

Rivista N°: 4/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 10/10/2014

AUTORE: Massimo Luciani*

GARANZIE ED EFFICIENZA NELLA TUTELA GIURISDIZIONALE **

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

1. Il problema dell'efficienza nella giurisdizione

1.1.

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

La prima è che l'emersione costituzionale dell'efficienza si compie all'art. 97, laddove si stabilisce il principio del "buon andamento" dell'amministrazione¹, e che il rapporto fra art. 97 e attività giurisdizionale è complesso. La Corte costituzionale ha parlato di "*buon andamento dell'amministrazione della giustizia*", affermando anche che si tratta di un "*servizio pubblico essenziale*"², ma la peculiarità dell'amministrazione della giustizia non le è sfuggita,

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma — massimo.luciani@uniroma1.it

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

² Sent. n. 171 del 1996.

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

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

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

La seconda ragione è che nel diritto pubblico l'efficienza si predica, appunto, delle funzioni (meglio: del loro esercizio) e che la Costituzione mostra di avere della giurisdizione un concetto più complesso. È noto che la sua riduzione a funzione avrebbe potuto contare sull'autorità di Hegel, che, nei *Lineamenti di filosofia del diritto*⁶, negava la divisione dei poteri in quanto divisione (in quanto - cioè - "autonomia assoluta dei poteri, l'uno di fronte all'altro"), capace di distruggere l'unità dell'organizzazione statale⁷, e proponeva di intendere quelli che per Locke e per Montesquieu erano - appunto - "poteri" come mere "funzioni", e cioè come modalità di manifestazione esterna della non discussa unità dello Stato. Non solo: sempre distaccandosi dalla fortunata sistemazione montesquieuiana, Hegel identificava come poteri/funzioni il legislativo, l'esecutivo e il sovrano, affidando al secondo la "sussunzione delle sfere particolari e dei casi singoli sotto l'universale"⁸, e precisando sia che "dalla decisione è distinta l'esecuzione" (consistente nella "applicazione delle decisioni del principe"),

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

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

⁵ V. il par. 4.

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

⁷ *Lineamenti*, cit., §272.

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

sia che “questo compito della sussunzione in generale comprende in sé il *potere governativo*, nel quale sono compresi il *potere giudiziario* e quello di *polizia*”⁹.

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

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

b) deve essere ben distinto dall’amministrazione¹¹, ma secondo una concezione che, pur discostandosi da quella hegeliana, non si avvicina a quella medievale (nella quale, come notano le ricostruzioni più raffinate, la *iurisdictio* non solo era affiancata al *gubernaculum*, ma racchiudeva in sé l’essenza della sovranità)¹², bensì a quella - ormai dominante - lockeana e montesquieuiana, nella quale il vertice delle manifestazioni della sovranità è la legislazione (anche questo in forza di una sistemazione - quella bodiniana - indiscussa e tipica della modernità)¹³;

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

Tutto questo spiega la ritrosia delle fonti costituzionali a valutare la giurisdizione in termini di efficienza e spiega anche perché nelle fonti legislative (peraltro largamente anticipate da significativi spunti della giurisprudenza) troviamo un paradigma diverso, qual è quello

⁹ Lineamenti, cit., §287.

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

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

¹² C.H. MCILWAYN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1947, trad. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, spec. 98.

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

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

della “effettività della tutela giurisdizionale”. Spiega, poi, perché possano destare interrogativi e perplessità quei passaggi, che pur s’incontrano nel percorso giurisprudenziale, nei quali effettività ed efficienza sembrano subire processi di sovrapposizione e di confusione. La differenza concettuale non implica, però, un parallelo distacco pratico: vedremo anzi, nelle conclusioni, che l’efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell’effettività (della tutela).

2. L’“effettività della tutela giurisdizionale”.

Nella legislazione nazionale (prescindo, dunque, dalla CEDU e dalla normazione primaria dell’Unione, in cui, pure, l’art. 19 del TUE dispone chiaramente che “*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione*”), la formula “effettività della tutela” (salvo il precedente impiego di formule analoghe, usate specie nel contesto dell’esecuzione del diritto internazionale)¹⁵ è stata introdotta, in un primo tempo, con riferimento alla sola definizione di alcune controversie *stragiudiziali*, come quelle previste dall’oggi abrogato art. 8, comma 2, del d. lgs. 28 luglio 2000, n. 253¹⁶, in materia di bonifici transfrontalieri, e dall’art. 29 della l. n. 262 del 2005, che ha introdotto il nuovo art. 128-*bis* del T.U.B., relativo alle controversie tra i clienti e le banche o gli intermediari finanziari¹⁷.

