-politiche dei singoli paesi (sulla falsariga di quanto è stato compiuto da *Unidroit* che ha redatto un articolato sistema di principi quali riferimenti per una disciplina uniforme in tema di contratto a livello internazionale; v. per esempio il progetto del codice europeo di deontologia medica del CEOM<sup>2</sup>; oppure il codice deontologico degli avvocati europei adottato dal CCBE<sup>3</sup>).

In ogni caso, ciò che emerge è senz'altro l'esigenza di ricostituire nei contesti organizzati, nazionali e sovranazionali, un insieme di regole dettate in funzione di scopi comuni determinati (Luhmann, 1990: 81 sgg.), che le leggi dei singoli paesi non sono di per sé in grado di imporre (data la crescente complessità e

differenziazione della società (Mengoni, 1988: 23); indirettamente però emerge altresì l'esigenza che i suddetti codici non operino più soltanto sul piano extragiuridico, come strumenti di 'consiglio' o 'auspicio'.

### *3.1 L'esigenza di garantire l'effettività dei comportamenti*

In questa chiave appare abbastanza evidente la ragione della progressiva giuridificazione delle regole contenute nei codici di autodisciplina delle formazioni sociali. In termini generali e astratti, infatti, attribuire il carattere della giuridicità alle norme di comportamento significa innanzitutto dotarle di una forza obbligatoria che non ha nulla a che vedere con le «ipotesi in cui l'attuazione delle regole è affidata prevalentemente alla sensibilità del soggetto implicato» (Lipari, 2008: 177). Il che sebbene non voglia dire che una norma, siccome giuridica, veda sempre materialmente realizzato l'effetto prescritto (nella specie il concreto modello di comportamento) (Falzea, 1965: 437), nondimeno sta a indicare che il rispetto dell'obbligo dettato da una norma giuridica può essere assicurato tramite appositi strumenti e apparati, che una norma sociale non ha. Inoltre, sempre in termini generali e astratti, riconoscere il carattere della giuridicità a certi enunciati sottintende che essi siano anche accompagnati, «nella comune valutazione dei consociati, dalla convinzione di attuare un comportamento doveroso cui si commisurino criteri di responsabilità» (Lipari, 2008: 15; Bobbio, 1993: 165).

Il primo e immediato riflesso dell'ingresso nel diritto delle regole di condotta riconducibili alle formazioni sociali starebbe dunque nel rendere effettiva la realizzazione degli scopi e degli interessi comuni. Tanto più che si tratta di scopi e interessi che accomunano l'attività degli organismi rappresentativi di interi settori della società anche oltre i confini nazionali. Inoltre, nei gruppi organizzati la «convinzione di attuare un comportamento doveroso» sarebbe insita nella decisione del singolo di aderirvi: cosicché l'obbligatorietà delle azioni verrebbe per così dire consolidata dalla manifestazione di volontà del soggetto di autolimitarsi, entrando nel gruppo e accettando consapevolmente le regole da quest'ultimo stabilite (Marzuoli, 2011: 6).

### *3.2 L'esigenza di legalità*

Non solo. Il passaggio nella dimensione giuridica delle norme di comportamento contenute nei codici di autodisciplina assumerebbe una propria rilevanza pure nei confronti dell'individuo, dato che consente di garantirlo contro eventuali atti discriminatori del gruppo al quale appartiene. In una prospettiva retta su una certa interpretazione dell'art. 2 della Costituzione che amplia

l'ambito della tutela dei diritti e interessi del singolo anche nei riguardi delle formazioni sociali (Orsi Battaglini, 2007: 1309 sgg.), la giuridificazione dei codici (quali forme di autoregolamentazione interna) permette, infatti, all'individuo di non vincolarsi genericamente alle determinazioni altrui (del gruppo) (Nigro, 1975: 579 sgg.; Rescigno, 1988: 417 sgg.); parimenti realizza la prima protezione giuridica all'interno di un'organizzazione, che si esprime «nel “diritto” all'osservanza dello statuto in ordine a tutti gli effetti giuridicamente rilevanti» (Bianca, 1977: 47). Ne deriva che all'applicazione dei precetti non dovrebbero essere tenuti solamente i singoli, inseriti in virtù del rapporto associativo (volontario o necessario questo è altro problema) all'interno di una collettività organizzata, per un tempo potenzialmente illimitato e al fine di soddisfare un determinato interesse comune, ma lo dovrebbe essere anche il gruppo. L'esigenza di creare le basi per la piena applicazione del principio di legalità vale in particolare per quegli organi deputati ad assicurare il rispetto delle norme dettate: come si vedrà, le condotte cristallizzate nei codici di autodisciplina dovrebbero per esempio costituire i principali parametri giuridici per l'esercizio della potestà sanzionatoria.

Nella linea indicata, quindi, a nulla sembra rilevare la circostanza che la creazione delle norme di comportamento provenga direttamente dalle «formule organizzatorie della società civile» (Zagrebelsky, 1992: 25), dal momento che si ha comunque riguardo a gruppi che si ritiene devono operare nel quadro di una struttura compatibile con i valori dell'ordinamento giuridico nella sua concezione costituzionalistica (ricostruibile alla luce dell'art. 2 Cost. attraverso il richiamo ai diritti essenziali della persona) (Mengoni, 1992: 317 sgg.) e che di conseguenza non possono sottrarsi a limiti e controlli (Alpa, 1996: 4).

La necessità che le regole dettate siano rispettate da ciascun organo del gruppo si manifesta in particolare se si considera il campo delle professioni. In questo contesto, infatti, in base a quanto stabilito dal Trattato sul funzionamento europeo<sup>4</sup>, gli individui sono liberi di esercitare la propria professione in tutti i paesi dell'Unione europea. Con la conseguenza che essi sono tenuti altresì a osservare le norme di comportamento formulate dall'organismo rappresentativo della categoria professionale del paese in cui l'attività viene svolta<sup>5</sup>.

#### *4. Come: il raccordo con il sistema delle fonti*

Rinviando per il momento la questione della progressiva integrazione dei principi fondamentali dello Stato di diritto all'interno dei differenti modelli organizzativi delle formazioni sociali, il dato relativo alla elaborazione delle regole di condotta appare invece determinante da un altro angolo di osservazione. Laddove si guardi al fenomeno normativo dei gruppi sociali come espressioni

del graduale formarsi dell'ordinamento giuridico, inteso innanzitutto come insieme unitario di norme (Bobbio, 1993: 169).

Al riguardo, non si tratta di limitarsi a constatare che il diritto regolativo non coincide più con il sistema di precetti provenienti solo dallo Stato o comunque dai pubblici poteri (così invece Criscuolo, 2000: 54 sgg.), ritenuto ormai inadeguato «rispetto alle complesse domande di regole flessibili e di governo poste da un mercato e da una società sempre più articolati» (Piepoli, 1999: 768). Quanto piuttosto di individuare i presupposti in base ai quali le norme di comportamento prodotte dai gruppi (dichiaratamente o occultamente) privati possono entrare a far parte dell'ordinamento giuridico positivo.

La crescente produzione delle fonti di autodisciplina rende impossibile (e comunque inutile) una completa elencazione di tutte le fattispecie in cui codici di condotta o deontologici si vengono affermando all'interno di determinati ambiti sociali e professionali. Una esemplificazione di massima può essere peraltro «sintomatica dei modi di raccordo tra le norme di autoregolamentazione e la piattaforma [...] del sistema legislativo» (Lipari, 2008: 177).

Così si ha che, in base all'art. 36 c.c., l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute, come i partiti o i sindacati, sono regolati dagli accordi degli associati; o che per espressa previsione di legge i codici deontologici di alcune categorie professionali siano elaborati dagli organismi rappresentativi a livello nazionale (cfr. art. 28, comma 6, lett. c), l. 18.2.1989, n. 56<sup>6</sup> o l'art. 3, l. 31.12.2012, n. 247<sup>7</sup>); o che, il potere di emanare codici di condotta, sempre per espressa previsione di legge, venga conferito alle associazioni professionali nell'ambito delle c.d. professioni non regolamentate (cfr. artt. 1 e 2, l. 14.1.2013, n. 4<sup>8</sup>).

A fronte di ciò, appare evidente come le fonti di autoregolamentazione siano potenzialmente ascrivibili tra le fonti derivate dell'ordinamento giuridico: quali espressioni del «potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche» (Ferri, 1959: 6; Pugliatti, 1959: 368). Peraltro, l'appartenenza di queste fonti alla categoria delle fonti riconosciute o a quella delle fonti delegate non è netta. Se si valorizza l'autonomia sociale del gruppo, intesa come «capacità dei privati di dar norme a se stessi in una certa sfera di interessi» (Bobbio, 1993: 176) in virtù di un potere normativo privato 'naturale', facente capo a un ordinamento giuridico minore e/o antecedente allo Stato, questa fonte viene concepita come produttrice di norme, che vengono recepite dall'ordinamento giuridico generale (Betti, 1950: 38 sgg.; Grossi, 1996: 273; Romano, 2006: 495 sgg.); se invece si pone l'accento sul potere dei gruppi come potere delegato dallo Stato ai privati per regolare «i propri interessi in un campo estraneo all'interesse pubblico, la stessa fonte appare come una fonte delegata», rispetto alla quale pertanto è lo Stato che si autolimita (Bobbio, 1993: 176).

Se è vero che in ogni tesi risiede una componente ideologica che riflette la realtà e il suo tempo, nel raccordo delle fonti dell'autonomia dei gruppi con l'ordinamento generale costituisce tuttavia una costante il problema che si presenta quando dietro alle finalità espresse dal gruppo si celano interessi della collettività generale (si pensi segnatamente a quelli che ruotano intorno alla categoria medica). In questi casi, infatti, diventa necessario domandarsi se e fino a che punto sia possibile consentire che associazioni o ordini professionali esercitino poteri conformativi di sfere altrui che in principio potrebbero spettare solo al legislatore.

### *5. La natura delle regole contenute nei codici di comportamento dei gruppi sociali e il contributo alla giuridificazione della dottrina e della giurisprudenza*

L'ingresso nel diritto delle regole contenute nei codici di comportamento è stato soprattutto vagliato dal punto di vista della loro qualificazione.

Si tratta di un tema affrontato sia in dottrina che in giurisprudenza, specie di legittimità (per esempio quando la Cassazione a sezioni unite è stata chiamata a pronunciarsi in sede di impugnazione, per violazione di legge, delle decisioni dei Consigli nazionali dei vari ordini professionali in materia disciplinare).

Intorno alle suddette regole ruotano tre principali opzioni interpretative.

#### *5.1 Espressioni di soft law: la funzione ermeneutica dei codici di condotta*

La prima ricostruzione, recessiva, trae origine in un momento storico in cui neppure esistevano i codici di comportamento. Questi sarebbero considerati alla stregua di precetti extragiuridici o sociali (Sandulli, 1961: 619): come tali, avrebbero la funzione di integrare le clausole generali contenute nelle leggi professionali o negli statuti delle associazioni, rendendole concrete e attuali, al pari di quanto avviene in altro contesto per le regole di diligenza sottese alla clausola civilistica del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c. (Pozzi, 1983: 485 sgg.). Esse sarebbero dunque delle «mere *indicazioni*, supporti ermeneutici» all'attività di coloro i quali sono chiamati, in fase sanzionatoria, a valutare l'illiceità dei comportamenti degli associati (in senso critico Perfetti, 2006: 33). La ragione di tale funzione si ritiene sia da attribuire al fatto che le norme contenute nei codici di autodisciplina provengono da un altro ordinamento giuridico, autonomo rispetto a quello statale. Pertanto, «la relazione tra i due ordinamenti si risolve [...] non già nella statizzazione della fonte normativa dell'ordinamento particolare, ma pur sempre nel riconoscimento della sua efficacia all'interno dell'ordinamento generale». Le norme di condotta, «lungi dal potersi qualificare direttamente come fonti-atto dell'ordinamento statale, sono da questo trattate alla stregua di fonti-fatto di

ordinamenti esterni, ovvero come fatti produttivi di effetti giuridici rilevanti» (Comporti, 2002: 855 sgg.).

È pur vero che si tratta di un'impostazione non del tutto abbandonata in giurisprudenza, la quale nega che il potere degli enti associativi di emanare regole di comportamento vincolanti per gli iscritti corrisponda a un'attività normativa riconducibile all'ordinamento generale<sup>9</sup>, ma si può ipotizzare che dietro di essa vi sia il tentativo di sottrarsi al controllo di legittimità del potere regolatorio del gruppo.

La natura extragiuridica peraltro non significherebbe che la rilevanza giuridica delle regole si determini solo in ragione della loro applicazione al caso concreto (Catelani, 1976: 167): la rilevanza in quanto tale esisterebbe nella misura in cui vi è un rinvio, sia pure implicito. Solo che la vincolatezza giuridica del codice si realizzerebbe nella fase dell'irrogazione della sanzione.

### *5.2 Espressioni di autonomia privata: regole pattizie a efficacia inter partes*

Una diversa interpretazione riporta coerentemente l'attenzione sul potere di autorganizzazione del gruppo sociale, incardinato nell'orbita della normazione statale, che lo riconosce, determinandone la competenza.

Vengono in gioco le posizioni di coloro i quali considerano il potere di individuare le regole di comportamento in materia di interesse comune alla stregua di una manifestazione di autonomia negoziale (Santi Romano, 1947: 26). Alla stessa stregua, quelle di chi mette in discussione la qualificazione pubblicistica degli ordini professionali, evidenziandone viceversa la sostanza privatistica (Ferrara, 2011: 361 sgg.; Della Cananea, 1997: 1030 sgg.). Si tratta di posizioni, comuni anche a certa giurisprudenza<sup>10</sup>, in base alle quali i precetti contenuti nei codici avrebbero, in virtù del rapporto associativo, «forza di legge tra le parti» e sarebbero, pertanto, assoggettabili ai canoni ermeneutici propri dell'attività contrattuale.

È un ordine di idee non diverso da quello di quanti sostengono che gli statuti associativi siano espressione dell'autonomia privata intesa «come strumento di posizione di regole oggettive», la quale pertanto ha «attitudine a dettare determinazioni astratte, suscettibili di applicazioni certe o soltanto eventuali» (Criscuolo, 2000: 52).

### *5.3 Espressioni di autonomia normativa dei gruppi organizzati: fonti del diritto*

A partire da una pronuncia della Corte di Cassazione del 2007<sup>11</sup> si è però sviluppata una terza opzione interpretativa. Essa concerne in particolare la natura delle norme contenute nei codici deontologici professionali. E muove dal

più diffuso convincimento che gli ordini professionali siano enti pubblici, nella specie enti pubblici associativi (Rossi, 1979: 23).

Nella sentenza indicata, la Suprema Corte qualifica come «norme sanzionatorie in bianco» gli artt. 12 e 38 della legge sull'ordinamento professionale forense, dai quali si suole far discendere il potere degli ordini professionali di regolare la materia disciplinare.

Tali disposizioni contenendo formule di carattere assai generico o vago (abusi, mancanze e fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale) sono secondo la Cassazione equiparabili a clausole generali, rese attuali e concrete per l'appunto dalle specifiche regole deontologiche, chiamate a integrare la norma di legge.

Ebbene, il riferimento della pronuncia alla formula della «funzione integrativa della norma legislativa in bianco» per designare le regole deontologiche, ha consentito a una parte della dottrina di qualificare le norme deontologiche come fonti del diritto, in particolare di livello regolamentare (Manfredi, 2008: 563). Con la conseguenza che, in caso di violazione, tali norme sarebbero deducibili nel ricorso davanti al giudice di legittimità, ultimo o unico grado di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori (v. *infra* § 8). La tesi sembrerebbe trovare oggi conferma (se non altro con riferimento sempre alla stessa categoria professionale) nella nuova legge sull'ordinamento forense (l. 247/2012). In particolare, nella parte in cui specifica (art. 3) che le modalità di adozione del codice deontologico corrispondono a quelle dei regolamenti ministeriali (di cui all'art. 17, comma 3, della l. 23.8.1988, n. 400).

#### *6. L'altra faccia della giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali: la obbligatorietà delle condotte e la loro punibilità*

Di là dalla controversa natura delle disposizioni contenute nei codici di condotta, la riprova che si sia di fronte a un fenomeno giuridico è data dal fatto che le norme di autodisciplina dei gruppi sono fornite di un articolato sistema sanzionatorio, affidato in gran parte agli organi del gruppo, ma in parte anche agli organi giurisdizionali dello Stato.

In termini generali, l'autentica differenza tra una regola giuridica e una regola sociale si coglie, infatti, non tanto nella obbligatorietà delle condotte prescritte, quanto piuttosto nel tipo di reazione che viene predisposta a fronte della loro violazione. Rispetto alle norme sociali, che pure sono assistite da 'punizioni' non meno efficaci, le norme giuridiche sono garantite da sanzioni a loro volta disciplinate nei presupposti, nelle modalità di applicazione e in quelle di esecuzione.

Tuttavia, l'ingresso nel diritto delle regole di comportamento comuni a una formazione sociale per lo più non implica una revisione dei preesistenti mecca-



nismi organizzativi. Sicché, i sistemi sanzionatori continuano a presentarsi tra loro assai diversi, conservandosi l'organizzazione delle differenti realtà associative.

Quello che si registra dagli sviluppi della attrazione nella dimensione giuridica è allora la progressiva applicazione dei principi generali dell'ordinamento all'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare.

*7. Gli sviluppi della attrazione nella dimensione giuridica: la progressiva applicazione dei principi generali dell'ordinamento all'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare. Qualità e quantità di applicazione del diritto*

Per andare alla ricerca dei principi fondamentali che progressivamente vengono integrati all'interno dei differenti modelli organizzativi delle realtà sociali, occorre intanto muovere dalla constatazione che il sistema sanzionatorio nei gruppi sociali si configura fundamentalmente nell'esercizio della c.d. potestà disciplinare. Secondo una definizione tradizionale, con potestà disciplinare si intende la facoltà che un soggetto ha di minacciare o infliggere una sanzione a uno o più soggetti, che con il primo vengono a trovarsi in un determinato rapporto, a seguito della violazione di un obbligo inerente al rapporto medesimo (Santi Romano, 1898: 239).

Nelle sue linee essenziali si tratta di un modello sanzionatorio nel quale: il titolare del potere di infliggere la sanzione è lo stesso titolare del diritto violato (il gruppo); la funzione e il contenuto delle sanzioni hanno sempre natura punitiva, incidenti finanche sui diritti della personalità del singolo (si vedano la censura, la sospensione, l'espulsione del socio da un'associazione, radiazione da un ordine professionale ecc.); il criterio dominante è generalmente un criterio di opportunità, nel senso che ai soggetti, cui viene attribuito il potere di incidere negativamente nell'altrui sfera giuridica, è concessa non solo una certa discrezionalità in ordine al *quantum* della sanzione, ma anche sull'*an*, ossia sull'esistenza e sulla qualificazione di un certo comportamento come illecito.

Tutto questo, da un lato, si riflette negativamente sulle garanzie del soggetto passivo del potere; dall'altro lato, spiega perché il potere disciplinare, nonostante rappresenti una manifestazione della generica potestà punitiva, venga ricondotto alla disciplina del potere amministrativo, segnatamente di quello discrezionale (ove siano in gioco un soggetto e un interesse pubblico come nel caso degli ordini professionali). Quando, poi, si scenda a considerare la potestà disciplinare privata, questa o è ancora disciplinata come un potere discrezionale (se si preferisce, è disciplinata secondo regole simili a quelle del potere amministrativo discrezionale) o è addirittura libera (nei termini in cui lo è l'autonomia privata).

Di qui, l'esigenza di recuperare su diversi fronti le garanzie da apprestare all'individuo, che può realizzarsi solo riallineando la potestà sanzionatoria dei

gruppi ai principi dello Stato di diritto e ai principi dell'ordinamento europeo. Il che indirettamente sta a significare che «la titolarità e l'esercizio di un potere disciplinare devono ammettersi solo in quanto compatibili con i principi inderogabili di tale dell'ordinamento» (Bianca, 1977: 22).

In questa prospettiva, la giuridificazione assolve quindi alla funzione di attenuare il conflitto che si verifica tra il gruppo e il singolo nell'esercizio della potestà disciplinare, rispondendo a quell'esigenza di legalità che deriva dall'interpretazione dell'art. 2 Cost. volta ad ampliare l'ambito della tutela dei diritti del singolo anche nei riguardi delle formazioni sociali (v. *supra* § 3.2).

Anche da questo punto di vista, la giuridificazione però deve essere valutata in termini evolutivi, più o meno progressivi. Infatti, come si vedrà, si ritrovano ancora consistenti differenze tra i modelli sanzionatori delle professioni nate prima e dopo l'entrata in vigore della Costituzione (Renna, 2013: 431), a dimostrazione del fatto che nella suddetta operazione di riallineamento giocano un ruolo fondamentale il legislatore e la giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità.

#### 8. *La tutela giurisdizionale (davanti agli organi dello Stato)*

Nell'ottica di una progressiva applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento generale all'esercizio del potere disciplinare si iscrive innanzitutto il riconoscimento di una tutela davanti alle autorità giurisdizionali.

Ponendo l'attenzione innanzitutto agli strumenti di impugnazione delle sanzioni irrogate nei gruppi organizzati privati, deve subito avvertirsi come i regolamenti interni in genere riservino al singolo prima di tutto una tutela endoassociativa. E come tale pratica discenda dalla mai sopita idea (avvalorata ancora da certa giurisprudenza<sup>12</sup>) che ciò che avviene all'interno dell'associazione sia questione della stessa (sola) associazione (Basile, 1975: 190 sgg.). In passato, il rifiuto di un controllo statale sull'attività interna al gruppo veniva giustificato sulla base della irrilevanza giuridica delle regole interne e delle corrispondenti sanzioni disciplinari (Manfredi, 2007: 251). Tanto da manifestarsi sul piano statutario attraverso clausole che da un lato derogavano alla disciplina legale (art. 23 c.c.) e, dall'altro lato giungevano addirittura a vietare il ricorso all'autorità giudiziaria, in particolare, con riguardo alla sanzione di espulsione (art. 24 c.c.).

Venuta meno questa resistenza (in uno con la irrilevanza delle sanzioni disciplinari e soprattutto delle regole interne), resta però da capire in che misura l'autorità giudiziaria possa sindacare le scelte che sono frutto di autonomia negoziale. Il che equivale a interrogarsi sulla natura e sull'ampiezza del controllo giudiziale: se cioè debba limitarsi alla mera legittimità del provvedimento, ovvero possa estendersi oltre.

A questo proposito, merita di essere segnalato un indirizzo della giurisprudenza e della dottrina che ha esteso la sindacabilità degli atti al rispetto degli accordi interni anche sotto il loro profilo sostanziale. Tale cioè da investire il «riesame dei fatti e delle circostanze, e [l']interpretazione delle norme statutarie [...] attraverso la prassi dell'associazione» (Vincenzi Amato, 1984: 125 sgg.), nonché attraverso il richiamo alle clausole generali di correttezza e buona fede (di per sé vincolanti l'esercizio di autonomia del gruppo – segnatamente dei titolari del potere disciplinare – e insieme funzionali al riequilibrio dell'assetto di interessi originariamente voluto dagli associati). In questa chiave, l'esercizio 'libero' della potestà disciplinare finisce per essere controbilanciato dal controllo pieno del giudice ordinario «chiamato a tracciare il confine tra l'ambito di azione del gruppo e la sfera di libertà individuale» (Meyer-Cording, 1957: 1411): l'ampliamento progressivo del sindacato arriva, infatti, sino alla soglia di valutazioni di merito delle fattispecie sanzionatorie così come individuate dalle associazioni private<sup>13</sup>.

La realizzazione del principio di effettività della tutela si compie anche se si volge lo sguardo alla realtà professionale. Più correttamente se si guarda agli strumenti d'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori previsti per le professioni istituite dopo l'entrata in vigore della Costituzione e per alcune tra quelle 'precostituzionali' che sono state oggetto di riforma (come quella di notaio, commercialista, ragioniere). In questi casi, infatti, la sanzione irrogata dall'ordine è impugnabile davanti al giudice ordinario, il quale a sua volta riconosce una tutela piena al professionista, arrivando eventualmente anche a riformare la sanzione medesima.

Per le altre professioni istituite prima della Costituzione (quali per esempio quella di avvocato, medico, ingegnere, architetto e tante altre) lo scenario appare invece diverso. La tutela giurisdizionale riservata al professionista è, infatti, limitata al sindacato di legittimità della Cass. (v. *infra* § 9). E per di più, fino a poco tempo fa, rivolto solo al controllo sulla motivazione previsto dall'art. 360 n. 5 c.p.c. Più precisamente, alla luce del diritto vivente, il controllo di legittimità consisteva nel verificare che le valutazioni compiute dall'ente professionale in ordine all'individuazione delle ipotesi di illecito fossero adeguatamente motivate<sup>14</sup>. In definitiva, siccome «l'indicazione delle regole della deontologia professionale e la loro applicazione alla valutazione degli addebiti atten[evano] al merito del procedimento», si riteneva che i precetti deontologici fossero «insindacabili in sede di legittimità»<sup>15</sup>.

Ma la questione si è addirittura aggravata con la sopravvenuta modifica legislativa dell'art. 360 n. 5 c.p.c.<sup>16</sup>, in base alla quale nel ricorso per Cass. si potrà lamentare soltanto l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». In questa sede non interessa tanto sta-

bilire le sorti del vizio logico di motivazione e del relativo sindacato della Cass., sciogliendo in particolare il dubbio se le censure in ordine alla scorrettezza giuridico-metodologica del ragionamento seguito dal giudice di merito nella valutazione dei fatti rientrano comunque negli altri motivi di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c. (Pagni, 2012: 302). Nel contesto in esame preme piuttosto evidenziare la portata limitativa che l'interpretazione letterale della nuova formulazione legislativa potrebbe avere sulla già inconsistente tutela giurisdizionale del libero professionista.

Di fronte a questo quadro, è pur vero che la Corte di Cass. potrebbe sempre accogliere la tesi (formatasi tra l'altro a seguito di una sua stessa pronuncia) della natura normativa delle regole deontologiche: così da estendere il sindacato di legittimità all'interpretazione e alla applicazione delle norme deontologiche (*ex art. 360 n. 3 c.p.c.*)<sup>17</sup>. Tuttavia, questa soluzione, per quanto preferibile, ridimensionerebbe il problema della tutela giurisdizionale, ma non lo risolverebbe: giacché l'unica autorità giurisdizionale in materia sanzionatoria sarebbe comunque un giudice di legittimità.

### *9. I principi del potere sanzionatorio: il giusto procedimento e il giusto processo*

Se si parte dal presupposto, in precedenza ricordato, che la potestà disciplinare in ambito professionale vada ricondotta alla disciplina del potere amministrativo segnatamente di quello discrezionale<sup>18</sup>, è necessario innanzitutto fare cenno al profilo relativo alle modalità procedurali. Pure esse, infatti, rilevano in termini di garanzia per il professionista: in sé e per sé e nella misura in cui comportano il controllo sull'esercizio del potere stesso. In particolare, si può verificare che i principi del giusto procedimento trovano applicazione pure nel procedimento disciplinare instaurato all'interno di un ordine professionale.

La disciplina contenuta nelle varie leggi professionali si è adattata ai principi contenuti nella l. 7.8.1990, n. 241, quale legge generale sul procedimento amministrativo. Al procedimento disciplinare devono applicarsi i principi di economicità, efficacia e pubblicità (art. 1, l. n. 241/90); nonché l'obbligo di conclusione del procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso (art. 2, l. n. 241/90) e quello di motivazione del provvedimento disciplinare (art. 3, l. n. 241/90). Infine al professionista nei cui confronti è stato avviato il procedimento disciplinare viene garantita la partecipazione, in ottemperanza al principio del contraddittorio e in ossequio all'obbligo della previa contestazione dell'addebito.

Nondimeno, nel sistema disciplinare delle professioni regolamentate permane la mancanza di terzietà e imparzialità dell'organo deliberante (nel quale si cu-

mulano la funzione giustiziale con la posizione di parte lesa). Nonostante l'intervento del legislatore che ha riformato l'ordinamento delle professioni (d.p.r. 7.8.2012, n. 137), il contrasto con il principio di parità delle parti (per quanto attenuato) non è eliminato e il potere decisorio dei c.d. consigli territoriali resta comunque esercitato nell'interesse dell'ordine professionale.

Il modello disciplinare dei gruppi sociali professionali si misura inoltre con i principi e le garanzie del giusto processo, della terzietà e imparzialità dei giudici sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione EDU. È con riferimento a questi principi che si colgono le più significative differenze tra i gruppi professionali istituiti in fase pre e post repubblicana, nonché la ritrosia del legislatore e della giurisprudenza a intervenire in materia disciplinare.

Mentre, infatti, nei modelli costituiti dopo l'entrata in vigore della Cost. e in quelli oggetto di un'attenta revisione, il sistema sanzionatorio si iscrive nel quadro delle garanzie costituzionali, allorché prevede, come poc'anzi visto, che le sanzioni disciplinari irrogate dagli ordini siano impugnabili davanti al giudice ordinario (come tale indipendente, terzo e imparziale), con il riconoscimento di una tutela 'piena'; nei modelli sanzionatori prerepubblicani, invece, il controllo 'pieno' del provvedimento disciplinare è affidato unicamente a un giudice speciale, vale a dire all'organo centrale dell'ordine professionale di appartenenza. Questo organo svolge, in altri termini, la funzione di giudice di impugnazione di primo grado in materia disciplinare<sup>19</sup>. È quanto prescritto, per esempio, nella nuova legge professionale forense (art. 36, l. n. 247/2012): il CNF, ente esponenziale della categoria professionale a livello nazionale, è, infatti, chiamato a decidere sui ricorsi avverso le sanzioni disciplinari mediante un provvedimento che ha, o, meglio, è ritenuto avere natura giurisdizionale (Scarselli, 2010: 37 sgg.)<sup>20</sup>. Si tratta di un giudice «composto da persone che provengono dalla medesima categoria professionale dalla quale provengono i componenti degli organi amministrativi che irrogano le sanzioni» (Renna, 2013: 435). Il che, tanto più assecondando il principio dell'apparenza di derivazione europea (Mirate, 2012: 67 sgg.)<sup>21</sup>, può far dubitare che gli organi centrali di un ordine professionale costituiscano un organo imparziale, quale dovrebbe essere un giudice dello Stato.

#### *10. Verso il principio di tassatività degli illeciti*

L'applicazione, più o meno intensa, delle garanzie procedurali e processuali ai meccanismi sanzionatori dei gruppi rivela la fondamentale somiglianza della potestà disciplinare con il generico potere punitivo. Sebbene la potestà disciplinare sia ricondotta nelle sue modalità di esercizio al potere amministrativo o all'autonomia negoziale, nondimeno essa si risolve nella inflizione di prov-

vedimenti sanzionatori riconducibili alle sanzioni punitive propriamente dette, in virtù del carattere afflittivo e al tempo stesso intimidatorio.

Tale circostanza induce a domandarsi se la giuridificazione – nei termini sopra ricordati – non significhi anche andare oltre la realizzazione del giusto processo e del giusto procedimento, puntando alla estensione analogica di tutti i principi del diritto punitivo genericamente inteso, a partire quindi da quello della tassatività delle fattispecie illecite, individuate dalle medesime formazioni sociali. Il che equivale a chiedersi se nel quadro di garanzie di cui all'art. 2 della Cost., che sta, come più volte detto, alla base dei rapporti tra il singolo, i gruppi e lo Stato, possa ricomprendersi l'applicazione dei principi di cui all'art. 25 della Carta cost. e all'art. 7 della Convenzione EDU, in quanto fonti di diritti inviolabili.

Non mancano indicazioni normative in questa direzione. Un esempio è rintracciabile nella nuova legge sull'ordinamento della professione forense (l. n. 247/2012), dove il legislatore ha prescritto che le norme contenute nel codice deontologico forense, elaborato dal CNF, «devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio di tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile» (art. 3, comma 3, l. n. 247/2012). Un altro esempio deriva dal sistema del potere disciplinare nei rapporti di lavoro privatizzato con le pubbliche amministrazioni, nel quale il legislatore stesso è intervenuto a concretizzare in fattispecie tipiche di illecito quei comportamenti che erano riconducibili a generici «obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità» dei lavoratori pubblici (artt. 55*bis*, 55*quater* e 55*quinquies* introdotti nel d.lgs. 30.3.2001, n. 165 dal d.lgs. 27.10.2009, n. 150).

Questi casi dimostrano che è lungi dall'essere inimmaginabile l'applicazione del principio di tipicità alla materia disciplinare (Merusi, 2015: 225 sgg.)<sup>22</sup>.

Se poi si guarda al contenuto dei codici di autodisciplina si può rilevare che le spinte verso una definizione dei comportamenti illeciti provengano dagli stessi gruppi, nella misura in cui scelgono di cristallizzare questi comportamenti in norme scritte. Tale pratica contrasta con l'opinione in base alla quale «un'associazione che scegliesse [...] la via della esatta specificazione dei diritti e dei doveri dei soci come delle sanzioni da applicare a ogni singola violazione, si condannerebbe ad una disgregazione rapida» (Vincenzi Amato, 1984: 179).

Del resto, le condotte rilevanti sul piano disciplinare sono le stesse condotte dal cui rispetto dipende l'effettiva realizzazione degli interessi sottesi al gruppo; e sono gli stessi comportamenti accompagnati da quella «convincione di attuare un comportamento doveroso» (Lipari, 2008: 15) che nei gruppi sociali è consolidata dalla volontà del soggetto di entrare nel gruppo e accettare consapevolmente le regole da quest'ultimo stabilite.

In definitiva, l'applicazione del principio di tipicità delle ipotesi di illecito ai gruppi organizzati assicurerebbe innanzitutto l'individuo contro gli atti discriminatori del gruppo, ma in fondo finirebbe per garantire la compattezza del gruppo stesso, determinando in astratto quell'uniformità di comportamenti necessari al soddisfacimento degli scopi e degli interessi comuni.

### Note

- <sup>1</sup> Qui il termine è usato nel suo significato letterale. 'Etica' è parola di derivazione greca che significa 'abitudine', 'usanza', 'tradizione' (cfr. Montanari, 1995) ed equivale al termine di derivazione latina «morale» (cfr. Castiglioni, Mariotti, 1996).
- <sup>2</sup> Il Consiglio europeo degli ordini dei medici riunisce i Consigli medici e le autorità di regolamentazione medici indipendenti di Stati membri dell'Unione europea e dell'Associazione europea di libero scambio. Lo scopo del CEOM è promuovere all'interno dell'Unione europea e l'Associazione europea di libero scambio la pratica della medicina di alta qualità rispettosa delle esigenze dei pazienti.
- <sup>3</sup> Il Council of bars and Law societies of Europe è un'associazione che riunisce gli ordini degli avvocati dei 32 paesi in Europa (quelli dell'Unione Europea, dello Spazio economico europeo e della Svizzera) più undici associati e osservatori membri. Lo scopo principale del Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE) è garantire, in tutte le questioni di comune interesse in merito all'esercizio dell'avvocatura, il rispetto dello Stato di diritto e la corretta amministrazione della giustizia (art. III 1. lett. a) dello Statuto del CCBE). Il Codice Deontologico degli Avvocati Europei risale al 28 ottobre 1988 più volte modificato. Si tratta di un testo vincolante per tutti gli Stati membri: tutti gli avvocati che sono iscritti agli ordini di tali paesi sono tenuti a rispettare il Codice nell'esercizio delle loro attività transnazionali all'interno dell'Unione europea, dello Spazio economico europeo e della Confederazione svizzera nonché degli stati associati e osservatori.
- <sup>4</sup> Il riferimento va a tre delle quattro libertà di circolazione: libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45 T.F.U.E.); libertà di stabilimento (art. 53 T.F.U.E.); libera circolazione dei servizi (art. 57 T.F.U.E.).
- <sup>5</sup> In proposito si veda l'art. 3 del nuovo codice deontologico forense, approvato il 31 gennaio 2014 dal CNF, in attuazione della nuova disciplina dell'ordinamento professionale forense (l. 31.12.2012, n. 247) in base al quale: «Nell'esercizio di attività professionale all'estero l'avvocato italiano deve rispettare le norme deontologiche interne, nonché quelle del Paese in cui viene svolta l'attività. In caso di contrasto fra le due normative prevale quella del Paese ospitante, purché non confliggente con l'interesse pubblico al corretto esercizio dell'attività professionale. L'avvocato straniero, nell'esercizio dell'attività professionale in Italia, è tenuto al rispetto delle norme deontologiche italiane».
- <sup>6</sup> L. 18.2.1989, n. 56 sull'*Ordinamento della professione degli psicologi*.
- <sup>7</sup> L. 31.12.2012, n. 247 intitolata *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*.
- <sup>8</sup> L. 14.1.2013, n. 4 recante *Disposizioni in materia di professioni non organizzate*.
- <sup>9</sup> Si vedano, tra le tante, Cass., S.U., 25.6.2013, n. 15873; Cass., S.U., 17.6.2010, n. 14617; Cass., 16.11.2006, n. 24392; Cass., S.U., 1.4.2004, n. 6406; Cass., S.U., 12.3.2004, n. 5164; Cass., 10.2.2003, n. 195; Cass., S.U., 23.1.2002, n. 762; Cass., 23.12.1996, n. 11488; Cass., S.U., 12.12.1995, n. 12723; Cass., S.U., 9.7.1991, n. 7543; Cass., S.U., 22.6.1990, n. 6321; Cass., S.U., 20.11.1982, n. 6249.
- <sup>10</sup> In tal senso per esempio Cass., S.U., 3.5.2005, n. 9097; Cass., S.U., 10.7.2003, n. 10842, nella quale si sostiene che le regole deontologiche «non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle preleggi, ma sono espressione dei poteri di autorganizzazione degli ordini (o collegi) sì da ripetere la loro autorità – come evidenziato in dottrina – oltre che da consuetudini professionali anche da norme che i suddetti ordini (o collegi) emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare. Alla stregua di quanto ora detto, quindi, le suddette disposizioni vanno interpretate nel rispetto dei canoni ermeneutici fissati dagli artt. 1363 e ss. c.c.».
- <sup>11</sup> Cass., S.U., 20.12.2007, n. 26810. Si tratta invero dell'indirizzo giurisprudenziale che è andato delineandosi a partire da alcune decisioni del 2004: Cass., S.U., 23.3.2004, n. 5776;



- Cass., 14.7.2004, n. 13078 (con riferimento alla deontologia dei geometri) secondo cui la norma deontologica «ha assunto la funzione ed il rango» della clausola generale prevista dall'art. 11 del r.d. 11.2.1929, n. 274, e dunque, «rientra sicuramente tra le 'norme di diritto', la cui violazione è deducibile nel ricorso per cassazione»; Cass., S.U., 3.5.2005, n. 9097, la quale discorre di «regolamenti adottati da un'Autorità non statale» e di «legittima fonte secondaria produzione giuridica». Similmente, Cass., pen, 5.3.2008, n. 16145 e Cass., S.U., 30.4.2008, n. 10875, la quale ha ribadito che «le norme del codice deontologico nella cui violazione si sostanzia l'illecito disciplinare costituiscono esplicitazioni dei principi generali contenuti nella legge professionale forense e assumono il rango di norme di diritto, la cui interpretazione costituisce una "quaestio iuris" come tale prospettabile dinanzi al giudice di legittimità».
- <sup>12</sup> V. Cass., S.U., 23.3.2004, n. 5775; Cass., 12.5.2009, n. 10867; Cass., S.U., 27.5.1994, n. 5213; Cass., S.U., 18.10.1993, n. 10300.
- <sup>13</sup> V. in giurisprudenza, tra altre, Cass., 4.9.2004, n. 17907; Cass., 9.9.2004, n. 18186; Cass., 15.10.2002, n. 14665; Cass., 21.6.2000, n. 8435; Trib. Napoli, 16.7.2003; Trib. Roma, 10.11.2001, Pret. Bari, 28.7.1982.
- <sup>14</sup> L'orientamento della giurisprudenza è pressoché univoco. Tra altre, v. Cass., S.U., 1.8.2012, n. 13791; Cass., S.U., 26.5.2011, n. 11564; Cass., S.U., 17.6.2010, n. 14617; Cass., S.U., 18.11.2010, n. 23287; Cass., S.U., 24.9.2010, n. 20160.
- <sup>15</sup> Così Cass., 4.1.2000, n. 19. Cfr. anche Cass., 30.7.2001, n. 10389; Cass., S.U., 23.12.1996, n. 11488.
- <sup>16</sup> La modifica è stata apportata dalla legge 7.8.2012, n. 134 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese*).
- <sup>17</sup> Il riferimento è alla sentenza Cass., S.U., 20.12.2007, n. 26810, cit. V. anche Cass., S.U., 18.11.2010, n. 23287.
- <sup>18</sup> Cass., S.U., 23.1.2004, n. 1229; Cass., S.U., 1.4.2004, n. 6406.
- <sup>19</sup> Gli organi di livello nazionale degli ordini professionali istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione continuano, infatti, a conservare la natura di «organi speciali di giurisdizione», nonostante l'obbligo di revisione della VI disposizione transitoria Cost.
- <sup>20</sup> Cass., S.U., 23.3.2005, n. 6213; Cass., S.U., 26.5.2004, n. 10137.
- <sup>21</sup> Affermato in diverse pronunce della Corte di Strasburgo. V., tra altre, C. eur. dir. uomo, 28.4.2009 (*caso Savino*); C. eur. dir. uomo, III sezione, 3.3 – 3.6. 2005, *Brudnicka et a. c. Pologne*; C. eur. dir. uomo, I sezione, 3.2 – 3.5. 2005, *Thaler c. Autriche*; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 12.4.2006, *Martinie c. France*; C. eur. dir. uomo, III sezione, 9.11.2006 – 9.2.2007, *Sacilor Lormines c. France*.
- <sup>22</sup> Si veda, Cass., S.U., 16.2.2015, n. 3023; Cass. S.U., 14.7.2014, n. 16068.