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

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

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

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

to, perché impiegata dalla Delibera 6 novembre 2008, n. 60, del Garante per la protezione dei dati personali (recante il “Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria”)¹⁸, ha stabilito che “*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”. Contemporaneamente alla legge di delegazione sul processo amministrativo, anche all’art. 44 della l. 7 luglio 2009, n. 88, recante “Delega al Governo per l’attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”, ha stabilito che i decreti legislativi attuativi devono assicurare, fra l’altro, il “*rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo*”.

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

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

2.1. Il suo fondamento.

Quanto al fondamento, pur limitandosi alla giurisprudenza amministrativa (visto che - come accennato - è proprio nel c.p.a. che il principio trova specifica ospitalità) e in particolare a quella del Consiglio di Stato, potremmo dire che ce n’è davvero per tutti i gusti.

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

- sarebbe un principio “*immanente nell’ordinamento*”, già prima - anzi - del c.p.a.¹⁹;

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

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

- sarebbe un “diritto costituzionale”²⁰;
- sarebbe “di rilievo comunitario”²¹.

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

- sull’art. 24 Cost.²²;
- sull’art. 97 Cost.²³;
- sugli artt. 3 e 24 Cost.²⁴;
- sugli artt. 24 e 111 Cost.²⁵;
- sugli artt. 24 e 113 Cost.²⁶;
- sugli artt. 24, 103 e 113 Cost.²⁷;
- sugli artt. 24, 111 e 113 Cost.²⁸;
- sempre sugli artt. 24, 111 e 113 Cost., ma anche sull’art. 6 CEDU e su ciò che si tratterebbe di un principio “di rilevanza comunitaria”²⁹;
- sull’art. 24 Cost. e sugli artt. 6 e 13 CEDU, “divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009”³⁰;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220. L’affermazione, è evidente, comporta il rovesciamento della sistematizzazione operata dalla Corte costituzionale con le sentt. nn. 347 e 348 del 2007, che - come è noto - hanno escluso la possibilità, per il giudice comune, di disapplicare la legge nazionale per violazione delle norme convenzionali (da assumere solo come paradigmi “interposti”). Più di recente, v. anche la sent. n. 80 del 2011: “si

- sugli artt. 24 Cost. e 6 CEDU³¹;
- sugli artt. 24 Cost. e 13 CEDU³²;
- sugli artt. 24 Cost. e 6 e 13 CEDU³³;
- sugli artt. 24, 103 e 113 Cost., e sugli artt. 6 e 13 CEDU³⁴;
- “anche” sul diritto comunitario e sull’art. 6 CEDU³⁵.

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

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

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

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

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

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

deve [...] escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, omissis medio, le norme interne ritenute incompatibili con l’art. 6, paragrafo 1, della CEDU”. In dottrina, l’applicazione diretta della CEDU è auspicata, ad es., da A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 1 sgg., che vede nell’ord. n. 223 del 2014 una sorta di apertura in questa direzione. Non è questa la sede per mettere in luce i pericoli di una simile prospettiva. Risulta però chiaro, mi sembra, dalla generale impostazione di questo scritto, che qui si muove da premesse teoriche del tutto alternative.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Anche per quanto riguarda la Corte dei conti, in genere il principio si dà per scontato; talvolta lo si collega agli artt. 113 Cost. e 6 e 13 CEDU⁴⁷ o agli artt. 24 e 111 Cost.⁴⁸; talaltra si postula una sua diversità dal (ancorché compatibilità con il) principio della ragionevole durata del processo (che si fonderebbe sull'art. 111 Cost.)⁴⁹; infine, si usa taluna delle formule difficilmente interpretabili che già si sono ricordate (come “*Una diversa valutazione [...] contrasterebbe con l'art. 24 e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale [...]*”)⁵⁰.

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ Sent. 19 aprile 2002, n. 5730.

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ Sent. n. 349 del 1987.

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

⁵⁵ Sent. n. 119 del 2013.

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

Incertezze giurisprudenziali comprensibili, si diceva, ma non per questo prive di problematicità, perché fondare il principio sull'uno o sull'altro parametro ne condiziona - ovviamente - il regime. Così, postularne un radicamento costituzionale piuttosto che eurounitario o convenzionale implica - a tacer d'altro - la conseguenza che il principio potrebbe essere inserito fra quelli ("fondamentali" o "supremi") che caratterizzano la nostra forma di Stato in modo così profondo da sottrarsi alla revisione costituzionale, il che è logicamente impossibile nell'ipotesi in cui si preferisca la sua fondazione extracostituzionale. Non è innocente neppure la scelta fra i trattati UE o la CEDU, almeno se si continua a ritenere (come sarebbe doveroso, per rispettare l'art. 11 Cost.) che i rapporti fra ordinamento eurounitario e ordinamento nazionale siano retti ancora dal principio di competenza e non da quello gerarchico (in chiaro: appoggiandosi ai primi, il raggio di applicazione del principio si accorcia, essendo ridotto al pur ampio spazio delimitato dalle competenze dell'Unione). E innocente non è nemmeno la scelta dell'uno o dell'altro parametro costituzionale: agganciarsi all'art. 97 o all'art. 3, specie al suo comma 2⁵⁷, significa (oltre che richiamare - alludo all'art. 97 - una disposizione inconfidente per le ragioni già viste in apertura) postulare una fondazione del principio su esigenze *oggettive* e generali dell'ordinamento; agganciarsi agli artt. 24, 103 o 113, invece, vuol dire postularne la fondazione su esigenze *soggettive*, nel senso che il principio viene legato alla condizione dei singoli e non si connette direttamente a quelle dell'ordinamento nel suo complesso. Più problematico il richiamo all'art. 111, perché il principio del giusto processo, ivi formalizzato, presidia allo stesso tempo un interesse oggettivo dell'ordinamento e una pluralità di diritti soggettivi delle parti del processo.