*Riferimenti bibliografici*

- Alpa G. 1996, *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. Zatti (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova: 3 sgg.
- Basile M. 1975, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Giuffrè, Milano.
- Bauman Z. 2010, *Le sfide dell'etica*, Feltrinelli, Milano.
- Betti E. 1950, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, XV, Giappichelli, Torino: 38 sgg.
- Bianca C.M. 1977, *Le autorità private*, Jovene, Napoli.
- Bobbio N. 1993, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Cafaggi F. 2001, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*: 543 sgg.
- Cassese S. 1994, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*: 1373 sgg.
- Castiglioni L., Mariotti S. 1996, *IL, Vocabolario della lingua latina*, Loescher, Torino.
- Catelani A. 1976, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano.
- Comporti G.D. 2002, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*: 855 sgg.
- Criscuolo F. 2000, *L'autodisciplina. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti*, Jovene, Napoli.
- Della Cananea G. 1997, *Deontologia notarile e giurisdizione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*: 1030 sgg.
- Falzea A. 1965, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano: 433 sgg.
- Ferrara L. 2011, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. Amm.*: 361 sgg.
- Ferri F. 1959, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano.
- Gavazzi G. 1984, *Elementi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Grassano P. 1996, *Dei doveri comportamentali del magistrato nella società contemporanea*, in *Nuova rass. di leg. dottr. e giurispr.*: 2059 sgg.
- Grossi P. 1996, *Un diritto senza Stato*, in *Quad. fior.*, XXV: 267 sgg.
- Hart H.L.A. 1965, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. Cattaneo, Giappichelli, Torino.
- Lipari N. 1987, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I: 307 sgg.
- 2008, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Luhmann N. 1990, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it. a cura di R. De Giorgi, il Mulino, Bologna.
- Manfredi G. 2007, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.
- 2008, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *Jus*: 565 sgg.
- Marzuoli C. 2011, *Note in tema di indipendenza della funzione e di organizzazione del servizio*, relazione al Convegno di studi *Indipendenza, terzietà ed efficienza del giudice amministrativo in Italia e in Europa* (Roma, 18 febbraio 2011): 1 sgg.

- Mengoni L. 1988, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*: 24 sgg.
- 1992, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto* (Atti convegno Lincei), Roma.
- 1998, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*: 305 sgg.
- Merusi F. 2015, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in "150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n.2248)", il Mulino, Bologna: 225 sgg.
- Meyer-Cording U. 1957, *Die Vereinsstrafe*, Mohr, Tubinga.
- Mirate S. 2012, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in G. Piperata, A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Jovene, Napoli: 67 sgg.
- Montanari F. 1995, *GI, Vocabolario della lingua greca*, Loescher, Torino.
- Nigro M. 1975, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*: 579 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2007, «L'astratta e infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano: 1309 sgg.
- Pagni I. 2012, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, V: 299 sgg.
- Perfetti U. 2006, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in G. Alpa, P. Zatti (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Giuffrè, Milano: 7 sgg.
- Piepoli G. 1999, *Autodisciplina professionale e codici deontologici*, in *Scritti in memoria di P. Del Vecchis*, II, Banca d'Italia, Roma: 765 sgg.
- Pizzorusso A. 2011, "Normazioni etiche" e sistema delle fonti, in *Quad. cost.*, XXXI (3): 637 sgg.
- Pozzi A. 1983, *Legittimità e merito: limiti del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti disciplinari delle associazioni non riconosciute*, in *Giur. it.*: 485 sgg.
- Pugliatti S. 1959, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano: 366 sgg.
- Renna M. 2013, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Jovene, Napoli: 429 sgg.
- Rescigno P. 1988, *Formazioni sociali e terzi*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, Padova, II: 417 sgg.
- Romano A. 2006, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*: 489 sgg.
- Romano Santi 1898, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, IV: 238 sgg.
- 1947, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Autonomia*, Giuffrè, Milano: 24 sgg.
- Roppo V. 1989, *Un fenomeno del terziario: organizzazioni professionali e 'codici deontologici'*, in *Econ. e dir. terz.*: 187 sgg.

- Rossi G. 1979, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Jovene, Napoli.
- Sandulli A.M. 1961, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Cassazione*, in *Giust. civ.*, I: 620 sgg.
- Scarselli G. 2010, *Sul ruolo e la funzione del Consiglio nazionale forense*, in *Foro it.*, V: 37 sgg.
- Teubner G. 1987, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post strumentali*, in *Pol. Dir.*: 85 sgg.
- Vincenzi Amato D. 1984, *Associazioni e tutela dei singoli*, Jovene, Napoli.
- Zagrebelsky G. 1992, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Giappichelli, Torino.

# LA GIURIDIFICAZIONE DEL CANONE DELL'EFFICIENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

*Riccardo Ursi*

SOMMARIO – 1. Di cosa parliamo quando parliamo di efficienza della pubblica amministrazione? 2. L'efficienza-legalità nell'esperienza dello Stato liberale. 3. Lo Stato sociale e l'efficienza come effettività. 3.1 La costituzionalizzazione delle regole di buona amministrazione. 3.2 Il Rapporto Giannini e le mancate riforme degli anni Ottanta. 4. L'efficienza 'europea'. 4.1 L'amministrazione di risultato. 4.2 L'era della riforma permanente. 4.2.1 L'efficienza promossa. 4.2.2 L'efficienza imposta. 5. La riforma dell'art. 97 Cost. e l'avvento dell'economicità. 6. Il legalismo dell'efficienza.

## *1. Di cosa parliamo quando parliamo di efficienza della pubblica amministrazione?*

Secondo John Rawls l'efficienza dell'organizzazione sociale è uno dei prerequisiti per una comunità umana accettabile (Rawls, 1982: 23). Muovendo da questo assioma si può dire che l'efficienza dell'organizzazione della collettività è uno dei prerequisiti per il soddisfacimento degli interessi collettivi e, sotto questo punto di vista, si può altresì sostenere correttamente che il problema della giuridificazione dell'efficienza consiste nel verificare come tale presupposto si sostanzi (Salerno, 1999). Si tratta di individuare mediante quali strumenti giuridicamente rilevanti il funzionamento della pubblica amministrazione sia fatto positivamente interagire dal diritto con le condizioni e con le esigenze contingenti e mutevoli che sono concretamente e dinamicamente correlate alla realtà effettuale nella sua prevalente dimensione politica.

Il contesto normativo attuale dà per scontato – ormai è un postulato di sistema – il valore giuridico del canone dell'efficienza in quanto espressione nella sua componente dinamica della giuridicità complessiva dell'organizzazione nel suo complesso (Sciullo, 2013: 7 sgg.). Ma parafrasando il titolo del noto racconto di Raymond Carver: Di cosa parliamo, quando parliamo di efficienza dell'amministrazione pubblica?

La questione sembra giustificata dalla circostanza, non solo di attribuire un significato condiviso ad un significante talvolta ambiguo e sfuggente, ma soprattutto di determinare un paradigma di riferimento al canone giuridico vigente. Come si avrà modo di dimostrare la giuridificazione dell'efficienza disegna, nel corso dell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo, una parabola in cui diversi sono i paradigmi del canone giuridico, i quali, ad una prima approssimazione, sembra che connotino le fasi della dimensione sociale e politica del

ruolo dell'amministrazione negli ultimi 150 anni. E allora, intendersi sul significato da attribuire al concetto di efficienza significa percepire quale sia suo il paradigma giuridico di riferimento in un determinato contesto storico.

Secondo la vulgata tradizionale, alla quale i giuristi da oltre quaranta anni attingono acriticamente, l'efficienza va riguardata con riferimento al sistema che limita gli *inputs* richiesti per il raggiungimento di un determinato scopo secondo un modello di allocazione razionale delle risorse disponibili e di risposte ottimali rispetto ai contesti di riferimento. In questa prospettiva, la definizione di Dwight Waldo, sintetizza icasticamente un concetto di efficienza c.d. tecnica ampiamente condiviso in letteratura: «the efficiency of administration is measured by the ratio of effects actually obtained with the available resources to the maximum effects possible with the available resources» (Waldo, 1948: 192). Infatti, essere efficiente significa intraprendere la strada più corta, con i mezzi meno cari, per il raggiungimento degli obiettivi desiderati (Simon, 2001: 263 sgg.). Nel suo essere relazione tra *inputs* ed *outputs*, come scrisse Luther Gulick, «efficiency is thus the axiom number one in the value of administration» (Gulick, Urwicki, 2003: 201) anche se questa concezione dell'efficienza «does not tell you where you go, only that you should arrive there with the least possible effort» (Wildavsky, 2007: 131).

Si tratta di una concezione che affonda le sue radici in una lettura industriale e manageriale della pubblica amministrazione promossa dopo il secondo dopoguerra grazie alla diffusione degli scritti di Frederick Taylor, Henry Fayol per i quali efficienza è sinonimo di produttività. Secondo Taylor, in particolare, il sistema manageriale impone di conoscere cosa un'organizzazione deve fare e, dunque, determinare l'obiettivo da raggiungere nel modo migliore, nel senso di limitare al massimo le risorse necessarie. L'ingegnerizzazione delle procedure e la divisione del lavoro sono il parametro di valutazione dell'efficienza (Taylor, 1967: 82). Tale modello concettualmente riferito all'impresa fordista del primo Novecento, diventa parametro di lettura della burocrazia pubblica, anche mediante una interpretazione volutamente mirata e funzionale delle teorie di Max Weber (Weber, 1999: 212 sgg.). L'idealtipo weberiano fondato sulla professionalità e sul riparto della funzione diventa la base su cui costruire una nozione tecnica di efficienza del potere amministrativo. In questa prospettiva, si coglie il significato di quanto affermato da Henri Fayol, secondo il quale ogni iniziativa impone pianificazione, organizzazione, direzione, coordinamento e controllo ed ogni iniziativa osserva lo stesso principio generale indipendentemente dal fatto che essa sia pubblica o privata (Fayol, 2011: 37 sgg.). Pertanto, l'idea di efficienza come criterio organizzativo teso ad ottimizzare la produttività, basato sulla relazione tra *inputs* ed *outputs*, costituisce il punto di riferimento seppur con varie sfumature dell'analisi scientifica e per certi versi diventa una sorta di

postulato anche per la dottrina giuridica a partire dalla fine degli anni Sessanta fino ai nostri giorni, allorquando, come si vedrà, l'idea di produttività si erge a paradigma giuridico di un'amministrazione di risultati.

A ben vedere esiste un'altra, e più profonda, concezione di efficienza dell'amministrazione che affonda le radici nel pensiero occidentale e che vede il canone quale connotato prevalente di una buona amministrazione.

Si tratta della concezione pacificamente in uso nel pensiero politico filosofico almeno sino alla fine del XIX secolo e che rinvia ad una idea di potenziale adempimento di un qualcosa, la 'causa efficiente' aristotelica, per intendersi.

L'efficienza è l'adeguatezza ad un fine, la capacità potenziale di raggiungere un obiettivo. Essa è percepita come contributo al raggiungimento di uno obiettivo e giammai nel senso economico di relazione tra risorse e risultati. D'altra parte, si deve osservare che, solo intorno alla metà dell'Ottocento, si riscontra il primo scritto del padre della scienza delle costruzioni moderne William Rankine sull'efficienza dei motori a vapore. In questa prospettiva, l'efficienza è *aptitude for office*, che, secondo la nota affermazione di Jeremy Bentham (Bentham, 1993). Per l'esponente dell'utilitarismo *the goodness of government*, dipende da due cose: un'adeguata distribuzione dei poteri, vale a dire l'aspetto formale, e un'adeguata capacità dei funzionari che esercitano tali poteri. Delle due, la prima trova una garanzia nella previsione della seconda. Pertanto nella sua analisi della buona amministrazione Bentham include sia la struttura che i suoi funzionari (sul punto v. Hume, 2004: 203-206; Schofield, 1993: 871). Un buon sistema amministrativo è condizione necessaria del *good government*, ma solo l'impiego di uomini che posseggono la necessaria competenza lo assicurano<sup>1</sup>.

Alla luce di quanto detto, nella sua dimensione di adeguatezza, capacità e idoneità, il concetto di efficienza ha un contenuto prevalentemente indirizzato alla funzionalità, la quale viene interpretata in termini soggettivi - il carattere e le abilità del funzionario connesso ai suoi doveri - ovvero in termini oggettivi con riferimento alla capacità della struttura organizzativa di rispondere allo scopo nel migliore modo possibile.

In questo senso, l'assiomatica nozione tecnica di efficienza, oggi tanto in voga, altro non è che una declinazione, e nemmeno l'unica, della più tradizionale e sostanziale idea di funzionalità che, a seconda del contesto storico, talvolta si nasconde dietro lo schermo della legalità, talaltra si ammanta del paradigma della produttività, in altra ancora si riduce alla stretta economicità. Come si avrà modo di dimostrare l'idea della efficienza come adeguatezza e funzionalità è la chiave di lettura per percepirne il processo di giuridificazione registrabile nel corso tempo e rispondente, seppur con diverse accentuazioni, al quadro costituzionale vigente.

Se ciò è vero, nell'indagare come l'efficienza della pubblica amministrazione diventa rilevante nell'ordinamento italiano, appare opportuno adottare una

prospettiva storica che, muovendo dallo Stato liberale, pervenga alle recenti letture del canone giuridico dell'efficienza in termini di *Spending review*.

In via preliminare, si deve dare conto del fatto che il presente scritto si caratterizza per il suo essere un attraversamento rapido di circa centocinquanta anni di storia del diritto amministrativo. L'estrema sintesi e l'incedere apodittico che connotano le riflessioni proposte sono rese necessarie dallo spazio concesso ad un tema che avrebbe imposto la perizia del chirurgo piuttosto che l'incedere del boscaiolo, ma, purtroppo, la semplificazione della complessità esige, quasi sempre, una buona dose di voluta e responsabile facilità.

## *2. L'efficienza-legalità nell'esperienza dello Stato liberale*

Come è noto, la concezione dello stato liberale si fonda sull'idea che ci sono dei limiti necessari ed utili all'azione dello stato, che personifica la funzione giuridica dell'autorità, ed essi vanno ravvisati nella necessità di consentire, in un sistema di libertà, la condizione più favorevole allo sviluppo dell'individuo. L'organizzazione vera e propria dello Stato è subordinata a questa esigenza di libertà; essa è cioè un mezzo necessario, anzi un male necessario in quanto legate alla limitazione della libertà. L'intervento statale è ridotto al minimo in base appunto al criterio della necessità che porta ad intervenire solo quando ciò sia indispensabile ed a dettare esclusivamente precetti negativi (divieti) lasciando libero l'individuo, mentre la ricerca dell'utile porta a porre precetti positivi di azione. In tale concezione il concetto di efficienza è necessariamente limitato ed anche, se vogliamo, facilmente raggiungibile con l'applicazione della legge. Lo Stato di diritto, denominazione coniata dai giuristi tedeschi della seconda metà dell'Ottocento per qualificare lo Stato liberale, è quello che fonda il proprio ordinamento sulla garanzia della libertà individuale rispetto al potere dell'autorità. L'efficienza coincide con la garanzia giuridica ed è assicurata dall'ordinamento attraverso la tutela giurisdizionale.

Secondo le teorizzazioni della dottrina tedesca, l'autorità amministrativa deve essere in tutti i casi, ed in tutte le materie, subordinata al potere legislativo, nel senso che essa non potrà agire che in esecuzione, o per il permesso, di una legge. Questa subordinazione non si limita solo agli atti amministrativi che producono effetti nei confronti degli amministrati, bensì si estende, in linea di principio, a tutte le misure di amministrazione, anche quelle di natura regolamentare o particolare che, senza incidere sui diritti degli amministrati, concernono unicamente il funzionamento interno dei servizi amministrativi e che sono produttivi di effetti solo all'interno dell'apparato amministrativo. Una regola invariabile: l'autorità amministrativa non può che assicurare l'esecuzione della legge, che altro non significa che l'amministrazione deve sempre cercare in un testo legislativo la legittimazione ed il fondamento della sua attività.



Il problema dell'efficienza nel periodo dello Stato liberale, pertanto, si risolve nella legalità formale e, dunque, nella sua irrilevanza sul piano giuridico in relazione ad una lettura rigida della separazione dei poteri che conferisce all'esecutivo l'attuazione delle prescrizioni della legge.

La formalizzazione sul piano giuridico dell'organizzazione avviene attraverso il filtro della spersonalizzazione operato con la teoria dell'organo sviluppata in Italia ed in Germania nella seconda metà dell'Ottocento (sul punto v. Di Gaspare, 1992).

La personalità del funzionario si trasferisce nell'astratta dimensione dell'ufficio soprattutto nella sua dimensione oggettiva data dalla competenza che diventa uno dei due criteri di adeguatezza allo scopo nella distribuzione dei compiti dello Stato persona. L'altro è quello della gerarchia, strumento di efficienza – nel senso ottocentesco del termine – in quanto collante funzionale dell'attività degli organi. In questo senso, giova rammentare quanto affermato da Vittorio Emanuele Orlando nei *Principii*: «l'amministrazione moderna suppone in gran parte la necessità di una suddivisione continua ed indefinita delle varie attribuzioni ai pubblici uffici pertinenti...siffatto sminuzzamento dei pubblici incarichi, reso sempre maggiore negli Stati moderni, quanto maggiore è il concentramento presso lo Stato, di servizi molteplici, e più rigorosamente mantenuta l'unità di direzione; un tale sminuzzamento, diciamo, produrrebbe l'anarchia, se fra tutti gli uffici suddivisi non corresse un legame riconducente ad un unità di criterio, di norma e di indirizzo l'azione di essi. Questo legame consiste appunto nel rapporto di subordinazione, per cui un pubblico ufficio da un altro dipende, e così via sino a risalire ad una suprema unità, unità così in rapporto alla suddivisione burocratica»<sup>2</sup>.

Nelle parole di Orlando traspare la ragione del criterio ordinatorio del sistema organizzativo unitamente all'idea della necessaria *professionalità* in linea con l'evoluzione dell'amministrazione ottocentesca basata sulla razionalità hegeliana. Quanto espresso da Orlando – già in precedenza rinvenibile anche nello scritto di Giriodi sul primo volume del *Trattato* – palesa un'assonanza con i fondamenti dell'idealtipo prefigurato successivamente da Max Weber anche lui, sotto questo punto di vista, in perfetta linea con la tradizione. *L'aptitude for office* di Bentham viene oggettivizzata in un sistema di rapporti gerarchici basati sulla distribuzione delle competenze tra gli organi fondata sulla legalità. Al riguardo, si può ancora citare Orlando, il quale evidenzia che «nello Stato costituzionale moderno il precetto legislativo sta al di sopra di qualsivoglia potere o autorità [...] Gli uffici pubblici sono per legge, e la legge ne determina la competenza, che viene naturalmente esercitata dall'impiegato che vi è preposto» (Orlando, 1910: 113).

In maniera più esplicita, rispetto alle nostre esigenze, può rammentarsi anche l'opinione di Oreste Ranelletti secondo il quale la gerarchia è lo strumento

per attuazione dei fini dello Stato<sup>3</sup>. Gerarchia e competenza rendono il sistema di governo efficace, dunque, in un'ottica recente, si potrebbe dire che esse sono il parametro per testarne l'efficienza. Appare opportuno sottolineare che, nella logica dello Stato liberale, dire che l'organizzazione è efficace equivale a dire che essa è efficiente.