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

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

2.2. Il suo contenuto. Profili generali.

Anche quanto al contenuto del principio non v'è grande chiarezza. Ne mancano, in verità, astratte definizioni giurisprudenziali, sicché si è costretti a desumerlo più dalla prassi applicativa che dalle affermazioni generali. Una pista significativa, nondimeno, ci è offerta,

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

già prima della legislativa positivizzazione del principio, da una pronuncia costituzionale nella quale si è scritto ch'esso "*vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione*"⁵⁸.

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

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

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 63 del 1982.

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

⁶⁰ È scoperta l'allusione ad alcune problematiche pagine di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Deuticke, 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1970, 47: la dottrina pura del diritto "vuole liberare [...] la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei"; "la modificazione della norma fondamentale è successiva alla modificazione dei fatti che si considerano produzione ed applicazione delle norme giuridiche valide [...]. Il principio di legittimità è limitato dal principio dell'effettività" (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, trad. it. di M. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 237 sg.); "sono [...] presupposte come effettivamente valide solo le norme giuridiche le cui rappresentazioni siano efficaci. Se le norme - e in particolar modo le norme giuridiche - hanno un contenuto tale che le relative rappresentazioni rimangono completamente inefficaci, allora anche la teoria del diritto non presuppone tali norme come valide" (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, trad. it. di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, 60); "presupporre [...] come diritto positivamente vigente un ordinamento di regola efficace non è un mero fatto, è anche un postulato, è in qualche senso dovuto, comandato [...] nel campo della riflessione normativa o valutazione, si può riconoscere valida un'esigenza che ci determina nella scelta dei presupposti [...] in modo che il contenuto dell'ordinamento presupposto valido collimi il più possibile col contenuto di quanto effettivamente accade" (H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, trad. it. di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, 142 sgg.).

dell'ordinamento in quanto ordinamento, si badi, non la sua validità⁶¹ del fatto non costituisce per nulla una di quelle che Moore avrebbe denominato fallacie naturalistiche⁶², né si risolve nella critica alla nota dottrina humeana della non derivabilità del valore dal fatto⁶³. Quella dottrina, infatti, si colloca all'incrocio fra etica e conoscenza, risolvendosi - come è stato esattamente osservato - nel *dictum* che "nessuna proposizione etica (esprimente valutazioni e norme, morali, politiche, ideologiche, ecc.) è derivabile da un insieme di premesse costituito esclusivamente da proposizioni aletiche (esprimenti un atto di conoscenza, fattuale, scientifica, metateorica, ecc.)"⁶⁴. Dire che è legittimo quell'ordinamento che esiste nel fatto, invece, non attiene alla dimensione etica, ma a quella giuridica, e se la "legge di Hume" si oppone alla fallacia della *giustificazione* naturalistica (che opera la derivazione, ripeto, di un dover essere da un essere)⁶⁵, la giustificazione cui appunto si oppone è d'ordine etico, non giuridico⁶⁶. Giuridicamente, la legittimità dell'ordinamento non significa altro che la sua *positività*. Ed è appunto la positività che è "legata alla effettività"⁶⁷.

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 25 sg.

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

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

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

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

A ben vedere, il collegamento fra il diritto e il fatto è un portato della modernità⁷² e della crisi delle grandi fondazioni etico-religiose. Vi si leggono, in trasparenza, il legato dell'individualismo creativo rinascimentale, per come interpretato soprattutto da Machiavelli (con la sua "disposizione spirituale prometeica")⁷³, l'ambizione illuministica di tradurre l'individualismo in sociale progettualità politica, in pratica di liberazione dai vincoli del passato e di capacità dei popoli di forgiarsi, da soli, il loro destino, e un'implicita premessa contrattualistica (che vuole il diritto e la stessa comunità politica un prodotto del comune consenso), sulla quale torneremo più avanti. La dottrina del potere costituente⁷⁴ non è altro che lo strumento teorico che, grazie a Sieyès, è stato elaborato per dar conto della grande trasformazione storica determinata dall'affermazione del principio di sovranità popolare. Checché se ne pensi, si tratta di una dottrina liberal-costituzionale⁷⁵, figlia della stessa cultura e delle stesse aspirazioni politiche delle dichiarazioni dei diritti⁷⁶, comportante un'implicita valenza garantista che oggi si ha difficoltà a cogliere solo a causa - da un lato - degli eccessi di alcuni suoi seguaci, che hanno immaginato un potere costituente illimitato, capace di svincolarsi anche dai condizionamenti della storia, e - dall'altro - dell'inadeguatezza dell'attuale cultura giuridica, specie costituzionalistica, che sembra non conoscere più l'origine degli istituti e arretra spaventata di fronte al potere, incapace di cogliere il suo volto salvifico⁷⁷, oltre quello (per dirla con Gerhard Ritter) "demoniaco".

Quando ci si riferisce all'effettività, insomma, non si postula un semplice collegamento con il fatto, ma un collegamento che implica l'accettazione delle premesse della modernità, che segnano un complesso intreccio fra pretese ordinanti della collettività e radicamento individuale del processo costitutivo di quella pretesa (in quanto "democratico"). Allorché si parla di "effettività della tutela giurisdizionale", però, si opera un parziale scarto. Come è noto, nel linguaggio giuridico, "effettività" è carattere che si predica, in genere, dell'ordinamento nel suo complesso, mentre quando ci si riferisce ad un elemento singolo (in genere ad una norma) si parla di "efficacia"⁷⁸. Mi sembra evidente, dunque, che la locuzione utilizzata dal nostro diritto positivo dovrebbe essere tradotta come "efficacia della tutela giurisdizionale"

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

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

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

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

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

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

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

(tanto che solo per un doveroso ossequio al linguaggio normativo si deve continuare ad utilizzare la formula legislativa)⁷⁹. È proprio perché si tratta di *efficacia* della tutela che si può porre, in astratto, un problema di *efficienza* della giurisdizione che l'assigura, visto che uno dei sensi in cui il lemma efficacia viene utilizzato nel linguaggio giuridico è "l'attitudine di una norma di realizzare il valore dell'efficienza economica in generale, o di realizzare lo scopo specifico dell'atto normativo stesso nel modo più «economico» possibile (vale a dire con l'uso ottimale delle risorse disponibili)"⁸⁰. Di questo, però, si dirà in sede di conclusioni.

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

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

Se passiamo all'atteggiamento della giurisprudenza, restiamo impressionati dalla molteplicità dei casi in cui al paradigma dell'effettività della tutela sono stati collegati istituti giuridici, principi, massime comportamentali, criteri di risoluzione delle controversie. Non è certo casuale che gli indirizzi più ricchi si siano maturati nella giurisprudenza amministrativa: che sia così lo spiegano la storia (è stato il giudice amministrativo a dover emanciparsi dal compito di assicurare la giustizia "nella" amministrazione e crearsi il compito di imporre la giustizia "alla" amministrazione) e l'attualità (è nel codice del processo amministrativo che - come si è visto - l'effettività della tutela è stata positivizzata con specifica prescrittività). È bene limitarsi, dunque, proprio alle decisioni del giudice amministrativo e, per semplicità, alle

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

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

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

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

pronunce del Consiglio di Stato. Anche in questo modo, però, il campo resta immenso e l'elenco che segue non può avanzare alcuna pretesa di completezza.

Ebbene, a quel paradigma sono stati ricondotti: in via generale, il “percorso evolutivo che ha accompagnato il giudizio amministrativo nella direzione di una «giurisdizione piena», percorso contrassegnato da una crescita progressiva degli strumenti di azione delle parti e dei poteri di cognizione dell'organo giudicante”⁸³; l'ammissibilità (ormai da ritenersi, dopo il c.p.a., una certezza “inossidabile”)⁸⁴ delle azioni atipiche⁸⁵, ovvero l'interpretazione ampliata delle azioni tipiche⁸⁶; la previsione del giudizio di ottemperanza⁸⁷, così come la congrua definizione dei poteri del giudice amministrativo in quella sede⁸⁸ e l'obbligazione dell'amministrazione di conformarsi al dictum del giudice⁸⁹, nel contesto di un integrale ripensamento dei tratti caratteristici di tale giudizio (che sembra essere quello che ha conosciuto l'evoluzione più significativa)⁹⁰; l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per la restituzione di

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

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

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

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

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

⁸⁸ Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

⁸⁹ Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539.