Al di fuori del quadro legale, l'ambito organizzativo è riservato all'amministrazione la quale compie scelte di determinazione strutturale dotate di ampia libertà. Lo Stato che si crea degli organi, non fa che preparare i mezzi necessari a curare i propri interessi e finché nel far ciò non limita la sua libertà e la sua capacità di fronte a terzi, esso non crea diritto più di quanto ne crei quando determina il suo bilancio preventivo o quando determina la sede dei suoi uffici<sup>4</sup>.

### *3. Lo Stato sociale e l'efficienza come effettività*

Con l'avvento della Costituzione si certifica il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale<sup>5</sup>.

Secondo Costantino Mortati, la formula Stato sociale può porsi in contrapposizione a quello dello Stato liberale per significare che il fine diventa quello di intervenire nei rapporti sociali per modificare gli effetti prodotti in passato dal non interventismo. Se ne deduce che lo Stato sociale, per essere tale, ha bisogno, ancora più che le altre forme di stato, di strumenti non solo giuridici ma anche e soprattutto amministrativi che siano idonei a consentirgli di perseguire i suoi fini. Il problema di fondo dello Stato sociale è di realizzare il maggior benessere possibile attraverso un sistema di apparati e di garanzie che consentano la equità della ripartizione della ricchezza, l'indirizzo verso gli investimenti socialmente più utili, la realizzazione dei programmi nei modi e nei tempi più vantaggiosi alla collettività (Mortati, 1973: 62).

Ogni funzione richiede un tipo particolare di organizzazione in modo da essere adeguata, ogni volta, allo svolgimento della specifica funzione. La organizzazione ed i metodi di lavoro devono essere sempre impostati e risolti sul piano della funzionalità immediata, valida anche, nei limiti del prevedibile, per il prossimo futuro, in modo da ottenere, per il maggior tempo possibile, e senza dover ricorrere immediatamente a modifiche di un sistema che dia un buon rendimento, che sia, cioè, efficiente. Infatti, come ha osservato Giuseppe Guarino, lo Stato sociale responsabile deve disciplinare, stimolare, controllare, incentivare i molteplici elementi in modo che la collettività ne riceva il vantaggio massimo (Guarino, 1970: 171).

Il valore dell'efficienza dello Stato sociale si rivela, quindi, non tanto nel fatto che lo stato aggiunga ai fini preesistenti, un nuovo fine (come tale aggiuntivo), quello dell'efficienza, bensì nella necessità di utilizzare tutti i propri sforzi,

e quelli della comunità, allo scopo di raggiungere i risultati migliori e più convenienti alla comunità medesima. Lo Stato esiste e deve operare coordinando tutti gli sforzi ed utilizzando tutte le risorse verso il miglior conseguimento di risultati effettivi.

Se tale è la concezione dello Stato sociale, appare subito evidente come i problemi di fondo dello Stato sono l'organizzazione dell'apparato e la predisposizione dei mezzi ottimali per lo svolgimento dell'attività (Sepe, 1975: 234), perché, come osservato da Giorgio Berti, «l'amministrazione designa l'agire doveroso ed il suo contenuto è l'attività in ragione del bene comune. Là dove si opera nell'interesse generale entra in gioco l'amministrazione» (Berti, 1995: 18).

Si assiste, in altri termini, al primato dell'organizzazione. Se nell'esperienza dello Stato liberale l'interesse per questo tema è minimo, se non proprio inesistente, in quanto minime sono le funzioni esercitate, caratterizzate prevalentemente dalla produzione di beni giuridici, e minima avrebbe dovuto essere la dimensione organizzativa, necessariamente e volutamente omogenea ed uniforme. Nello Stato sociale l'ampliamento dei compiti dell'amministrazione alla prestazione di utilità sociali e di benessere genera una corrispondente, e pervasiva, espansione dell'organizzazione nonché una relativa priorità dell'assetto strutturale rispetto al perseguimento degli scopi (Guarino, 1977: 20).

Inoltre, dalla pluralistica ripartizione dei centri di decisione statale si registra una tendenza alla fisiologica 'estroversione' degli apparati pubblici, in questo segnando, di fatto, la fine di ogni criterio aggregante interno, di ogni rispondenza a canoni astratti predeterminati.

La presupposta coerenza intrinseca del modello liberale si diluisce nella complessità organizzativa, nella quale ogni segmento manifesta, quale scopo primario, l'esigenza di dare una risposta effettiva alle domande sociali, indipendentemente dalla conformità alle tradizionali regole della responsabilità politica e giuridica del processo decisionale (Baldassarre, 1982: 45). Così, dalla eterogeneità dei compiti origina una moltiplicazione delle strutture, la quale conduce ad una naturale disaggregazione amministrativa dello Stato (Giannini, 1986: 74 sgg.) e, di rimando, impone l'adeguatezza e la specializzazione degli apparati, oltre che l'individuazione di strumenti idonei per assicurare una concreta funzionalità. Quest'ultima, al di là della semplice soggezione dell'amministrazione alla legge, non può che essere misurata in ragione del controllo democratico. Infatti, come è stato sottolineato da Vittorio Bachelet, senza un effettivo controllo democratico, la responsabilità diffusa degli apparati sarebbe pura finzione allorché l'organizzazione si avvierebbe di nuovo verso una miriade di zone franche e di ordinamenti autonomi. In tale contesto, «la pura legalità non è sufficiente a garantire la realizzazione del pubblico interesse, e la efficienza non ha misurabilità puramente tecnica», laddove essa deve essere «efficienza rispetto ai fini deter-

minati che condiziona e dai cui è condizionata» (Bachelet, 1975: 590 n. 2). In altri termini, come osservato da Sabino Cassese se «in passato, la pubblica amministrazione aveva un solo *input*, la legge», dopo l'avvento della Costituzione, «non si chiede solo che la condotta amministrativa sia legittima, ma anche che essa sia adeguata al raggiungimento del risultato finale» (Cassese, 1983: 80).

Pertanto, in tale contesto, l'istituzionalizzazione dell'amministrazione di prestazione, l'affermazione di un approccio funzionale dell'agire amministrativo, l'assunzione di compiti fondati sul dinamico ed inclusivo confronto di interessi, la espansione degli apparati e delle competenze, il policentrismo decisionale, la programmazione delle politiche pubbliche di intervento e la redistribuzione delle risorse, il riconoscimento di diritti di cittadinanza attiva diventano tutti fattori di emersione di un paradigma organizzativo incentrato sull'effettività, ossia sulla necessaria funzionalità in concreto, nel quale il criterio dell'efficienza assume a parametro cogente di un sistema costituzionale ispirato alla legalità sostanziale.

### 3.1 *La costituzionalizzazione delle regole di buona amministrazione*

Il tema dell'efficienza è legato al significato giuridico da attribuire al buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost.

Umberto Allegretti ha posto in luce come dai lavori preparatori emerga che il dibattito sull'art. 97 Cost. sia stato tutto sommato povero e le formule contenute nella norma più che espressione di un autentico spirito innovativo rispetto al passato siano state prodotte di una sostanziale continuità ideologica rispetto alla formazione di coloro che quelle disposizioni hanno immaginato (Allegretti, 1996: 57). Dell'amministrazione il costituente si occupa in maniera assolutamente implicita: i nuovi compiti dello Stato, il rapporto stato-cittadini, che avrebbero determinato la formulazione di un nuovo modello di amministrazione non trovano riscontro nel dibattito. In questo senso, la formula buon andamento – attribuibile all'inventiva di Emanuele Piga – sembra denotare nulla di più che l'idea di un non sviamento dell'amministrazione dai suoi fini (sul punto v. Balboni, 1980).

Così, negli anni Cinquanta si riscontra scarso interesse scientifico per la ricerca sulla portata innovativa degli enunciati costituzionali, i quali non sono ritenuti di carattere direttamente prescrittivo (Mortati, 1955: 325; Ballardore Pallieri, 1953: 378). Ciò emerge in maniera chiara dalla circostanza che nell'edizione del *Corso* del 1959, Guido Zanobini nemmeno menziona l'art. 97 cost.

Nel 1959, Massimo Severo Giannini, nelle *Lezioni 1959-1960* rompe gli indugi (e la freddezza manifestata nel mancato riferimento alla norma costituzionale nella voce *Atto amministrativo* per l'*Enciclopedia del diritto*) ed espressamente

afferma che la garanzia del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., «è una norma che eleva un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante»<sup>6</sup>.

Gli anni Sessanta, allora, costituiscono la presa di coscienza da parte della dottrina dei temi dell'organizzazione e della nuova ottica costituzionalmente orientata con cui questi vanno affrontati. Grazie agli scritti Berti, Nigro e Pastori, il tema dell'efficienza dell'organizzazione assume centralità nell'analisi della dottrina pubblicistica. L'opera di Berti è, pur nel suo approccio teorico ed astratto, fondamentale nel riconoscimento all'impianto costituzionale in generale e all'enunciato dell'art. 97 Cost., in particolare il ruolo di avere sanato, nell'ottica finalistica, la frattura che le ricostruzioni precedenti hanno generato tra l'organizzazione e l'attività dalla stessa posta in essere<sup>7</sup>.

Nel lavoro monografico di Mario Nigro le norme contenute nell'art. 97 Cost. hanno preciso valore giuridico, in quanto espressione di volontà normativa, concreta e definita, diretta a porre una serie di regole d'organizzazione basilari per la struttura dell'amministrazione (Nigro, 1966: 67 sgg.). Lo scopo dell'art. 97 Cost. richiede che imparzialità e buon andamento debbano essere guardati come risultati assicurabili da un tipo di organizzazione e da certe regole di organizzazione. «L'affermazione del costituente è tanto più importante in quanto non si riferisce alla sola attività del legislatore, ma ad ogni attività (normativa) di organizzazione, la quale è vincolata a costruire l'organizzazione in modo da garantire, attraverso di essa, l'imparzialità ed il buon andamento» (Nigro, 1966: 84)<sup>8</sup>. Il costituente, cioè, chiaramente si preoccupa delle condizioni organizzative, strutturali, formali dell'imparzialità e del buon andamento.

Allora, il buon andamento attiene alla tecnica di organizzazione degli uffici. In questo senso, se l'art. 97 si è riferito agli strumenti ed ai mezzi idonei ad assicurarlo, sembra corretto ricercare tali strumenti con l'ausilio di quel complesso, più o meno unitario, di ricerche non giuridiche di natura applicativa (scienze o tecniche che si considerino) che si preoccupano delle condizioni organizzative della buona amministrazione pubblica o privata. In questo Mario Nigro concorda con Giannini nel ritenere che l'art. 97 Cost. abbia inteso rendere omaggio alle esigenze ed alle preoccupazioni che ispirano tali ricerche. Si è posto un criterio formale, essenziale e naturale, dell'azione amministrativa che, pur avendo radici non giuridiche è suscettibile di implicazioni giuridiche. Si tratta del criterio di efficienza, così come inteso dalle scienze amministrative. E qui che emerge una novità che sarà esplicitata in uno scritto successivo. La presa di coscienza dell'insufficienza radicale e irrimediabile del diritto amministrativo ad affermare la realtà della vita amministrativa. Anzi il diritto stesso può trarre proprio dagli studi di diversa natura sia la consapevolezza dei propri limiti sia, soprattutto, un contatto più stretto con l'effettività della vita amministrativa, evitan-

do astrazioni e prefigurazioni di modelli la cui perfezione si configura, contrariamente a quanto si sosteneva ai tempi di Orlando, soltanto quale sintomo di distacco dalla realtà (Nigro, 1996)<sup>9</sup>.

In tal senso, si percepisce il richiamo operato da Nigro non solo a Max Weber e Frederick Taylor, laddove questi hanno ravvisato nell'efficienza un principio implicito in qualsiasi comportamento razionale e, quindi, anche nel comportamento amministrativo, ma soprattutto ad Herbert Simon – assunto a vero proprio *moloch* dalla cultura giuridica successiva – che conferisce all'efficienza, invece, il significato di adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto; successo nel raggiungimento del risultato; potere adeguato, effettività, efficacia. Pertanto, conclude Nigro, «il risvolto giuridico del criterio dell'efficienza sta nell'attribuzione all'amministrazione dei mezzi giuridici elastici, per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata. Sul piano giuridico, cioè, il criterio di efficienza si risolve in un principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa ed è tale principio che l'art. 97 intende porre e salvaguardare con pieno valore giuridico quando assegna alle norme di organizzazione il compito di assicurare il buon andamento dell'amministrazione» (Nigro, 1966: 86).

L'efficienza si configura, in ultima analisi, come complesso di esigenze strumentali alla realizzazione dei compiti amministrativi (Giannini, 1981: 263).

L'idea di efficienza come effettività dell'apparato è, allora, il tratto caratterizzante del precetto costituzionale nell'analisi scientifica sul tema (Allegretti, 1996: 88). Tale idea trova conferme seppur in via mediata e non sempre svincolata dalle singole fattispecie concrete anche nella giurisprudenza costituzionale del periodo. In particolare, la Consulta, dopo avere in un primo momento riservato, dell'esercizio del potere discrezionale del legislatore l'apprezzamento sull'idoneità delle leggi ad assicurare il buon andamento<sup>10</sup>, ha configurato il principio in esame quale parametro di razionalità o non arbitrarietà delle scelte operate dal legislatore, al fine di verificare la potenzialità funzionale dell'apparato pubblico<sup>11</sup>.

Certo, occorre condividere l'opinione di chi ritiene che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale il buon andamento mantiene il significato di obiettivo, o di valore finale, dell'azione e dell'organizzazione (Pinelli, 1994: 99). Ma proprio per questo la Corte rifiuta di tratteggiarne con precisione i contorni, riferendosi latamente all'«interesse del servizio» o alle «necessità concrete dell'amministrazione» e guardando all'efficienza in una dimensione qualitativa e giammai, in senso tecnico, quale produttività (Allegretti, 1996: 162). In altri termini, come già evidenziato, il tratto caratterizzante della nozione di efficienza condivisa in questo periodo è tutta tradizionale e legato al concetto di adeguatezza al fine e non di relazione tra *input* e *output*.

Sul piano della giuridicità del canone dell'efficienza, è grazie al contributo della giurisprudenza amministrativa, però, che definitivamente si fugano i dub-

bi che avevano afflitto gli studi sul tema (sul tema v. Spasiano, 2006; Allegretti, 1996:141). In questo senso, si colloca l'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1972 nella quale si afferma che ove sia «legittimamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e dell'imparzialità, le norme del sistema stesso non possono che essere ritenute costituzionalmente illegittime»<sup>12</sup>.

È stato evidenziato che, seppur all'interno di un percorso giurisprudenziale, pressoché integralmente riferito al pubblico impiego, molto variegato e non privo di contraddizioni in ordine ad una definizione univoca di buon andamento, si riscontra una opzione prevalente che si fonda su un'idea di efficienza intesa a garantire la scelta dei migliori, ossia alla selezione di personale preparato, tecnicamente qualificato, affidabile, capace, esperto, e se possibile specializzato nel settore nel quale è chiamato (D'Alessio, 1992). Insomma, in fondo si tratta pur sempre della funzionalità letta nel prisma dell'*aptitude for office* del personale.

### 3.2 Il Rapporto Giannini e le mancate riforme degli anni Ottanta

Gli anni Settanta segnano un momento di riflessione nel dibattito scientifico sul tema dell'efficienza. La piena attuazione della costituzione con l'avviamento delle Regioni, la definitiva disaggregazione del sistema amministrativo diluito nel policentrismo funzionale e autonomistico, il consolidamento e sviluppo dell'imprenditoria pubblica, la nascita del ceto dirigenziale e la revisione del disegno organizzativo-gestionale portano con sé un attento esame della condizione delle amministrazioni pubbliche.

Come è noto, infatti, a differenza del decennio precedente, gli anni Settanta rappresentano un decennio operoso sul piano degli interventi sul sistema amministrativo, i quali, quasi sempre, sono indirizzati all'obiettivo della funzionalità degli apparati. In questa prospettiva, si vedano l'art. 2 della Legge n. 249/1968 e la legge n. 775/1970 e il conseguente intero impianto del d.p.r. 748/1972, laddove si dispone, tra l'altro, la verifica della razionale organizzazione, dell'adeguata utilizzazione del personale e dell'andamento dell'ufficio. Ispirate all'obiettivo della efficienza complessiva sono anche la legge n. 70/1975 sul riordino degli enti pubblici, la legge n. 382/1975, sulla c.d. prima regionalizzazione, ed i conseguenti d.p.r. n. 616 e 617 del 1977 e la legge n. 833/1978 sulla riforma sanitaria.

La permanenza di un modello burocratico-legalistico, che, nonostante la Carta costituzionale, continua a prevalere e la scarsa coerenza di questo con le dinamiche sociali ed economiche raggiunte dal Paese in quegli anni spingono ad una riconsiderazione del significato da attribuire al concetto stesso di fun-

zionalità in considerazione delle palesi inefficienze. in termini di risorse impiegate, che quel modello produce.

L'assunzione di una logica di tipo economico nei confronti dell'attività pubblica spinge a ritornare sul tema dell'efficienza in termini di misurazione del risultato dell'attività. In uno scritto del 1975 Giovanni Marongiu ritiene che il superamento del modello burocratico, tanto per le imprese pubbliche quanto per le amministrazioni funzionali, non può che passare per l'adozione di un paradigma manageriale di gestione che tenga conto delle risorse impiegate e dell'insieme del risultato ottenuto. Compare nella riflessione giuridica la nozione tecnica di efficienza. Infatti, «una logica di tipo economico non può non implicare il principio di efficienza, inteso appunto come rapporto ottimale tra input ed output» anche se – si sottolinea – nel quadro di una capacità di conseguimento dei fini istituzionali (Marongiu, 1994: 469).

La necessità di riaggiornare le categorie di riferimento per rendere il mondo dell'amministrazione pubblica più coerente con il contesto socio-culturale ed economico (Bachelet, 1981: 419) e l'esigenza di porre ordine al panorama caotico delle organizzazioni secondo paradigmi nuovi sono i principi ispiratori del *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, presentato al Parlamento da Giannini nella sua veste di Ministro della Funzione pubblica nel 1979. Riprendendo alcune idee già formulate in precedenza dal Giannini scienziato, il *Rapporto* promuove un'idea di organizzazione focalizzata sui temi della analisi di produttività delle amministrazioni. La produttività alla quale si guarda è solo quella che «si riferisce alla produzione di beni e servizi fornita da un lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato [...] (produttività-lavoro)» che rappresenta «una componente anche se importante dell'efficienza», ma soprattutto quella relativa al «rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti» (Ministro per la Funzione Pubblica, 1982: 722 sgg.). Unitamente a questa prospettiva c'è anche la presa di coscienza di un modello di efficienza-funzionalità fondato sulla priorità delle identificazioni delle funzioni, dei compiti da svolgere, e solo successivamente sulla dimensione dell'organizzazione e della sua dotazione in termini di personale. Si tratta di una tesi formulata sin dal 1959 (Giannini, 2004), ma che nel contesto del *Rapporto* intende promuovere un progetto radicalmente nuovo e l'inversione di quell'orientamento fondato sulla centralità della burocrazia.

Se dal punto di vista dei risultati concreti, il progetto di riforma immaginato non ha avuto un seguito significativo in termini di interventi legislativi – eccezion fatta per la legge n. 400/1988 e, per certi versi, la legge n. 93/1983 sulla contrattazione collettiva nel pubblico impiego – il *Rapporto* ha certamente avuto un grande impatto sul piano culturale (Nigro, 1984: 643), non solo prospettando un approccio differente rispetto al passato ai problemi giuridici dell'organizzazione in generale, e dell'efficienza in particolare, ma è stato sicuramente



seminale nei confronti della grande stagione delle riforme degli anni Novanta (Melis, 1996: 539). Infatti, «il risultato maggiore è proprio la conquista, negli ambienti politicamente responsabili, dell'idea del carattere globale ed urgente della riforma» (Allegretti, 1996: 185). L'elemento di più significativa novità è l'invito 'istituzionale' all'organo politico di prendere sul serio il buon andamento, abbandonando il pregiudizio in forza del quale il canone dell'efficienza debba riguardare solo le attività di interesse privato ed individuale, in quanto volte alla massimizzazione del profitto, e non possa, per contro, entrare a pieno titolo anche nel circuito della razionalità dell'agire amministrativo, pur restando fermo l'orientamento primario ed ineliminabile di quest'ultimo verso la dimensione sociale degli interessi pubblici e collettivi (Massera, 2010: 25).

Con riferimento alla giuridificazione del canone dell'efficienza negli anni Ottanta si segnala la svolta giurisprudenziale operata dalla Corte dei Conti, che in sede di giudizio di responsabilità amministrativa riconosce la natura di danno pubblico<sup>13</sup> al danno al buon andamento della pubblica amministrazione e alla lesione derivante dall'impiego non funzionale ed efficiente delle pubbliche sostanze. In particolare, si afferma che «il danno erariale ha nel danno patrimoniale solo un presupposto, ma esso si configura per i suoi particolari caratteri principalmente – se non esclusivamente – come danno al buon andamento dell'amministrazione pubblica. La responsabilità amministrativo-contabile va infatti inquadrata tra i mezzi per assicurare il buon andamento dell'amministrazione pubblica, in relazione a quanto previsto dai cc. I e II dell'art. 97 cost.»<sup>14</sup>. L'efficienza sanzionata in via mediata sul piano della lesione soggettiva dell'interesse del ricorrente nel giudizio amministrativo, diventa parametro diretto di valutazione per la lesione dell'interesse della collettività al corretto utilizzo delle risorse pubbliche. Occorre evidenziare che il canone dell'efficienza è adottato dal giudice contabile, non tanto quale interesse giuridico la cui lesione concreti danno erariale, bensì quale parametro della condotta complessiva degli agenti pubblici. In altre parole, si configura il dovere di efficienza<sup>15</sup>.

#### 4. *L'efficienza 'europea'*

Gli anni Novanta si aprono con l'approvazione del Trattato di Maastricht che in vista della moneta unica attribuisce all'Unione Europea una competenza molto forte in materia di politica finanziaria degli Stati membri. L'art. 3 impone agli Stati membri il rispetto di «finanze pubbliche (e condizioni monetarie) sane». Il principio viene esplicitato e sviluppato nell'art. 104 C che pone il divieto di disavanzi pubblici eccessivi. Nello stesso senso, si colloca la 'costituzionalizzazione' all'art. 205 del principio «buona gestione finanziaria» in precedenza previsto dall'art. 2 del Regolamento Finanziario del 1977, come modificato dal Regolamento n.

610/90 del 13 marzo 1990. Quest'ultimo stabilisce che «gli stanziamenti di bilancio devono essere utilizzati conformemente ai principi di una sana gestione finanziaria e, in particolare a quelli di economia e di rispetto del rapporto costo/efficacia. Si devono fissare obiettivi qualificati e garantire il progresso della loro realizzazione». Inoltre, il successivo art. 22, comma 3, stabilisce che ciascuna istituzione prende i provvedimenti adeguati, sia sul piano dell'organizzazione sia su quello del controllo, per garantire gli obiettivi prestabiliti.

In questa prospettiva, con il Trattato di Maastricht il principio di efficienza nella sua accezione tecnica di rapporto tra costo e risultato, viene configurato, in ambito comunitario, quale parametro giuridico di valutazione della gestione dell'amministrazione. Pertanto, muovendo da una prospettiva finanziaria, si avvia un percorso di giuridificazione dell'efficienza in termini di produttività che porterà ad affermare che esso non può che configurarsi quale principio fondante del sistema europeo. Tale affermazione trova conforto anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo Grado. Le amministrazioni nazionali devono conformarsi alle procedure europee poste a presidio della buona gestione finanziaria. Si tratta di un obbligo che deriva non solo dall'art. 5, ossia dal principio di lealtà che preclude qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, ma soprattutto dallo stesso art. 2 del Regolamento citato, che impegna le amministrazioni nazionali a collaborare per rendere adeguati i sistemi di gestione<sup>16</sup>.

Con il Trattato di Amsterdam del 1997 l'art. 274 (ex 205) CE l'efficienza è esplicitamente una responsabilità condivisa con gli Stati membri, i quali devono «garantire che gli stanziamenti siano utilizzati secondo i principi della buona gestione finanziaria».

La norma europea, allora, non solo costringe gli Stati ad attuare politiche di risanamento della finanza pubblica, ma soprattutto impone la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni (Cogliandro, 1997: 1192). E proprio con riferimento a questo ultimo profilo si può ritenere che la via giuridica alla produttività dell'amministrazione, ossia la connotazione dell'efficienza quale requisito imprescindibile di una moderna politica dei risultati (Valentini, 1997) sia il portato di una scelta eterodiretta dall'ordinamento comunitario più che da una consapevole trasformazione dell'amministrazione da parte della politica, la quale, come si è evidenziato nel paragrafo precedente, si è dimostrata assolutamente sorda o incapace di realizzarla nonostante gli accorati e autorevoli richiami operati nel Rapporto Giannini.

#### *4.1 L'amministrazione di risultati*

Dal 1990 sino al 2009 il nostro ordinamento amministrativo conosce una lunga e quasi inesauribile stagione di riforme, la quale, sul piano squisitam-

te organizzativo, è prevalentemente indirizzata, prima alla promozione e poi, all'imposizione dell'efficienza, intesa quale produttività.

In questo periodo si sviluppa la teorica della c.d. amministrazione di risultato che tanto ha affascinato la dottrina giuridica e che si pone a presupposto assiologico di qualsiasi discorso sull'amministrazione pubblica.

Pertanto, prima di analizzare le singole scelte normative e le implicazioni sul piano della giuridificazione del canone dell'efficienza dalle stesse determinate, appare opportuno dare conto succintamente del dibattito sul modello di amministrazione prefigurato verificando quale valore si attribuisce all'adozione di una nozione tecnica di efficienza rispetto al paradigma tradizionale della semplice adeguatezza al fine. Infatti, l'avvento della produttività costituisce una chiara soluzione di continuità rispetto al passato in quanto connota con un nuovo paradigma la dimensione giuridica del canone dell'efficienza.

Sulla formula amministrazione di risultati e su ciò che essa denota il dibattito scientifico è molto significativo, soprattutto nella prima parte del primo decennio del 2000. Vi è chi rileva come questa formula denoti l'esigenza di vincolare l'amministrazione ad operare in base ai principi di efficienza, efficacia ed economicità in modo da produrre risultati migliori a costi minori (Cerulli Irelli, 2003: 4; Corso, 2003); ma si registra anche l'opinione di chi intende ridimensionarne di molto il significato, considerando l'amministrazione di risultato una sorta di teoria del flogisto, il cui unico insegnamento è l'esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo (Cassese, 2004: 941). Altri ancora, sostengono che, dietro tale formula, si celi un nuovo modello di amministrazione che in termini complessivi leghi l'amministrazione ad una responsabilità non solo alla legittimità del proprio operato ma anche al conseguimento di risultati e dunque alla possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali (Cammelli, 2003: 109; Spasiano, 2004; Iannotta, 1999). In questa prospettiva, si segnala l'opinione di chi ritiene che, se amministrazione di risultato significa misurazione della prestazione in un'ottica aziendalistica sulla base di parametri, indicatori e sistemi di monitoraggio, «essa potrebbe riprodurre paradossalmente comportamenti di stampo burocratico a catena, del tutto simili a quelli della vecchia amministrazione basata sul culto della forma» (Salvia, 2005: 560). In sostanza, ben venga la produttività ma la stessa non può che essere vista quale declinazione della funzionalità. La soluzione di continuità rispetto al passato non sarebbe l'abbandono della rispondenza al fine che il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. sottende, bensì una caratterizzazione dello stesso sulla base della qualità del prodotto amministrativo, che per ogni organizzazione non può che essere la cura degli interessi della collettività. Infatti, l'efficienza si sostanzia in un necessario rapporto tra strumenti ed obiet-

tivi e in ciò essa presuppone la funzionalità operativa delle strutture preposte all'esercizio dell'attività amministrativa. Così, la rilevanza attribuita al risultato amministrativo può costituire l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa, ed è tale da mutare «il modo stesso dell'amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione» (Scoca, 2002: 10). E allora, l'idea dell'amministrazione di risultato appare non antinomica rispetto al principio di legalità, posto che il risultato da conseguire è «il principale elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'organizzazione e dell'attività della p.a.» solo «nei limiti (legislativamente stabiliti in funzione della tutela di altri profili (garanzia dei diritti dei privati o interessi pubblici indisponibili) considerati specificamente prevalenti e tali dunque da porsi come limiti da rispettare» (Cammelli, 2003: 122).

#### 4.2 *L'era della riforma permanente*

Alla luce di quanto detto si può verificare come il paradigma della produttività abbia trovato sede nelle riforme che hanno elevato in maniera esplicita l'efficienza a canone giuridico per l'amministrazione.

Compendiare in poche pagine gli ambiti, i caratteri e le modalità di intervento delle riforme interamente indirizzate alla giuridicità dell'efficienza è cosa non solo ardua, ma pressoché impossibile. Quindi, ai fini del presente scritto si segnaleranno sinteticamente solo alcuni dei temi che si ritengono cruciali per cogliere il perimetro del paradigma della produttività.

Innanzitutto, sembra corretto articolare l'evoluzione in due momenti: a) le riforme degli anni Novanta indirizzate a approntare strumenti giuridici per la realizzazione della produttività secondo il modello del *New Public Management* (c.d. efficienza promossa); b) riforme dell'ultimo scorcio del primo decennio degli anni Duemila che, invece, sono contraddistinte dalla volontà di imporre dall'alto standard qualitativi di produttività sanzionandone severamente le deviazioni nell'ottica del *Neo-Weberian State* (c.d. efficienza imposta).

##### 4.2.1 *L'efficienza promossa*

Semplificando molto, nelle riforme degli anni Novanta, la giuridificazione del canone dell'efficienza ruota sostanzialmente intorno a tre temi: a) la managerialità; b) il controllo di e sulla gestione; c) il nuovo sistema di responsabilità pubbliche.

Con l'espressione *New public management* si fa riferimento al modello di amministrazione teorizzato dalla dottrina anglosassone alla fine degli anni Ottanta che ha come priorità il miglioramento dell'efficienza e dell'economicità del set-

tore pubblico. L'amministrazione si discosta dal schema burocratico di stampo weberiano per avvicinarsi a forme razionali di gestione che provengono dal settore privato e che portano a considerare l'impiego delle risorse destinate al settore pubblico in un'ottica di produttività (Hood, 1991; Barzelay, 2001)<sup>17</sup>. Dunque, un modello che ha per obiettivo «un'amministrazione che costi meno e lavori meglio» secondo lo slogan del *National Performance review* promosso dall'Amministrazione Clinton.

Si tratta di un modello che ha avuto nel corso degli anni Novanta ampia adozione in quasi tutti i Paesi OCSE e che è stato promosso dalle istituzioni comunitarie (Pollitt, Bouckear, 2011: 11 sgg.).

In Italia, come è noto, una definitiva sterzata nel senso della managerialità è realizzata, in un primo tempo, timidamente, con la l. n. 142/1990 (oggi d.lgs. 267/2000) e poi, in maniera più robusta, con il d.lgs. n. 29/1993 e il d.lgs. n. 80/1998 (oggi d.lgs. 165/2001), nei quali si configura una nuova dimensione interna dell'amministrazione mediante una tecnica di distribuzione delle responsabilità completamente nuova, basata sull'esclusività della competenza attribuita a ciascun soggetto, sulla differenziazione dei criteri e dei parametri di esercizio delle attribuzioni nella quale questa competenza si concretizza e sulla contemporanea attivazione di meccanismi di coordinamento e di collaborazione che consentono di mantenere l'unitarietà del sistema nel suo complesso.

Per introdurre maggiore efficienza nelle pubbliche amministrazioni si cerca di fare in modo che ciascun attore che si muove su quella scena si trovi a svolgere il proprio ruolo assumendosene integralmente le responsabilità.

Tale obiettivo viene perseguito con la separazione delle competenze tra sfera politica e sfera gestionale attribuita alla dirigenza e con la privatizzazione del rapporto di lavoro, intesa non solo come fonte del rapporto stesso, quanto piuttosto in relazione all'attribuzione al dirigente delle capacità e dei poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001).

Con riferimento al primo profilo, la dirigenza amministrativa diventa titolare, in via esclusiva, di poteri autonomi, che non sono riconducibili ai poteri esercitati dagli organi di governo, ma sono a questi collegati mediante una strumentazione complessa, che comprende gli incarichi di funzioni dirigenziali, l'attribuzione di quote di bilancio, gli atti di indirizzo, i controlli sull'osservanza delle direttive e sul raggiungimento dei risultati. Alla forte accentuazione dell'autonomia dei dirigenti sul piano funzionale, fa da contrappeso la generalizzata previsione di incarichi a tempo determinato, con la fissazione per legge solo della durata massima dell'incarico e la rimessione, quindi, alla contrattazione fra le parti della effettiva determinazione della durata in concreto per ciascun incarico.

Con riferimento al secondo profilo, il legame tra privatizzazione e managerialità passa attraverso la possibilità che la prima offre di impiegare l'autonomia

privata in luogo della discrezionalità nell'assunzione di decisioni inerenti certi aspetti del funzionamento dell'amministrazione (Pioggia, 2007), soprattutto con riferimento all'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro (sul tema v. diffusamente Cerbo, 2007). Come osservato da Luisa Torchia, il dirigente conosce, pertanto, un ampliamento della sua autonomia e dei suoi poteri, essendo chiamato ad operare per obiettivi e programmi e non più per atti. A ciò fa seguito, come necessaria conseguenza, la ridefinizione del sistema valutativo e della responsabilità dirigenziale, improntati all'accertamento del risultato complessivo dell'attività e non alla mera regolarità formale dei singoli provvedimenti<sup>18</sup>.

Si configura una specie autonoma di responsabilità, al quale risulta riferita al complesso delle attività svolte dall'ufficio cui il dirigente è preposto. A venire in evidenza è la corrispondenza fra titolarità del potere e l'obbligo di rispondere dell'uso del potere stesso, non sotto il profilo della sua legittimità, bensì sotto il profilo della sua capacità di rispondere alle esigenze della collettività. In questo senso, la responsabilità non sorge dalla violazione di canoni normativi di comportamento ed anzi, trascende il comportamento personale del dipendente: essa si ricollega ai risultati complessivi prodotti dalla organizzazione cui il dirigente è preposto ed implica, in caso di giudizio negativo, più che una colpa del dirigente, la sua idoneità alla funzione.

b) Altro elemento caratterizzate la giuridificazione dell'efficienza è la riforma dei controlli esterni di competenza della Corte dei Conti, operata dalla l. n. 20/1994, che ha limitato le ipotesi del tradizionale controllo di legittimità e promosso il controllo sulla gestione a parametro di riferimento, e successivamente la riforma introdotta dal d.lgs. n. 286/1999 che ha disciplinato i controlli interni in un'ottica di valorizzazione del risultato dell'azione amministrativa.

Con riferimento ai primi, si segnala la definitiva presa di coscienza da parte della Corte Costituzionale del canone dell'efficienza e del nuovo paradigma dell'attenzione al risultato che il principio del buon andamento ha assunto. In tal senso, nella sentenza n. 29/1995 esplicitamente si afferma che «il fine ultimo dell'introduzione, in forma generalizzata, del controllo sulla gestione è quello di favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati»<sup>19</sup>.

Con riferimento ai secondi, assume prioritaria rilevanza il controllo di gestione, ossia il controllo, previsto dell'art. 4 del d.lgs. n. 286/99, che è «rivolto ad accertare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, con una valutazione con altre situazioni omogenee, dei costi, modi e tempi dell'azione amministrativa; lo scopo della verifica è pervenire ad una misurazione dell'efficacia (in rapporto alle aspettative degli ammi-

nistrati) e dell'efficienza (ottimale impiego delle risorse) dell'attività pubblica» (Berti, Marzona, 1999: 474).

Posto che il controllo di gestione è uno strumento di correzione degli errori di gestione, ossia di quelle perturbazioni che possono dare luogo sia alla deviazione dagli obiettivi fissati in sede di programmazione strategica, sia ad una sorta di conflitto tra le attività che si svolgono e le risorse a disposizione, si deve sottolineare che esso mira a responsabilizzare l'apparato amministrativo verso una verifica costante del risultato posto in essere dall'organizzazione nell'ottica della produttività. Come attentamente osservato, nel linguaggio giuridico vengono accolte nozioni proprie degli studi di economia aziendale (D'Auria, 2000: 1233) e, in particolare, il concetto di efficienza interna intesa come rendimento dei fattori produttivi e come razionalizzazione dei processi di produzione da implementare al minor costo possibile (Borgonovi, 1996: 462). In questo senso, scopo del controllo di gestione è il monitoraggio finalizzato all'efficienza gestionale ossia alla capacità di minimizzare il costo di produzione la capacità. Così facendo si introduce nella nozione di efficienza la funzione di costo. Il costo unitario di un determinato prodotto diventa l'indicatore dell'efficienza complessiva di un'organizzazione.

Nella dimensione del d.lgs. n. 286/1999 il controllo di gestione implica una verifica *in itinere* che comprende in primo luogo la formulazione di una programmazione strategica (D'Orsogna, 2011: 214), attraverso il monitoraggio del comportamento della struttura, dell'apparato e dell'ambiente, diretto ad individuare eventuali discontinuità, che si manifestano con alcuni segnali, più o meno evidenti, che nel futuro potrebbero provocare conseguenze pregiudizievoli sulla gestione. In questo senso, il controllo non ha un'ispirazione *latu sensu* sanzionatoria della gestione, bensì ha lo scopo precipuo «di favorire la prosecuzione, adeguatamente corretta, di un disegno strategico che non debba porre, tra le variabili del malfunzionamento, gli impacci scaturenti dall'incombere di procedure direttamente o indirettamente rivolte a sancire responsabilità individuali all'interno dei vari staff» (Paolantonio, 2004: 389).

Tuttavia, occorre evidenziare che, almeno nelle amministrazioni statali, il controllo di gestione ha tradito le sue aspettative in termini di strumento di promozione dell'efficienza a causa, il più delle volte, della scarsità delle competenze professionali necessarie allo svolgimento dei compiti a questo inerenti, facendo prevalere, in termini più burocratici che manageriali, le 'logiche di adempimento' e sul conseguimento effettivo di standard di efficienza (Natalini, 2008: 365).

c) La riforma della responsabilità amministrativa ed il potenziamento della Corte dei Conti operato con le leggi nn. 19 e 20 del 1994 ha dato la stura ad una nuova concezione delle funzioni del giudizio di responsabilità amministrativa, il quale è divenuto strumento principale di tutela del corretto utilizzo delle

risorse pubbliche. La natura del giudizio di responsabilità amministrativa si caratterizza in senso pubblicistico accentuando sempre più gli elementi sanzionatori rispetto a quelli risarcitori. Attraverso una concezione lata della 'contabilità pubblica' di cui all'art. 103 Cost., l'istituto intende tutelare l'interesse della collettività, attribuendo al giudice contabile di rispondere, non tanto all'esigenza di un riequilibrio patrimoniale – caratteristica originaria dello stesso –, quanto a quella di una concreta attuazione dei precetti costituzionali racchiusi nel buon andamento e, quindi, dell'efficienza (Mercati, 2002).

Tra i vari approdi giurisprudenziali che sulla scia di tale configurazione delle funzioni del giudizio di responsabilità amministrativa hanno significativamente giuridificato il canone dell'efficienza, si evidenzia la ricostruzione del c.d. danno da disservizio. Questo si verifica allorché un servizio pubblico si presenti nei confronti dell'utente 'desostanziato' nelle sue intrinseche qualità secondo i parametri di efficienza ed efficacia. Nei casi di servizio, dunque, l'azione non raggiunge, sotto il profilo qualitativo, quelle utilità ritraibili dall'impiego di determinate risorse, così da determinare uno spreco delle stesse. Il danno da disservizio emerge come autonoma figura di danno erariale a contenuto patrimoniale in correlazione allo svolgimento del pubblico servizio. Il pregiudizio denota una mancanza qualitativa particolarmente grave del servizio pubblico, esprimendo una prestazione lavorativa che esiste solo formalmente e dunque come servizio apparente<sup>20</sup>.

#### 4.2.2. *L'efficienza imposta*

A partire dai primi anni del nuovo secolo alcuni studiosi sottoponendo a critica il modello del *New Public Management*, non ritenuto soddisfacente sul piano dei risultati e sui paradossi che esso genera sul piano organizzativo, sviluppano un nuovo quadro teorico di studi sulle amministrazioni pubbliche denominato *Neo-Weberian State*. Questo si fonda sui meccanismi dell'affidabilità e della *predictability* delle norme, ossia l'adozione di regole formali che assicurino l'esercizio appropriato della discrezionalità amministrativa, la correttezza procedurale e l'integrità professionale. L'obiettivo dichiarato è perseguire l'efficienza dell'azione pubblica attraverso il contenimento dell'arbitrarietà del dirigente (Pollitt, Bouckert, 2011: 31 sgg.).