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

È interessante notare, però, che se la nuova configurazione dell'ottemperanza si radica nell'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale (“il giudizio di ottemperanza [...] presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, [...] che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell'ottemperanza il giudice competente [...]” (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, ma v. anche Sez. IV, 23 aprile 2013, n. 2260; Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 199), non mancano casi in cui si avverte che l'aumento dei poteri del giudice dell'ottemperanza potrebbe anche metterla in discussione. Così, ad esempio, si scrive che “il giudice dell'ottemperanza è chiamato non solo alla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione [...], ma anche ad apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto per stabilire in concreto se il ripristino della situazione soggettiva, sacrificata illegittimamente, come definitivamente accertato in sede di cognizione, sia compatibile con lo

somme anche nei confronti di un'amministrazione diversa da quella che era stata parte del giudizio di legittimità⁹¹; l'obbligo dell'amministrazione di adeguare, a seguito di annullamento di un suo atto, lo stato di fatto e di diritto alla situazione antecedente l'emanazione dell'atto annullato⁹²; il diritto del cittadino ad ottenere il bene della vita oggetto di un giudizio di accoglimento⁹³, così come la legittimazione all'impugnazione di una sentenza che non abbia assicurato il bene della vita reclamato⁹⁴; la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione risarcitoria⁹⁵; la sussidiarietà della tutela risarcitoria rispetto a quella restitutoria⁹⁶ e l'esplicita preferibilità della seconda alla prima⁹⁷; il riconoscimento al giudice amministrativo di poteri più ampi - comprensivi dell'accertamento nel merito della pretesa del ricorrente - di fronte al silenzio della p. A.⁹⁸; il pieno - sebbene logico, non arbitrario e condizionato dal limite che il giudice non può sostituirsi alla p. A. - sindacato sulla discrezionalità tecnica⁹⁹; la decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento amministrativo dal giorno della conclusione delle formalità pubblicitarie, anche in sede europea¹⁰⁰ e comunque, nel caso di atti aventi destinatari specifici, dal giorno in cui esso è portato alla loro altrettanto specifica

stato di fatto e/o diritto prodottosi medio tempore", ma si ha cura di precisare che "una simile ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza [non] implica un inammissibile *vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, trattandosi piuttosto del naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo [..]*" (Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3468, ma v. anche, sul rischio di quel *vulnus*, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 898; Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 416; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1256).

⁹¹ Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4934.

⁹² Sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2106.

⁹³ Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2789.

⁹⁴ Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7442.

⁹⁵ Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169.

⁹⁶ Sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5359; Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280; Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960; Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6425; Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2555; Sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309; Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744; Sez. III, 4 settembre 2013, n. 4408. È interessante ricordare che la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare la sua residualità nella sent. n. 49 del 2011.

⁹⁷ Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490.

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

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

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

conoscenza¹⁰¹; l'intangibilità del giudicato¹⁰², anche a fronte di interventi legislativi retroattivi¹⁰³; l'inefficacia sopravvenuta del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione¹⁰⁴; la scusabilità dell'errore¹⁰⁵; il ricorso del terzo avverso l'immutazione dello status quo ante a seguito di una d.i.a.¹⁰⁶ o di altro titolo abilitativo¹⁰⁷; la legittimazione al ricorso giurisdizionale di chi ha partecipato al procedimento amministrativo - se titolare di una situazione giuridica qualificata -, non essendo tale partecipazione sufficiente ad assicurare la tutela dei suoi interessi¹⁰⁸; la scrutinabilità nel merito (in quanto infondato) di un ricorso inammissibile¹⁰⁹; l'esigenza (già affermata dalla Corte di giustizia) che tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto passi un tempo adeguato¹¹⁰; il principio di preclusione del contrasto fra giudicati¹¹¹; la limitazione dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario ai casi di identità o stretta consequenzialità degli atti impugnati¹¹²; la rinnovabilità degli atti di un concorso nonostante il notevole lasso di tempo intercorso tra la nomina dei vincitori e il suo annullamento¹¹³; la conversione del rito¹¹⁴; la concentrazione della tutela (nella specie: risarcitoria) davanti ad un unico giudice¹¹⁵; l'istituto della notifica per pubblici proclami¹¹⁶; l'ammissione di censure generiche nel contenzioso elettorale, di particolare complessità per il ricorrente¹¹⁷; la

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

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

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

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

¹⁰⁵ Sez. VI, 10 gennaio 2005, n. 4; Sez. V, 21 giugno 2005, n. 3268; Sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026; Sez. V, 23 maggio 2006, n. 3043; Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 400; Sez. IV, 6 maggio 2008, n. 2037; Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2865; Sez. V, 10 marzo 2009, n. 1381; Sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1853; Sez. V, 15 luglio 2014, nn. 3708, 3709 e 3710, nonché, con significativi *caveat* sulla concessione del beneficio, Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; Sez. VI, 15 novembre 2011, nn. 6018 e 6019; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127; Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2155; Ad. Plen., 9 agosto 2012, n. 32; Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5844; Sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 305; Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 394; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3801; Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5263.

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

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

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

¹⁰⁹ Sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1415.

¹¹⁰ Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2846.

¹¹¹ Sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4041.

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

¹¹³ Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1522.

¹¹⁴ Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1590.

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

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

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

necessità della congrua conoscenza del rischio della perenzione¹¹⁸; la sufficienza dell'istanza di fissazione di udienza al fine della ripresa del processo amministrativo sospeso¹¹⁹; l'interesse a contestare la decisione dell'amministrazione di scegliere un socio privato senza gara pubblica¹²⁰; l'interesse strumentale all'integrale riedizione di una procedura di gara¹²¹; la possibilità di scegliere se esaminare prima il ricorso principale o quello incidentale¹²²; la necessità di non intendere formalisticamente la nozione di ricorso cumulativo ammissibile¹²³; la possibilità di modulare nel tempo gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo¹²⁴; l'illegittimità della definizione di una gara nell'imminenza della decisione del giudice amministrativo sulla sua contestazione¹²⁵; la delimitazione rigorosa della fattispecie dell'atto politico¹²⁶; la procedibilità dell'appello proposto come principale quando avrebbe dovuto essere incidentale¹²⁷; la tesi che "titolare di una posizione qualificata di interesse antitetica a quella del ricorrente non è [...] solo chi abbia conseguito un vantaggio specifico per effetto dell'atto impugnato ma anche chi, per effetto dell'atto negativo gravato, abbia evitato un pregiudizio specifico"¹²⁸; la possibilità di tenere conto, in una sentenza, di altra sentenza già resa dal medesimo collegio, ancorché non ancora pubblicata¹²⁹; il principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici, che comporta la necessità di non estendere l'annullamento al di là di quanto è necessario¹³⁰; la drastica limitazione delle ipotesi dell'assorbimento dei motivi¹³¹; il carattere non necessario della prova della colpa dell'amministrazione nell'azione risarcitoria a seguito del mancato affidamento di una gara¹³²; l'ammissibilità dell'introduzione di censure di incostituzionalità nel corso del giudizio, almeno a fronte di sentenze caducato-

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

¹¹⁹ Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

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

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

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

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

¹²⁴ Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

¹²⁵ Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3004.

¹²⁶ Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

¹²⁷ Sez. VI, 9 agosto 2011, n. 4722.

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

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

¹³⁰ Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332.

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

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

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

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

2.4. Il suo contenuto. Profili problematici.

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

Non basta. La Corte costituzionale, posta di fronte alla delicata questione della c.d. tutela multilivello dei diritti, ha affermato che *"il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa"*¹³⁸. E ha anche precisato che *"la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale con-*

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

¹³⁴ Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1669.

¹³⁵ Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362.

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

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

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

flitto tra loro”, sicché è doveroso “evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”. Conclusivamente, “Il risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”. Ora, in questo modo la Corte ha finalmente preso atto di un serio problema che solo una parte minoritaria della dottrina aveva segnalato: che nessun ampliamento del catalogo dei diritti è senza costo, non solo e non tanto perché ogni nuovo diritto aumenta le posizioni di svantaggio e soggezione che sono funzionali al suo soddisfacimento, ma anche e soprattutto perché quel nuovo diritto altera la posizione relativa dei diritti preesistenti, spostando i termini del bilanciamento al quale sono destinati in caso di conflitto con altri diritti o valori concorrenti. La soluzione data a tale problema, però, non è del tutto soddisfacente.

Che significa “risultato complessivo”? È davvero possibile calcolare “nel complesso” le garanzie offerte da un ordinamento? Come si fa a raffrontare il “plus” di tutela offerta ad una situazione soggettiva con il “minus” che ne deriva per quelle che le si oppongono? E non si rischia, infine, di far subire al principio di massimizzazione della tutela la stessa sorte del principio di progressività delle imposte, che, proprio perché inteso in senso “complessivo” (una costante giurisprudenza costituzionale, come è noto, afferma da tempo che “ai sensi dell’art. 53, secondo comma, Cost., «i criteri di progressività» debbono informare il «sistema tributario» nel suo complesso e non i singoli tributi”)¹³⁹, ha finito per essere sostanzialmente disinnescato, visto che solo uno specifico tributo (per ragioni di rilevanza) può essere oggetto di una *quaestio de legitimitate*¹⁴⁰, ma che la declaratoria di incostituzionalità di un singolo tributo per difetto di progressività “complessivo” è quasi inconcepibile? La massimizzazione della tutela è principio interessante, dunque, ma scarsamente operativo.