Si tratta di un approccio che viene adottato dal legislatore italiano prima con la legge n. 133/2008 e poi, in maniera più significativa, con la c.d. 'riforma Brunetta' – operata dalla legge n. 15/2009 e dal conseguenziale d.lgs. n. 150/2009. Infatti, si irrigidisce il sistema delle prescrizioni mediante la scelta di leggere nelle norme definite in modo accentrato il meccanismo di garanzia del miglioramento dell'azione pubblica e l'imposizione dell'efficienza perseguita attraverso la valutazione della performance secondo standard predetermina-



ti. A ciò si aggiunge un inasprimento dell'apparato sanzionatorio di tutte le deviazioni dai canoni della produttività attesa in un'ottica di maggiore rilevanza della pretesa del cittadino ad una buona amministrazione.

Inoltre, la riforma prevede una rivisitazione del sistema disciplinare prioritariamente finalizzata a valorizzare lo strumento repressivo allo scopo di raggiungere proprio l'efficienza. Si tratta di un approccio speculare a quello che valorizza la premialità ed il merito, tendente a colpire la scarsa produttività secondo il noto paradigma potere disciplinare/efficacia, efficienza e funzionalità.

La reazione disciplinare trova la propria giustificazione in un concetto ampio di inadempimento inteso, non solo quale inosservanza delle direttive impartite dal datore di lavoro, ma soprattutto come scarsa produttività del lavoratore e assenteismo<sup>21</sup>.

Il legislatore delegato, usando la tecnica della integrazione dei codici disciplinari, stabilisce, non solo una puntuale individuazione delle tipologie di infrazioni che comportano il licenziamento disciplinare, ma altresì le ipotesi di illiceità disciplinari con riferimento condotte puntualmente lesive dell'efficienza e della produttività dell'organizzazione amministrativa.

La ricerca dell'efficienza e della funzionalità dell'organizzazione degli apparati pubblici viene perseguita, non attraverso una maggiore parificazione tra settore pubblico e settore privato, ma attraverso la costruzione di un sistema di regole che ampliano l'ambito discrezionale del funzionario-manager senza, però, prevedere le garanzie che assistono il lavoratore privato.

Le spinte verso l'imposizione dell'efficienza secondo un modello *top-down* di stampo neo-weberiano si accompagnano alle spinte dall'esterno proveniente dalla formalizzazione di pretesa di funzionalità organizzativa riconosciuta ai cittadini.

Si ascrive a tale profilo l'introduzione un sistema di tutela collettiva stimolato dalla imposta trasparenza organizzativa e incentrato sull'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione esperibile davanti al giudice amministrativo disciplinata dal d.lgs. n. 198/2009. In proposito si segnala come il Consiglio di Stato, nel parere n. 1943/2009 abbia rilevato come il rimedio si ponga «come corollario di un disegno riformatore che, sul piano della teoria generale, si fonda sulla concezione dell'amministrazione di risultato in cui domina il principio del buon andamento»<sup>22</sup>.

##### *5. La riforma dell'art. 97 Cost. e l'avvento dell'economicità*

L'art. 2 della legge costituzionale n. 1 del 2012 si aggiunge all'art. 97 Cost. un comma premesso secondo il quale «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Tal disposizione, che introduce un comma premesso, assume il significato di vincolo alla funzione organizzatrice dell'amministrazione pubblica, la quale deve implementare obbligatoriamente il principio di equilibrio del bilancio ed il principio di sostenibilità del debito.

Si tratta del portato dell'adesione da parte dell'Italia al c.d. *Fiscal Compact*, ossia del Trattato assunto dal Consiglio europeo del dicembre 2011 per rafforzare gli impegni degli Stati dell'Eurogruppo per il raggiungimento degli obiettivi comuni del Patto di bilancio: riduzione progressiva del debito pubblico, pareggio di bilancio, convergenza verso gli obiettivi di medio e lungo termine. Tutti finalizzati ad assicurare il pilastro economico dell'Unione economica e monetaria, ora consolidato negli artt. 121, 126 e 197 T.F.U.E. In particolare, per quanto riguarda le regole di bilancio, si prevede la regola fondamentale di introdurre nelle costituzioni nazionali o in atti di equipollente valore il principio vincolante del pareggio di bilancio, seguito da impegni per la riduzione automatica del debito. Questa parte del Trattato vale per tutti gli Stati membri firmatari, anche della zona non euro; a differenza della seconda che impegna solo gli Stati dell'eurozona. Il programma di convergenza verso gli obiettivi di medio termine è fissato dalla Commissione, che poi provvede anche a controllarne l'effettiva realizzazione. L'impegno assunto dagli Stati contraenti ad introdurre nei propri atti costituzionali la regola 'aurea' del bilancio in pareggio è vincolante e giustiziabile; ogni Stato può ricorrere alla Corte di Giustizia in caso di inosservanza del principio. Egualmente, sono giustiziabili gli atti o le omissioni connesse all'attuazione delle politiche economiche. La 'sana finanza pubblica' diviene dunque questione di interesse comune (al riguardo v. la ricostruzione di Chiti, 2013; Napolitano, Perez, 2012). In particolare, l'art. 3, comma 2, del Trattato sul Fiscal Compact dispone che le regole del Trattato producono effetti nel diritto nazionale degli Stati appartenenti alla Eurozona tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente o il cui rispetto fedele è in altro modo garantito lungo tutto il processo nazionale.

Attraverso la disposizione costituzionale inserita nell'art. 97 – unitamente alla modifica dell'art. 81 – si impone direttamente ad ogni singola amministrazione il rispetto dei vincoli finanziari europei. Si crea una vera e propria catena di trasmissione tra la macro-dimensione degli obiettivi globali di finanza pubblica e la micro-disciplina organizzativa della singola amministrazione (Bottino, 2014).

Mentre il principio di equilibrio di bilancio rinvia ad un concetto dinamico che esprime la necessaria corrispondenza tra le entrate e le spese pubbliche tale che nessuna delle due categorie soverchi mai quantitativamente l'altra, il principio di sostenibilità del debito pubblico individua, invece, una nozione quantitativa che impone il divieto di fare fronte alle spese correnti con entrate provenienti dall'indebitamento anziché con le ordinarie entrate tributarie e patrimoniali.

In termini generali, dal novellato testo costituzionale emerge la costituzionalizzazione del criterio di economicità, il quale, in una interpretazione complessiva del testo dell'art. 97 Cost. si pone quale paradigma di determinazione del contenuto prescrittivo del buon andamento-efficienza.

Il criterio di economicità impone quello che gli economisti definiscono il 'vincolo di bilancio' che, in termini giuridici, si traduce nell'obbligo di impiegare la minore quantità possibile di risorse pubbliche. L'economicità, infatti, «designa la relazione fra le risorse impiegate (risorse umane e finanziarie) e i risultati ottenuti. L'azione amministrativa è economica quando raggiunge i risultati con il minimo mezzo ossia col dispendio di risorse» (Corso, 2013: 245).

Il criterio dell'economicità, unitamente alla sostenibilità dell'indebitamento, comporta, inevitabilmente, una conformazione dell'efficienza possibile, la quale viene, di fatto, incorporata dalla funzionalità ed agganciata prevalentemente al risparmio gestionale. In altri termini, il prodotto finale non sarà conformato qualitativamente dal corretto rapporto tra *input* e *output*, ma dalla dimensione quantitativa iniziale dell'*input*, ossia delle risorse disponibili. L'efficacia, il risultato della gestione, degradano a variabile dipendente della funzione di costo sostenibile. Diminuendo le risorse disponibili diminuisce il prodotto e l'efficienza si qualifica come capacità di risparmiare risorse. La continenza del vincolo di funzionalità che il buon andamento ante riforma prefigurato si stempera nei rivoli della sostenibilità legittimando e per certi versi formalizzando a livello costituzionale quello che, già venticinque anni orsono, Fabio Merusi ha definito *fenomeno dei diritti finanziariamente condizionati* e che la Corte costituzionale ha registrato sin dal 1994 (Merusi, 1990: 28)<sup>23</sup>.

Sul piano della giuridificazione di questo nuovo paradigma dell'efficienza si devono segnalare le prescrizioni normative che impongono la c.d. *Spending review* e tutte le norme che abilitano della giurisprudenza contabile a sanzionare tutte le condotte non coerenti con i vincoli di spesa.

L'OCSE definisce in modo preciso la *Spending Review* come un vero e proprio processo di valutazione della *performance* delle politiche pubbliche, processo contraddistinto dalla individuazione *ex ante*, da parte delle singole amministrazioni, di specifici piani di riduzione della spesa, da perseguire attraverso una sua ristrutturazione ad obiettivi immutati (revisione funzionale) ovvero mediante una riparametrazione degli stessi (revisione strategica)<sup>24</sup>.

Sulla base di tali concetti, mi sembra chiaro come siano lontani da tale accezione di revisione di spesa tutti quegli interventi normativi, quelle manovre di taglio della spesa pubblica che non comportano una riconsiderazione dei processi e dei prodotti offerti dalla pubblica amministrazione o, in altri termini, che prescindono da qualsiasi valutazione dei programmi dispesa e della loro efficacia. Non può non notarsi la differenza tra la *Spending review* 'ideale' – ossia quella

che ha come obbiettivo principale la ricerca di misure di risparmio e di contrasto agli sprechi nell'ottica di una valutazione del sistema della spesa pubblica che ne individui le priorità ed i controlli – da quella tradotta in varie norme – quali quelle contenute nel d.l. n. 52/2012, nel d.l. 95/2012, nel d.l. n. 66/2014 – basata solo pressoché esclusivamente sul sistema dei tagli di spesa lineari (al riguardo v. Bilancia, 2014; De Ioanna, 2014; Hinna, Marcantoni, 2012).

### *6. Il legalismo dell'efficienza*

Negli scritti per il Centenario delle leggi di Unificazione amministrativa, Feliciano Benvenuti segnala come queste decretarono il mito della legge, ossia la circostanza che «le forme che si trovavano nella legge assursero a valore di un rituale che doveva essere osservato per il suo stesso valore intimo e la cui osservanza diventava e diventò la ragione stessa della legge e della sua inconcussa permanenza [...] e questo formalismo rituale venne considerato un modello di procedura amministrativa. Il sistema dell'organizzazione imposto dalla legge sembrò essere un modello insuperabile e divenne così la base di tutte le successive estensioni» (Benvenuti, 1969: 79).

Dopo la riforma dell'art. 97 Cost. si sta facendo strada il mito dell'economicità e del risparmio a detrimento della funzionalità e del risultato. L'immediata cogenza della previsione non può che presagire ad un modello organizzativo che ha come obiettivo primario non solo quello di non esorbitare i limiti di spesa per fornire un servizio o esercitare una funzione, ma soprattutto di ridurli nel medio termine.

Lo spirito legalista che ha sempre albergato nella amministrazione italiana, e che è stato stimolato dall'adozione dell'approccio neo-weberiano, sembra adesso rinvigorito e addirittura trovare una legittimazione costituzionale nei vincoli finanziari di derivazione europea. Dopo il legalismo manageriale che ha costituito la degenerazione dell'amministrazione di risultato il primato dell'economicità reca in dono il legalismo dell'efficienza inteso come supino rispetto delle norme che comportano risparmio e permettono la compressione del debito pubblico. Per il funzionario l'importante è non sfiorare i limiti legali di spesa e non tanto fornire un servizio o esercitare una funzione. Sarà compito della giurisprudenza quello di ridimensionare la portata deflagrante dei principi racchiusi nel comma premesso alla disposizione costituzionale, tracciando il limite del rispetto della ineludibile funzionalità dell'organizzazione, nonché fare in modo che la giuridificazione del canone dell'efficienza paradossalmente non generi essa stessa ulteriore inefficienza della pubblica amministrazione.

## Note

- <sup>1</sup> L'idea dell'efficienza come capacità di una struttura di raggiungere uno scopo la rintracciamo anche nella letteratura statunitense del periodo, allorché Henry Taylor nel *The Statesman* nel 1836 riferisce della mancanza nell'amministrazione americana di «any adequate numerous body of efficient statesmen», ossia di un corpo di funzionari capace di svolgere adeguatamente i compiti istituzionali (Taylor, 1992: 124-125). La medesima prospettiva è, d'altra parte, accolta che dal noto *Rapporto Northcote-Trevelyan* del 1864 che costituisce, non solo un passaggio fondamentale nella storia dell'amministrazione inglese, ma, in termini più generali, la spiegazione su come il concetto di efficienza entrò nella prassi amministrativa della prima metà del XIX secolo (Northcote, Trevelyan, 1854: 3).
- <sup>2</sup> Orlando, 1910: 57, il quale aggiunge «Se la sfera di competenza viene dalla legge interamente trasmessa nel superiore, lasciandogli facoltà di suddividerla fra i subordinati, è ovvio comprendere che l'incarico trasmesso può essere sempre risolto e disimpegnato direttamente dal superiore».
- <sup>3</sup> Ranalletti, 1937: 428, che osserva che «l'attività di amministrazione, per esigenze di divisione del lavoro, perché sia praticamente possibile e possa riuscire efficace, è divisa in più rami [...] e in ogni ramo è distribuita tra più organi». E ancora, «affinché l'azione di questa molteplicità di organi possa essere efficace e raggiungere gli scopi, cui si dirige, è necessario che sia unitaria, cioè abbia un'unità di indirizzo e di criterio nel suo svolgimento [...]. Le autorità superiori devono dirigere e vigilare gli organi inferiori nell'esplicamento della loro attività. E gli organi inferiori devono essere sottoposti alle direttive dell'autorità inferiore e obbedire agli ordini che a tal fine da esse ricevono».
- <sup>4</sup> Zanobini, 1915: 321 sgg., spec. 338. Infatti, Silvio Spaventa nel *Discorso sulla ricostituzione del Ministero dell'agricoltura industria e commercio* del 1878 afferma che «l'esecutivo come qualsiasi potenza morale, viva e reale, deve avere in sé la possibilità di adempiere al suo scopo, e quindi alla facoltà di crearsi organi nelle cui funzioni quello scopo si realizza, altrimenti esso non sarebbe un potere organico, ma un morto ed inerte meccanismo». Nessuno sembra contestare almeno in via di principio che l'attività organica dell'esecutivo incontri limiti: espresso e generale del bilancio; espressi e speciali delle norme dello statuto (art. 70, 71, 74); impliciti e speciali delle leggi che man mano vengono occupando il territorio organizzativo. (Ma si afferma l'ampiezza di questi limiti) posto che il totale irrigidimento delle strutture farebbe «perdere all'amministrazione ogni elasticità ed adattabilità, indispensabile all'efficacia delle sue forze, all'adempimento dei suoi fini». In questa prospettiva, l'azione interna degli uffici, la loro composizione e determinazione del numero degli enti e operatori di ciascuna autorità pubblica sono soggette al potere di organizzazione dell'esecutivo la quale compete disporre circa le attribuzioni date al governo in generale (Spaventa, 1910).
- <sup>5</sup> La formula, come è noto, è criticata da Giannini, 2005: 91 che preferisce alla nozione di stato sociale quello di stato pluriclasse. Infatti, secondo l'Autore chiamare sociali gli stati pluralistici, pluriclasse e democratici che hanno ricevuto quale ulteriore compito quello di riequilibrare le disparità sociali appare, sul piano politologico, «inopportuno, perché limitativo da un lato, generico ed ambiguo per un altro: la strumentazione dell'azione investe, in tali Stati, ogni settore, e non solo quello sociale; comprendere nel sociale anche ciò che si riferisce alla giustizia, alla giustizia distributiva, all'economia, all'istruzione, al benessere ecc. significherebbe usare un linguaggio ed un ordine concettuale scientificamente improprio».
- <sup>6</sup> Giannini, 1961: 52, il quale aggiunge che «esso è stato posto per l'indecoroso stato di disordine che da alcuni decenni ormai affligge la nostra struttura amministrativa; sino ad oggi ha avuto attuazione in un campo metodologico preliminare, in quanto sono stati istituiti presso vari dicasteri degli uffici organizzazione e metodo, i quali in talune amministrazioni hanno conseguito qualche buon risultato. In campo legislativo siamo ancora lontani, tuttavia, dall'aver realizzato riforme apprezzabili».

- <sup>7</sup> Berti 1968: 77, secondo il quale si tratta di intravedere nella disciplina costituzionale «un'impostazione unitaria della relazione problematica basata su una nozione di competenza non soltanto quantitativa (con determinazione di complesso di funzioni), ma anche e soprattutto qualitativa, informata cioè al modo di essere di un ufficio in funzione delle attività amministrative ad esso riferite». Ciò posto si rileva «la necessità che la materia dell'organizzazione venga sganciata da una visione soggettivistica dei rapporti amministrativi, con l'ulteriore esigenza di stabilire un nuovo equilibrio tra la funzionalità dell'amministrazione e la responsabilità degli atti e dei comportamenti cui l'amministrazione stessa dà luogo».
- <sup>8</sup> Tuttavia, per Nigro non esiste, nel nostro ordinamento, né un dovere di imparzialità, né un dovere di buona amministrazione. Il legame diretto tra doverosità dell'azione amministrativa e l'esigenza che il soggetto investito della funzione, la espliciti rettamente e saggiamente non determinerebbe la sussistenza di un dovere a sé stante, quanto piuttosto la presenza di vincolo generico di ogni potere, pubblico o privato, discrezionale o vincolato, in quanto potere ordinato ad un fine. Egli evidenzia che «quello della configurazione di un dovere di buona amministrazione è un espediente concettuale per risolvere il problema del riconoscimento indiretto della giuridicità delle c.d. regole di buona amministrazione care agli scienziati e sociologi».
- <sup>9</sup> Al riguardo, si deve ricordare come tale sia anche la prospettiva adottata da Pastori, 1967: 404, il quale, nella sua coeva analisi in ottica giuridica del fenomeno burocratico successivo all'avvento della Costituzione, esplicitamente conclude che «l'articolazione organizzativa della burocrazia, quando la si ricostruisce in base ai suoi presupposti sistematici più sicuri, tenda a riprodurre ed a recepire le norme ed i principi elaborati dalla ricerca sociologica». In proposito si segnala l'opinione di chi evidenzia che occorre distinguere fra l'efficienza ed il controllo di efficienza. L'efficienza è un dato che si pone come attributo di una struttura o di una azione. Il controllo di efficienza è un giudizio che si dà sulla capacità della struttura (adeguatezza al fine) e sulla rispondenza dell'azione ai canoni di efficienza. Se non si opera una distinzione siffatta, e si confonde fra efficienza sostanziale e risultato efficiente, si perviene alla conclusione errata che l'efficienza è un criterio di accertamento e di valutazione e non un valore a sé stante. L'efficienza è un dato a sé e si configura come corrispondenza, idoneità, a raggiungere lo scopo. Cfr. Sepe, 1975: 58.
- <sup>10</sup> Corte Cost., 3 marzo 1959, n. 9, in *Giur. Cost.*, 1959: 327.
- <sup>11</sup> Corte Cost., 14 marzo 1962, n. 14, in *Giur. cost.* 1962: 146; 4 febbraio 1967, n. 8, *ivi*, 1967: 69; 9 dicembre 1968, n. 123, *ivi*, 1968: 2148.
- <sup>12</sup> Cons. stato, Ad. Plen., 22 febbraio 1972, n. 2, in *Cons. Stato*, 1972, I, 7.
- <sup>13</sup> Corte Conti, sez. II, 17 luglio 1982, n. 106, in *Riv. Corte Conti*, 1982, I: 960.
- <sup>14</sup> Corte Conti, sez. II, 23 maggio 1983, n. 56, in *Riv. Corte Conti*, 1983, I: 437.
- <sup>15</sup> Corte Conti, sez. II, 13 marzo 1989, n. 54, in *Riv. Corte Conti*, 1989, I: 109.
- <sup>16</sup> Corte giust., 25 gennaio 2001, in C-413/1998, *Froda Azul Tansporters e Turismo*, in *Racc.*, I-633 sgg.; Trib. CE, 15 settembre 1998, in T-180/96, *Mediocurso c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-3477; 16 luglio 1998, in T-72/1997, *Proderec c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-2847.
- <sup>17</sup> Si tratta dell'introduzione di una gestione più professionale dell'attività pubblica, basata su meccanismi di responsabilizzazione dei dirigenti; nell'adozione di parametri predefiniti e di indicatori per misurare la qualità e l'efficienza delle prestazioni dell'attività amministrative, nel monitoraggio degli input e dei servizi effettuati, nell'inserimento di principi di concorrenza nei confronti del settore privato, nella promozione di stili ambientali di gestione delle attività e delle risorse umane.
- <sup>18</sup> Torchia, 2000, la quale evidenzia che «il riconoscimento in capo al dirigente responsabile di struttura di questi poteri strumentali all'azione amministrativa ha due conseguenze particolarmente rilevanti: si accorpano in capo ad un'unica figura professionale, e a ciascun ufficio, poteri che in precedenza erano ripartiti su più figure e uffici specializzati (Direzione personale

e Ragioneria centrale); i poteri di direzione sono estesi, per così dire, a tutti i fattori di produzione, in modo da rendere più agevole il controllo sul processo di produzione e sui risultati».