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

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

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

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

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

Sembra d'essere di fronte ad un'endiadi quando si parla dei "*principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo*"¹⁴² o di un "*diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo e alla effettività della tutela giurisdizionale*"¹⁴³; quando si ha "*riguardo all'effettività ed alla celerità del bene - giustizia, di cui il legislatore non può non tener conto nel particolare momento storico*"¹⁴⁴; quando si evocano "*i criteri dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'economia processuale*"¹⁴⁵; quando si afferma che "*la valorizzazione del principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale esclude [...] che la dilatazione dei tempi procedurali dovuta all'illegittimità della condotta dell'amministrazione possa ritorcersi a danno del ricorrente vittorioso*"¹⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si ipotizza che la speditezza processuale sia un profilo interno della tutela giurisdizionale effettiva quando si dice di operare “*nel segno della effettività della tutela giurisdizionale, di cui è aspetto la ragionevole durata del processo*”¹⁵⁴, quando si dice che l’art. 111, comma 1, Cost., “*mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale*”¹⁵⁵, o quando si afferma che “*la durata del giudizio non deve per quanto possibile volgersi a danno del ricorrente venendo altrimenti lesa il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale*”¹⁵⁶.

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

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

ii) Quanto al giusto processo, il relativo principio è sovente proclamato “inscindibile” da quello dell’effettività della tutela¹⁶², altre volte lo si ritiene un profilo di quello dell’effettività

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Talvolta si parla in generale di *“contrapposti principi: legalità e certezza del diritto, effettività della tutela ed onere impugnatorio”*¹⁶⁸, o del fatto che *“non è sempre semplice conciliare l'interesse alla più ampia tutela degli interessati con l'esigenza di certezza del diritto”*¹⁶⁹, ovvero della necessità di un contemperamento tra esigenze di tutela effettiva e principio di certezza dell'azione amministrativa, sia in generale¹⁷⁰ che in riferimento a singole sue manifestazioni, come la segretezza delle offerte nelle pubbliche gare¹⁷¹ o come il principio della imparzialità-terzietà del giudice¹⁷², ma talaltra si coglie analiticamente la complessità della questione.

È significativo un caso in cui si è ritenuto di accogliere *“le impostazioni tradizionali nella giurisprudenza del Consiglio [di Stato], relative alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente”*, ma si è precisato che ne occorre un *“temperamento consistente nel riconoscimento della tutela della buona fede (e della salvezza dei diritti acquisiti in buona fede [...])”*, perché *“le vicende circolatorie dei beni non rispondono solo al principio consensualistico ma anche ai diversi principi della tutela dei*

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷¹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2142. La sent. Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088 va nella medesima direzione, ma precisa che l'interesse alla segretezza è recessivo rispetto a quello alla tutela effettiva.

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

*terzi, dell'apparenza del diritto, della rilevanza della buona fede, del formalismo giuridico, della certezza del diritto pure essenziali per il corretto funzionamento del mercato*¹⁷³. Non si poteva essere più chiari, sicché colpisce che in altra occasione, e sempre a proposito del rapporto fra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, si sia detto che *"il quadro delle soluzioni configurate dalla giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, si rivela composito ed articolato e, perciò, privo di quella necessaria coerenza e di quell'indispensabile sistematicità che, sole, in una fattispecie così rilevante, assicurano la certezza dei rapporti giuridici, l'uniformità delle relative regole di giudizio e, in definitiva, l'effettività della tutela giurisdizionale"*¹⁷⁴.

Come si vede, nemmeno sul terreno del rapporto tra i principi che reggono l'attività giurisdizionale si può contare su indicazioni univoche e si ha l'impressione che uno sforzo di pulizia terminologica e concettuale debba essere ancora compiuto. Paradigmatico, a questo proposito, mi sembra un passaggio di alcune pronunce (identiche) della Suprema Corte, nel quale si scrive che *"La matrice unitaria che giustifica le soluzioni di questi diversi casi, tra i quali si iscrive quello oggetto dell'odierna decisione, è fornita dai principi espressi dalla stessa giurisprudenza di questa Corte in riferimento al valore della concentrazione della tutela giurisdizionale, nel segno della sua effettività, nel quadro del principio costituzionale del giusto processo e come premessa di un più impegnativo corollario che è rappresentato dal principio di tendenziale unicità della giurisdizione al fine di non rendere difficile la tutela dei diritti (Cass., Sez. Un. 17 novembre 2011 n. 24078, 16 novembre 2007 n. 23731, 26 luglio 2005 n. 15660)"*¹⁷⁵. Così argomentando, mi sembra, la complessità del quadro costituzionale e legislativo va perduta e si genera la falsa impressione che tra i vari principi vi sia pacifica convivenza o - addirittura - piana sovrapposizione. Non è, invece, così e proprio la giurisprudenza, come si è cercato di indicare, posta di fronte alla concretezza dei casi della vita, lo dimostra limpidamente. Come districarsi, dunque, nella complessità?