- <sup>19</sup> Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29, in *Foro it.*, 1996: 1157 con nota di G. D'Auria.
- <sup>20</sup> Corte Conti, sez. Umbria, 4 marzo 1998, n. 252, in *Riv. Corte Conti*, 1998, 3, II: 190. La struttura di questo pregiudizio presenta almeno due lati: l'inutilità della spesa pubblica, per il mancato raggiungimento delle finalità pubbliche e le spese affrontate per ripristinare i disservizi prodotti. Il danno da disservizio consiste nel pregiudizio ulteriore rispetto al *danno patrimoniale diretto* arrecato al corretto funzionamento dell'apparato pubblico, e si concreta nel mancato conseguimento della legalità, della efficienza, della efficacia, della economicità e della produttività dell'azione e della attività di una pubblica amministrazione. In tal senso, «il danno da disservizio è correlato al minore risultato conseguito dall'apparato organizzativo, a seguito di un'omessa o carente prestazione lavorativa del dipendente, con conseguente ulteriore danno in termini di efficienza, efficacia, economicità e quindi di resa dell'azione amministrativa. Il danno da disservizio è un *quid pluris* rispetto al danno subito dall'ente pubblico per la retribuzione erogata al dipendente assenteista che ha violato il rapporto sinallagmatico fra controprestazioni e si configura come danno da disfunzione organizzativa che ricade anche sull'utente del servizio pubblico» (Corte Conti, sez. Veneto, 20 maggio 2005, n. 866, in *Riv. Corte Conti*, 2005, 3, II: 118).
- <sup>21</sup> Sulla lotta ai c.d. fannulloni recitato come *mantra* dai fautori della riforma si veda Fracchia, 2012.
- <sup>22</sup> Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943/2009 in *Foro it.*, 2010, III: 89.
- <sup>23</sup> Per la giurisprudenza della costituzionale vedi Corte cost. 27 dicembre 1996, n. 417, in *Giur. cost.*, 1996; 31 marzo 1995, n. 99, *ivi*, 1995: 816; 10 giugno 1994, n. 240, *ivi*, 1994: 1970; 15 marzo 1991, n. 119, *ivi*, 1991: 1209.
- <sup>24</sup> OCSE, 28 maggio 2013 prot. N .GOV/PGC/SBO(2013)6, in <<http://www.oecd.org>> (12/2016).

*Riferimenti bibliografici*

- Allegretti U. 1996, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova.
- Bachelet V. 1975, *Responsabilità del Ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova: 590 sgg.
- 1981, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano (già pubblicato in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1977): 435 sgg.
- Balboni E. 1980, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, il Mulino, Bologna: 295 sgg.
- Baldassarre A. 1982, *Lo stato sociale: una formula in evoluzione*, in *Critica dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari: 45 sgg.
- Balladore Pallieri G. 1953, *Diritto Costituzionale* (III ed.), Giuffrè, Milano.
- Barzelay P. 2001, *New public management*, University of California Press, Oakland.
- Bentham J. 1993, *Official aptitude maximized, expense minimized*, a cura di P. Schofield, Clarendon Press, Oxford.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Vicenza: 78 sgg.
- Berti G. 1968, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova.
- 1995, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni ed indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993, Milano.
- Berti G., Marzona N. 1999, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. II, Agg., Milano: 474 sgg.
- Bilancia F. 2014, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa resta dell'autonomia locale?*, in *Dir. pubbl.*: 45 sgg.
- Borgonovi V. 1996, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano.
- Bottino G. 2014, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 691 sgg.
- Cammelli M. 2003, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano: 107 sgg.
- Cassese S. 1983, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2004, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. Dir. amm.*: 941 sgg.
- Cerbo P. 2007, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova.
- Cerulli Irelli V. 2003, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano: 4 sgg.
- Chiti M. 2013, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Corte Conti*, IV (1): 148 sgg.



- Cogliandro G. 1997, *Finanza sana e buona gestione finanziaria: una introduzione ai principi comunitari del buon governo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1192 sgg.
- Corso G. 2003, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano: 127 sgg.
- 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- D'Alessio G. 1992, *Interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali del principio del buon andamento*, in G. Marongiu, G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, Milano: 47 sgg.
- D'Auria G. 2000, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. II, Giuffrè, Milano: 1343 sgg.
- D'Orsogna M. 2011, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- De Ioanna P. 2014, *Riformare la spesa per rinnovare la pubblica amministrazione: l'occasione della spending review*, in *Riv. Corte conti*, 2: 347 sgg.
- Di Gaspare G. 1992, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova.
- Fayol H. 2011, *Direzione industriale e generale. Programmazione, organizzazione e controllo*, trad. it. di A. Agriesti, Guerini e Associati, Milano.
- Fracchia F. 2012, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Giannini M.S. 1961, *Lezioni di diritto amministrativo. Anno 1959-60*, Giuffrè, Milano.
- 1981, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 1986, *Il pubblico potere*, il Mulino, Bologna.
- 2004, *In principio sono le funzioni*, in *Scritti*, IV (1955-1962), Giuffrè, Milano: 719 sgg.
- 2005, *Stato sociale una nozione inutile*, in *Scritti*, vol. VII (1977-1982), Giuffrè, Milano: 91 sgg.
- Guarino G. 1970, *Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni della ragioneria dello stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano: 167 sgg.
- 1977, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Gulick L., Urwick L. 2003, *Papers of the science of administration*, London.
- Hinna L., Marcantoni M. 2012, *Spending Review*, Donzelli, Roma.
- Hood C. 1991, *A public management for all season?*, in *Public administration*, LXIX: 1 sgg.
- Hume L.J. 2004, *Bentham and bureaucracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Iannotta L. 1999, *Previsione e realizzazione nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*: 57 sgg.
- Marongiu G. 1994, *Spunti per la ricostruzione di una funzione manageriale nella pubblica amministrazione*, in *La democrazia come problema*, il Mulino, Bologna: 469 sgg.
- Massera A. 2010, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 31 sgg.

- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, Bologna.
- Mercati L. 2002, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino.
- Merusi F. 1990, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna.
- Ministro per la Funzione Pubblica 1982, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 722 sgg.
- Mortati C. 1955, *Istituzioni di diritto pubblico* (III ed.), Cedam, Padova.
- 1973, *Le forme di governo*, Cedam, Padova.
- Napolitano G., Perez R. 2012, *La nuova governance economica europea: il meccanismo di stabilità ed il fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*: 461 sgg.
- Natalini A. 2008, *Lo stato costi-rendimenti*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano: 365 sgg.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 1984, *Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, in *Le regioni*: 643.
- 1996, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano: 761 sgg.
- Northcote S.H., Trevelyan C.E. 1854, *Report on the organisation of the permanent civil service together with a letter from Rev. B. Jowett*, London.
- Orlando V.E. 1910, *Principii di diritto amministrativo* (IV ed.), Barbèra, Firenze.
- Paolantonio N. 2004, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino: 389 sgg.
- Pastori G. 1967, *La burocrazia*, Cedam, Padova.
- Pinelli C. 1994, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma: 192 sgg.
- Pioggia A. 2007, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. Merloni, A. Pioggia, R. Segatori (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Giuffrè, Milano: 117 sgg.
- Pollitt C., Bouckear G. 2011, *Public Management reform* (III ed.), Oxford, University Press, Oxford.
- Ranelletti O. 1937, *Istituzioni di diritto pubblico* (VI ed.), Cedam, Padova.
- Rawls R. 1982, *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, Feltrinelli, Milano.
- Salerno G.M. 1999, *L'efficienza dei pubblici poteri nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Salvia F. 2005, *La buona amministrazione ed i suoi miti*, in *Dir. e società*: 560 sgg.
- Schofield P. 1993, *Economy as applied to office and the development of Bentham's democratic thought*, in C. Bhikhu Parek (a cura di), *Jeremy Bentham critical assessments*, Routledge, London-New York: 871 sgg.
- Sciullo G. 2013, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino.

- Scoca F. 2002, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.* (VI agg.), Milano: 10 sgg.
- Sepe O. 1975, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano.
- Simon H. 2001, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. di S. Cimmino, il Mulino, Bologna.
- Spasiano M.R. 2004, *Organizzazione e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino: 342 sgg.
- 2006, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 163 sgg.
- Spaventa S. 1910, *Discorso sulla ricostituzione del Ministero dell'agricoltura industria e commercio*, in *La politica della destra. Scritti e discorsi, raccolti da B. Croce*, Laterza, Bari: 272 sgg.
- Taylor F.W. 1967, *L'organizzazione scientifica del lavoro*, a cura di A. Fabris, Etas, Milano.
- Taylor H. 1992, *The Statesman*, Nelson, London.
- Torchia L. 2000, *Responsabilità dirigenziale*, Giappichelli, Torino.
- Valentini S. 1997, *Efficienza, trasparenza e modernizzazione della pubblica amministrazione dell'Unione europea*, in *Studi e note di economia*: 83 sgg.
- Waldo D. 1948, *The administrative State*, The Ronald Press Company, New York.
- Weber M. 1999, *Economia e società*, I, Giappichelli, Torino.
- Wildavsky A.B. 2007, *Speaking truth to power* (XII ed.), Little, Brown & Company, New Brunswick.
- Zanobini G. 1915, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. pubbl.*: 321 sgg.



## COMMENTI



# NOBILTÀ E MISERIE DELLA GIURIDIFICAZIONE

*Marco D'Alberty*

SOMMARIO – 1. Estensione e tipologie della giuridificazione. 2. Effetti della giuridificazione. 3. Giuridificazione devastante. 4. Giuridificazione ineffettiva. 5. Giuridificazione squilibrata. 6. Conclusioni.

## *1. Estensione e tipologie della giuridificazione*

Quello della 'giuridificazione' è un tema vasto, impegnativo, sfuggente. È dunque da apprezzare particolarmente il lavoro guidato da Barbara Marchetti e Mauro Renna.

Un primo problema riguarda la stessa definizione di giuridificazione. Sembra giusta la via seguita nel lavoro che qui si discute, secondo cui per giuridificazione deve intendersi l'ingresso o la maggior presenza nella sfera di rilevanza giuridica di fenomeni economici, scientifici, sociali.

Ma quando un fenomeno entra nella sfera giuridica? Certamente quando è regolato da una legge (in senso sostanziale), o dalla giurisprudenza, o da un atto di autonomia privata. Come ricordava Massimo Severo Giannini, «le parti che addivengono ad un contratto possono qualificare giuridicamente qualunque cosa, o farla divenire oggetto di obbligazione o di prestazione oggetto dell'obbligazione. Quando uno Stato straniero commissiona la costruzione di una fregata di un certo tipo, il complesso lavoro che occorre per costruire e far navigare tale nave è giuridicamente qualificato come prestazione oggetto di obbligazione» (Giannini, 2006: 89).

Per chi prescelga una concezione istituzionale del diritto, un fenomeno entra nel giuridico ancor prima di essere previsto in norme, in pronunce giurisprudenziali o in atti negoziali privati. Sotto questo profilo, tanti fenomeni che caratterizzano la storia italiana dal 1865 ad oggi sono stati 'giuridificati' indipendentemente da una legge o da una sentenza o da un contratto: si pensi alle consuetudini parlamentari, o a prassi amministrative consolidate, o ad associazioni sindacali.

Il perimetro della giuridificazione, dunque, è smisurato. Saggiamente il lavoro in discussione ha scelto di concentrarsi sulla giuridificazione per via legislativa e giurisprudenziale e di individuare alcuni settori o ambiti trasversali. Tra i settori: l'ambiente, la sicurezza alimentare, lo sport; tra gli ambiti trasversali: la concorrenza, il principio di precauzione, il canone di efficienza della pubblica

amministrazione, le scelte etiche. Certamente ve ne sarebbero altri, come i beni culturali, l'urbanistica, le regolazioni settoriali dei mercati, la corruzione. Ma già sono significativi quelli individuati.

Per di più, vengono opportunamente distinti vari tipi e tecniche di giuridificazione. Vi sono casi – più rari – in cui si verifica un passaggio dalla totale irrilevanza alla rilevanza giuridica, come è avvenuto per la protezione degli animali. E vi sono casi – assai più frequenti – in cui si hanno modificazioni, e spesso arricchimenti, della rilevanza giuridica. Ad esempio, alcuni fenomeni che prima rilevavano solo in ordinamenti giuridici particolari o settoriali gradualmente hanno ricevuto 'giuridificazioni' più generali, a livello nazionale o ultranazionale: è avvenuto così per lo sport, o per gli ordini professionali. In altri casi, alla rilevanza giuridica privatistica si è aggiunta quella pubblicistica, come per l'ambiente, o per la concorrenza. In altre ipotesi ancora, si è verificato un potenziamento della rilevanza pubblicistica, ad esempio per la sicurezza alimentare.

Vi sono state, inoltre, modalità diverse di giuridificazione. Il lavoro distingue correttamente tra modalità di *soft law* e forme di *hard law*: le prime si sono avute, ad esempio, quando la legge ha rinviato alla scienza, come nella bioetica; le seconde, tra l'altro, in materia di ambiente, dove la salvaguardia dell'ecosistema richiede misure di *command and control*. Tutti aspetti che sono stati messi bene in luce dal lavoro.

## 2. Effetti della giuridificazione

Il discorso sugli effetti della giuridificazione è più complesso.

In molti casi la giuridificazione ha portato con sé un rafforzamento delle garanzie per diritti di primaria importanza. Basti pensare alle regole sulla salvaguardia dell'ambiente; sui diritti dei consumatori e degli utenti di servizi pubblici; sulla tutela della salute. L'assenza di giuridificazione o forme di de-giuridificazione possono comportare, come bene si sottolinea nel lavoro qui considerato, il rischio di disinteresse del sistema istituzionale o di arretramenti quanto alla protezione di diritti fondamentali.

Sarebbe utile, tuttavia, analizzare più a fondo casi in cui la giuridificazione può comportare effetti negativi in termini di tutela e di garanzia. E non mancano ipotesi in cui la giuridificazione può produrre effetti devastanti; o può rivelarsi ineffettiva; o è disequilibrata. Vanno affrontati separatamente questi problemi.

## 3. Giuridificazione devastante

La giuridificazione è idonea a produrre effetti devastanti quando le leggi – non soltanto nazionali – si moltiplicano a dismisura e si caratterizzano per dettare norme oscure. In altri termini, quando la legislazione si fa eccessiva e inaccessibile.



Questo fenomeno in Italia è dilagante. Solo da pochi anni si è iniziato a mettere in campo rimedi. Ma finora i risultati sono deludenti. In altri ordinamenti giuridici, soprattutto nelle esperienze angloamericane, il problema è stato preso più sul serio. Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, già almeno dagli anni Sessanta del secolo scorso, la dottrina giuridica ha segnalato il problema e la necessità di individuare soluzioni efficaci. A proposito degli *statutes* – le leggi del parlamento – nel 1968 Roger Traynor ha parlato di «missili senza guida lanciati dal legislatore» (Traynor, 1968: 401); Grant Gilmore, nel 1977, ha ripreso il tema, utilizzando l'espressione «orgia del legiferare» (Gilmore, 1977: 95); entrambi sono richiamati agli inizi degli anni Ottanta da Guido Calabresi, che ha sottolineato la *statutorification* del diritto americano (Calabresi, 1982: 1). In Gran Bretagna, Tom Bingham ha considerato come requisito essenziale della *rule of law* che la legislazione sia quantitativamente contenuta e detti norme accessibili (Bingham, 2011: 37 sgg.).

Insomma, «troppe leggi uccidono la legge» (Gaudemet, 2010: 134). E mettono in luce tutte le miserie della giuridificazione. In Italia – come si è detto – si è dedicata scarsa attenzione a questa grave patologia. La legislazione italiana del primo Novecento era sobria e dimensionalmente contenuta. Un esempio può trarsi dalla legge di Giolitti del 1908 sul pubblico impiego<sup>1</sup>. Poi si è avuto un peggioramento con il fascismo e nel secondo dopoguerra. La materia del pubblico impiego è ancora una volta significativa: si pensi alla legge del 1923 e poi al testo unico degli impiegati civili dello Stato del 1957<sup>2</sup>. Per i periodi più recenti, gli indicatori internazionali segnalano un indebolimento della *rule of law* e della *regulatory quality* in Italia dagli anni Novanta del secolo scorso ad oggi. E fra gli elementi essenziali della *rule of law* e della qualità della regolazione c'è sicuramente la chiarezza e la non ridondanza delle leggi<sup>3</sup>.

Si potrebbe dire che l'aumento della legislazione si spiega per un pluralismo sociale che si è esteso dall'inizio del Novecento ai tempi presenti. Ma questa espansione delle leggi è abnorme.

In simili ipotesi la giuridificazione produce effetti devastanti. L'interpretazione e l'applicazione delle norme diviene compito assai arduo, per i giudici, gli avvocati, le imprese, i cittadini. La corruzione si diffonde, perché una legislazione caotica equivale alla negazione della legislazione e della legalità. Ne segue che vengono messe a rischio le garanzie di protezione dei diritti. Le virtù della giuridificazione si convertono nel loro contrario.

Occorre trovare rimedi adeguati. Partendo dai settori più colpiti dalla patologia. Per la normativa su appalti e concessioni – oggi particolarmente affetta dal male – sta provvedendo il nuovo codice dei contratti pubblici. Interventi urgenti sono poi indispensabili – tra l'altro – nei settori dell'edilizia, dell'urbanistica, della sanità. Non a caso, tra i più soggetti a fenomeni di corruzione dilagante.

#### 4. *Giuridificazione ineffettiva*

Vi sono casi in cui il processo di giuridificazione si rivela ineffettivo, e anche fuorviante.

Si prenda l'esempio della deontologia, più in generale dell'etica, e del loro assorbimento in regole disciplinari. Molti codici di condotta, o codici etici, rilevano ormai almeno in parte sul piano delle procedure e delle sanzioni disciplinari, che vengono irrogate a chi infrange le regole dettate da quei codici. Si tratta, tra l'altro, di pubblici impiegati; di liberi professionisti; di dipendenti o amministratori di imprese (tratta ampiamente il tema dei codici di comportamento Mattarella, 2007).

Ora, è chiaro che un certo grado di giuridificazione, l'emanazione di qualche norma scritta, può servire. Ma la vera deontologia è quella non scritta. È quella che, come ha detto Yves Gaudemet in una lezione non pubblicata pronunciata recentemente alla Scuola Superiore di Studi Avanzati della Sapienza, risponde al tribunale della coscienza. Spesso i codici di condotta, con rilevanza disciplinare, sono fin troppo minuziosi e hanno la principale funzione di far sapere che un corpo professionale, o un'impresa, sono seri. Sono, in altri termini, un'esibizione di asserita correttezza e onestà.

Diverse case automobilistiche sono dotate di corposi codici etici e di condotta, con rilevanza disciplinare, che dettano norme generali di correttezza, onestà, perfino di imparzialità; e norme assai specifiche sulla salvaguardia dell'ambiente. Queste norme sono in vigore. Ma poi è successo quel che è successo quanto alle eccessive emissioni di gas dalle autovetture. E diverse imprese petrolifere hanno analoghi codici etici. Le norme ci sono; la loro effettività è sovente assai debole.

L'ineffettività di queste forme di giuridificazione è sotto gli occhi di tutti. E, per di più, può essere fuorviante. Le imprese munite di codici etici più cospicui sono in grado di attirare di più i consumatori. Ma, soprattutto, questi tipi di giuridificazione contribuiscono a indebolire l'onestà che non ha bisogno di regole scritte. Ad esempio, se le associazioni di imprese prendessero iniziative più coraggiose nei confronti di associati scorretti, i codici potrebbero essere meno necessari.

#### 5. *Giuridificazione squilibrata*

Nelle recenti giuridificazioni ultranazionali vi è stata una certa tendenza a creare una sproporzione tra tutela delle libertà economiche, da un lato, e protezione di altri diritti essenziali, soprattutto sociali, dall'altro lato.

Paolo Grossi ha detto che nei diritti ultranazionali di oggi le libertà economiche «giganteggiano». Il fatto è evidente nel cosiddetto 'diritto globale': si pen-

si alle regolazioni del commercio mondiale e dei mercati finanziari. Studiosi di varie discipline lo hanno sottolineato con forza (Stiglitz, 2012; Atkinson, 2015). Il diritto dell'Unione europea ha preso avvio con la protezione di libertà economiche. Gradualmente ha riconosciuto tutela anche ai diritti dei consumatori, al diritto alla salute, alla salvaguardia dell'ambiente. Si è mostrato meno disequilibrato del diritto globale, anche grazie al principio dell'economia sociale di mercato – ora scritto nei Trattati<sup>4</sup> – e grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ma seri problemi sono emersi soprattutto con la recente crisi finanziaria. Le regole europee che impongono l'austerità – a partire dal cosiddetto *Fiscal Compact* – mettono a rischio la protezione dei diritti di *social welfare*, dal lavoro, alla sanità, all'istruzione. È una giuridificazione che protegge certi diritti a danno di altri. E i titolari di questi ultimi sono spesso quelli che avrebbero bisogno di maggior protezione. Anche in tal caso, è necessario rivedere la sostanza della giuridificazione.

## 6. Conclusioni

Queste riflessioni sulla nobiltà e le miserie della giuridificazione non sono certamente dettate da una nostalgia per un diritto naturale oggettivo, per i pensieri di Leopardi che, richiamando Orazio, criticava le leggi scritte a favore dei costumi (Leopardi, 2011: 43-44). Il processo di giuridificazione ha avuto i suoi esiti positivi, come si è visto.

Si vuole soltanto tessere un elogio per una giuridificazione che sappia essere parsimoniosa, con poche regole e chiare; effettiva, senza proclamazioni inutili; ed equilibrata, con la dovuta attenzione all'economia ed anche alla società.

*Note*

- <sup>1</sup> L. 25 giugno 1908, n. 290.
- <sup>2</sup> R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960; d.p.r.10 gennaio 1957, n. 3.
- <sup>3</sup> Si veda World Bank Group, *Worldwide Governance Indicators* 2015.
- <sup>4</sup> Art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea.

*Riferimenti bibliografici*

- Atkinson A.B. 2015, *Inequality. What Can Be Done?*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Bingham T. 2011, *The Rule of Law*, Penguin, Londra.
- Calabresi G. 1982, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge.
- Gaudemet Y. 2010, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Giannini M.S. 2006, *Itinerario delle qualificazioni giuridiche*, in *Diritto e società* 1984, poi in Id., *Scritti*, VIII (1984-1990), Giuffrè, Milano.
- Gilmore G. 1977, *The Ages of American Law*, Yale University Press, New Haven.
- Leopardi G. 2011, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl'italiani* (ed. orig. 1824), Feltrinelli, Milano.
- Mattarella B.G. 2007, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, il Mulino, Bologna
- Stiglitz J. 2012, *The Price of Inequality*, Penguin, Londra.
- Traynor R.J. 1968, *Statutes Revolving in Common-Law Orbits*, in *Catholic University Law Review*, 17: 401-402.



## GLI AUTORI





MIRIAM ALLENA, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano.

VINCENZO ANTONELLI, ricercatore di Diritto amministrativo presso la Luiss Guido Carli di Roma.

FRANCESCO BILANCIA, professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

ANDREA CARDONE, professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Firenze.

ANTONIO CASSATELLA, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

SAMUEL CORNELLA, dottore di ricerca presso l'Università di Trento.

FULVIO CORTESE, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

MARCO D'ALBERTI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso Università "La Sapienza" di Roma.

MONICA DELSIGNORE, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano-Bicocca.

ANDREA FANTIN, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

FRANCESCO FARRI, dottore di ricerca presso Università "La Sapienza" di Roma.

ANNALaura GIANNELLI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università Telematica Giustino Fortunato.

GIUSEPPE MANFREDI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza.

BARBARA MARCHETTI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

GIOVANNI MARTINI, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

FRANCESCO MIDIRI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

SILVIA PELLIZZARI, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

SIMONE PENASA, ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Trento.

MARGHERITA RAMAJOLI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano-Bicocca.

MAURO RENNA, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ANNA SIMONATI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

SERENA STACCA, assegnista di ricerca presso l'Università di Firenze.

RICCARDO URSI, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Palermo.

## SOMMARIO GENERALE



I PROCESSI DI GIURIDIFICAZIONE: SOGGETTI, TECNICHE, LIMITI di Barbara Marchetti, Mauro Renna

1. Il piano della ricerca: interrogativi di partenza, settori indagati, metodo. 2. Giuridificazione *ex novo* o nuove tecniche di giuridificazione? 3. L'emersione e la giuridificazione di interessi e posizioni soggettive. 4. Le tecniche e gli strumenti di giuridificazione. 5. Le fonti e gli attori delle giuridificazioni. 6. La complessità e l'eterogeneità dei processi di giuridificazione. Giuridificazione-unificazione o giuridificazione-frammentazione? 7. Il rapporto tra giuridificazione e scienza. 8. Giuridificazione e impronta culturale. 9. I limiti ai processi di giuridificazione (e a quelli di de-giuridificazione), nella prospettiva dell'unificazione europea.

## STUDI

LA GIURIDIFICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: TUTELA ANTICIPATA *V.* LEGALITÀ-PREVEDIBILITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA di Miriam Allena

1. Premessa introduttiva: il principio di precauzione tra incertezza scientifica ed esigenze di regolazione del rischio. 2. La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento internazionale ed europeo tra *soft law* e prassi giurisprudenziale. 3. La giuridificazione del principio di precauzione nell'ordinamento italiano. 4. Principio di precauzione e ordinanze ministeriali adottabili ex artt. 301 e 304 del Codice dell'ambiente: un conflitto latente con il principio di legalità sostanziale. 5. Principio di precauzione *v.* principio di legalità tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. 6. La giuridificazione del principio di precauzione come obbligo del cittadino nei rapporti pubblicistici e interprivati. 7. Conclusioni.

LA TUTELA DELLA CHANCE OVVERO ALLA RICERCA DEL BENE SPERATO di Vincenzo Antonelli

1. Il sorgere del dibattito scientifico e giurisprudenziale. 2. Le motivazioni culturali. 3. I caratteri della giuridificazione. 4. La responsabilità civile della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa. 5. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa. 6. Il diritto come metodo scientifico. 7. La chance oltre il risarcimento. 8. La chance nella giurisprudenza della Corte dei Conti. 9. La prospettiva europea della chance. 10. Alcune considerazioni conclusive.

*JURIDIFICATION*, SOCIETÀ CIVILE E IDENTITÀ NAZIONALI NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA di Francesco Bilancia

1. Il fenomeno della c.d. *juridification*. 2. «Giuridificazione» e nuovo diritto. Rinnovamento o supremazia? 3. (*segue*) Il fenomeno della *juridification-legalization* di modelli e categorie di origine privatistica. 4. «Giuridificazione», etica pubblica e identità culturale nazionale. 5. Identità giuridica nazionale e crisi attuale (del diritto) dell'Unione europea.

GIURIDIFICAZIONE E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: RUOLO E STRUMENTI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO di Andrea Cardone

1. Alcune premesse di metodo sull'inserimento del giudice amministrativo nel circuito della tutela multilivello quale fattore di giuridificazione. 2. L'applicazione diretta delle norme della CEDU e della Carta di Nizza: uno strumento ancora largamente inutilizzato. 3. L'interpretazione conforme al diritto convenzionale e a quello UE: il vero motore della giuridificazione. 4. Il regime della norma interna contrastante: controllo di validità (in ambito convenzionale) e disapplicazione (in ambito UE) come strumenti di rimozione degli ostacoli alla giuridificazione degli interessi ultrastatali. 5. Brevi considerazioni conclusive.

LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE (MARCHI E BREVETTI) di Antonio Cassatella

1. Due problemi di politica economica e le loro soluzioni. 2. La molteplice rilevanza giuridica della proprietà industriale. 3. Il contenuto della proprietà industriale: tra diritto di privata e interessi pubblici. 4. Il ruolo delle amministrazioni: aspetti tradizionali ed evolutivi. 5. L'impatto della disciplina sovranazionale. 6. Conclusioni.

DALLA BIOETICA AL BIODIRITTO: SULLA GIURIDIFICAZIONE DI INTERESSI SCIENTIFICAMENTE E TECNOLOGICAMENTE CONDIZIONATI di Fulvio Cortese, Simone Penasa

1. Premessa. 2. Le rotte della giuridificazione. 2.1 Vecchi strumenti, risultati nuovi. 2.2 Dall'esterno all'interno: il ruolo della dimensione internazionale. 2.2.1 Influenza diretta delle 'spinte' internazionali: il ruolo delle corti internazionali. 2.2.2 Influenza indiretta delle 'spinte' internazionali: norme e principi di derivazione internazionale quali parametri di giudizio o quali ausili/strumenti ermeneutici. 2.3 Dal diritto positivo tradizionale a nuove forme di regolazione: il rinnovato ruolo del legislatore alla luce della giurisprudenza costituzionale. 3. Le tendenze della giuridificazione. 3.1 L'esistenza di una pluralità di attori capaci di produrre regole concretamente condizionanti (indipendentemente dal loro statuto giuridico). 3.2 (Apparente) svalutazione del ruolo del legislatore statale a vantaggio del ruolo delle corti (ordinarie e speciali). 3.3 Tendenza alla formulazione giurisprudenziale di principi generali anziché di regole puntuali. 3.4 Tendenza all'emersione irriducibile di spazi di autonomia non regolabile da parte delle istituzioni pubbliche e rimessi ai rapporti tra i 'soggetti' più direttamente coinvolti dalle singole decisioni (con consequenziale restrizione dei margini tradizionali della discrezionalità politico-amministrativa). 4. Le questioni aperte. 4.1 La pluralità delle sedi decisionali e i limiti dei tradizionali 'legami di garanzia': dal conflitto episodico al conflitto sistemico? 4.2 La procedimentalizzazione dei processi decisionali e l'incompletezza strutturale degli assetti organizzativi e funzionali vigenti: per una riforma dell'amministrazione di servizio. 4.3 Il valore determinante di alcuni principi e la mutazione del ruolo del giudice: *quis custodiet custodes?* 4.4 La formazione di una nuova soggettività giuridica e la trasformazione del ruolo della scienza e della tecnologia (anche giuridiche): rischi e opportunità.

LA TENUTA DELLA GIURIDIFICAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE NELL'ERA DIGITALE di Monica Delsignore

1. Premessa: esclusione ed accesso come tradizionali antagonisti nella disciplina del diritto d'autore. 2. Il ruolo dell'editoria ai fini della giuridificazione del diritto d'autore. 3. La dematerializzazione del supporto dell'opera e le questioni dell'attualità e adeguatezza del regime vigente. 4. La scelta dell'*enforcement* amministrativo per fronteggiare la diminuzione di effettività del diritto d'autore nell'ambiente telematico: i soggetti pubblici coinvolti e il coordinamento tra gli stessi. 5. Esiste l'esigenza di un ribilanciamento degli interessi e di una nuova giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale? 6. Il carattere indiretto dell'interesse pubblico nella giuridificazione del diritto d'autore.

## LA GIURIDIFICAZIONE DEGLI ORDINI PROFESSIONALI di Andrea Fantin

1. Premessa. 2. La fase ascendente della giuridificazione degli ordini professionali. Dal riconoscimento di un'identità culturale degli appartenenti alla regolamentazione privatistica del fenomeno. 3. L'assorbimento degli ordini professionali nell'ordinamento statale. Dalla prima normativa di settore in Italia alle corporazioni fasciste. Prime conclusioni sulle ragioni della giuridificazione degli ordini. 4. Gli ordini professionali nell'ordinamento repubblicano dalla Costituzione ad oggi. 4.1 I principi costituzionali. 4.2 Gli ordini professionali nel codice civile. 4.3 Le leggi istitutive degli ordini professionali. Organizzazione e funzioni. 4.4 La legge 14 gennaio 2013, n. 4 sulle professioni non organizzate in ordini e collegi. 5. L'incidenza della normativa comunitaria sulla disciplina dell'attività professionale e degli ordini. 6. Considerazioni conclusive: ipotesi per una nuova giuridificazione degli ordini professionali.

## IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA GIURIDIFICAZIONE DEL DIRITTO TRIBUTARIO di Francesco Farri

1. Il peculiare atteggiarsi della giuridificazione pretoria nel diritto tributario. 2. Giuridificazione da parte della Corte costituzionale. 2.1 Abolizione della regola del *solve et repete*. 2.2 Intervento sulle Commissioni Tributarie. 3. Giuridificazione da parte dei giudici comuni. 3.1 La vicenda della solidarietà nel diritto tributario. 3.2 Il processo tributario. 4. Giuridificazione promossa dalle corti sovranazionali. 4.1 Principio del contraddittorio e tutela immediata nella fase istruttoria. 4.2 La nuova frontiera dell'abuso del diritto. 5. Gli interrogativi sottesi al problema posto dalla nuova frontiera.

## LA GIURIDIFICAZIONE DELL'AMBIENTE di Annalaura Giannelli

1. Premessa: la recente 'scoperta' dell'ambiente da parte del giurista. 2. La giuridificazione o le giuridificazioni? Puntualizzazioni introduttive, 3. L'ambiente come valore costituzionale. 4. L'ambiente come materia. 5. L'ambiente come bene giuridico. 6. Conclusioni.

## LA GIURIDIFICAZIONE DELLO SPORT di Giuseppe Manfredi

1. Una chiave di lettura: la dialettica tra Stato e gruppi sportivi. 2. Le origini: il diritto degli organismi sportivi; l'iniziale irrilevanza per il diritto statale delle norme emanate dagli organismi sportivi; una globalizzazione *ante litteram*? 3. I primi interventi di giuridificazione statale del periodo totalitario, in fun-



zione della rilevanza politico-sociale del fenomeno sportivo, ai fini della creazione del consenso; la legge n. 426 del 1942 e la pubblicizzazione del CONI. 4. I primi decenni repubblicani: la perdurante vigenza della legge n. 426 del 1942; il 'primato del diritto sportivo' e la parziale battuta d'arresto del processo di giuridificazione statale. 5. La prosecuzione del processo di giuridificazione statale negli ultimi decenni: in particolare, in funzione dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e della crescente rilevanza economica dell'attività sportiva. 6. Considerazioni di sintesi: l'assorbimento delle norme emanate dagli organismi sportivi nel diritto statale; l'alternativa pubblico/privato. 7. (*segue*) Il ruolo del diritto internazionale, del diritto comunitario, del diritto sovranazionale e globale; il ruolo della dottrina e della giurisprudenza.

IL PROCESSO DI 'GIURIDIFICAZIONE' DELLA PROTEZIONE DEGLI ANIMALI DALL'UNITÀ AD OGGI di Giovanni Martini

1. Premessa. 2. La prima 'giuridificazione' della protezione degli animali. 2.1 Le origini della disciplina. 2.2 La legislazione. 3. L'evoluzione della disciplina nazionale in materia di protezione animale: a) fino alla Costituzione del 1948. 3.1 La legislazione. 3.2 La giurisprudenza. 3.3 Le ragioni. 4. (*segue*) b) Dalla Costituzione all'oggi. 4.1 La disciplina costituzionale. 4.2 La legislazione nazionale. 4.3 La legislazione regionale. 4.4 La disciplina sovranazionale: la protezione degli animali nei trattati internazionali. 4.5 La normazione europea. 5. La giurisprudenza nazionale. 6. La giurisprudenza europea. 7. Le ragioni: la (difficile) configurazione della soggettività animale. 8. Brevi osservazioni conclusive.

LA GIURIDIFICAZIONE DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI di Francesco Midiri

1. La protezione della *privacy* nell'ordinamento statunitense. 2. La protezione della 'vita privata' nell'ordinamento internazionale. 3. La protezione della 'vita privata' nella Convenzione europea sui diritti umani e nella Convenzione n. 108 dell'1981 del Consiglio di Europa. 4. La disciplina della *data protection* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. La protezione dei dati personali nella normativa comunitaria. 6. La protezione dei dati personali nell'ordinamento italiano. 7. I caratteri della giuridificazione della protezione dei dati personali.

LA CONCORRENZA: ITINERARI DI UNA GIURIDIFICAZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO di Samuel Cornella, Silvia Pellizzari

1. Introduzione. 2. La disciplina antitrust di cui alla l. n. 287/90. 3. Concorrenza nel mercato. 4. Concorrenza per il mercato. 5. Tutela della concorrenza e interes-

si privati. 6. Il *private enforcement* della disciplina antitrust. 6.1 Interessi tutelati e rimedi esperibili. 6.2 Il rapporto tra *public* e *private enforcement*. 6.3 La tutela dell'interesse privato nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM. 7. La concorrenza nel mercato: regolazione pubblica e interessi privati. 8. La concorrenza per il mercato: gli interessi delle imprese nelle gare pubbliche. 9. Conclusioni.

#### LA GIURIDIFICAZIONE DEL SETTORE ALIMENTARE di Margherita Ramajoli

1. I tempi della giuridificazione. 2. I livelli di giuridificazione. 3. Le ragioni della giuridificazione. 4. Le modalità della giuridificazione. 5. Giuridificazione e identità culturale tra integrazione e differenziazione.

#### LA GIURIDIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE IN ITALIA di Anna Simonati

1. La 'tempistica' della giuridificazione in Italia. 2. La parità di genere nel contesto culturale sovranazionale. 3. La *ratio* della giuridificazione, fra tutela dell'individuo e dell'interesse pubblico. 4. Le 'componenti' della giuridificazione. 5. Il possibile impatto dell'indagine scientifica non giuridica (cenni). 6. Il metodo e l'esito della giuridificazione, fra corsi e ricorsi storici: un *work in progress* ancora incompiuto.

#### L'AUTODISCIPLINA DELLE FORMAZIONI SOCIALI di Serena Stacca

1. La progressiva codificazione delle regole di condotta come transito dell'etica nel diritto. 2. Quando. 3. Perché. 3.1 L'esigenza di garantire l'effettività dei comportamenti. 3.2 L'esigenza di legalità. 4. Come: il raccordo con il sistema delle fonti. 5. La natura delle regole contenute nei codici di comportamento dei gruppi sociali e il contributo alla giuridificazione della dottrina e della giurisprudenza. 5.1 Espressioni di *soft law*: la funzione ermeneutica dei codici di condotta. 5.2 Espressioni di autonomia privata: regole pattizie a efficacia *inter partes*. 5.3 (*segue*) Espressioni di autonomia normativa dei gruppi organizzati: fonti del diritto. 6. L'altra faccia della giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali: la obbligatorietà delle condotte e la loro punibilità. 7. Gli sviluppi della attrazione nella dimensione giuridica: la progressiva applicazione dei principi generali dell'ordinamento all'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare: qualità e quantità di applicazione del diritto. 8. La tutela giurisdizionale (davanti agli organi dello Stato). 9. I principi del potere sanzionatorio: il giusto processo e il giusto procedimento. 10. Verso il principio di tassatività degli illeciti.

LA GIURIDIFICAZIONE DEL CANONE DELL'EFFICIENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE di Riccardo Ursi

1. Di cosa parliamo quando parliamo di efficienza della pubblica amministrazione? 2. L'efficienza-legalità nell'esperienza dello Stato liberale. 3. Lo Stato sociale e l'efficienza come effettività. 3.1 La costituzionalizzazione delle regole di buona amministrazione. 3.2 Il Rapporto Giannini e le mancate riforme degli anni Ottanta. 4. L'efficienza 'europea'. 4.1 L'amministrazione di risultato. 4.2 L'era della riforma permanente. 4.2.1 L'efficienza promossa. 4.2.2 L'efficienza imposta. 5. La riforma dell'art. 97 Cost. e l'avvento dell'economicità. 6. Il legalismo dell'efficienza.

COMMENTI

NOBILTÀ E MISERIE DELLA GIURIDIFICAZIONE di Marco D'Alberti

1. Estensione e tipologie della giuridificazione. 2. Effetti della giuridificazione. 3. Giuridificazione devastante. 4. Giuridificazione ineffettiva. 5. Giuridificazione squilibrata. 6. Conclusioni.



## PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