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

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

Certo, il nitore delle strutture giuridiche dello Stato di diritto resta ineguagliato e al giurista contemporaneo può capitare di contemplarle con giustificato rimpianto: semplicità del

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

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

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

sistema delle fonti, governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge (fondato, come osservò puntualmente il primo Bobbio, sul *legalismo* e sullo *statualismo*)¹⁷⁶; conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge ad offrire presidio alle libertà individuali; morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa¹⁷⁷ e, legando la legge alla *ratio* e l'atto amministrativo ai motivi dell'agire pubblico, rifiutava le leggi provvedimento¹⁷⁸; saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo, non significativamente incrinata dagli eccessi della *Freirechtsbewegung*; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione, amministrativa o giurisdizionale che fosse.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La comprensione, anzitutto. Registriamo, in parte della dottrina (specie costituzionalistica) due atteggiamenti opposti, entrambi errati. Per un primo indirizzo, lo Stato costituzionale di diritto non sarebbe altro che il coerente svolgimento o completamento dello Stato di diritto, realizzato grazie alla “naturale” estensione alla legge della subordinazione al principio di legalità (stavolta costituzionale)¹⁸⁵. Per un secondo, la rottura con il passato sarebbe così netta che nessuno dei paradigmi orientativi dell'attività pratica nello Stato di diritto potrebbe più valere nella fase storica dello Stato costituzionale di diritto.

In realtà, lo Stato costituzionale di diritto non nasce *ex abrupto*, assidendosi sulle ceneri ancora calde dello Stato di diritto, né di questo si pone come il naturale sviluppo¹⁸⁶: se così fosse stato, un problema di rapporto tra legalità legale e legalità costituzionale non si sarebbe affatto posto, perché la legalità costituzionale avrebbe esaurito e assorbito in sé la

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

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

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

¹⁸⁵ V., ad es., R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, 58, ma in genere tutti gli autori che hanno visto nella giurisdizione costituzionale “la più alta espressione del principio di legalità” (così A. M. SANDULLI, *Funzione e posizione della Corte costituzionale italiana*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, I, 431).

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

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

Ed ora i costi. Questi stanno soprattutto dalla parte della certezza. Come è stato ampiamente rilevato (e già ben prima dei noti studi di Dworkin)¹⁹⁰, le costituzioni del secondo dopoguerra contengono, accanto a norme puntuali, dei più ampi principi regolatori dei rapporti sociali, nei quali si traducono i valori di riferimento di ogni singola comunità politica. La tecnica di normazione per principi implica un maggiore tasso di incertezza nel riferimento alla Costituzione e imporrebbe una salda distinzione tra *attuazione* e *applicazione* della Costituzione¹⁹¹, con la riserva della prima al legislatore e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisdizione, Senonché, in pratica, i confini si sono offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare (non solo applicare) i principi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa. La giurisdizione, così facendo, si è impossessata di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo (peraltro con la valida giustificazione della latitanza della politica)¹⁹² di identificare direttamente i tempi e i modi dell'attuazione costituzionale. Quel che più conta, si è così attivato un meccanismo che ha un prezzo significativo in termini di certezza: i principi costituzionali, per il loro carattere generico e indeterminato, richiedono di essere attuati gradualmente e in armonia con le esigenze del tempo: rassegnarsi all'inerzia del legislatore e

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

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

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

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

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

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

affidare queste esigenze al giudice significa privarsi della generalità e dell'astrattezza della scelta legislativa, aumentando l'imprevedibilità di statuizioni che, fatalmente connesse al caso singolo, lo risolvono in assenza della preventiva definizione di tutti i paradigmi decisionali.

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

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

Sia la dottrina costituzionalistica contemporanea che la giurisprudenza (costituzionale e non) si illudono, sovente, di risolvere tutti i casi difficili ricorrendo al *tópos* del bilanciamento. Bilanciare tra valori o principi¹⁹³ concorrenti o confliggenti: questo l'imperativo primario cui gli operatori giuridici sarebbero assoggettati nello Stato costituzionale di diritto, conformandosi al quale ogni problema di interpretazione e di applicazione sarebbe risolto. Non è questa la sede per mostrare perché e quanto si tratti, appunto, di un'illusione e basterà osservare che lo statuto storico, logico e - quindi - giuridico dei valori e dei principi non è il medesimo. Non si tratta certo di coltivare l'altra diffusa illusione dell'esistenza di valori non bilanciabili (l'esempio tipico sarebbe la dignità umana)¹⁹⁴, che risulta smentita dalla concreta osservazione dei singoli ordinamenti positivi, ma di cogliere la specificità dei singoli valori o principi, che condiziona la loro posizione all'interno di qualunque attività pratica di ponderazione.

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

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

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

¹⁹⁵ Una panoramica (anche) su questi usi linguistici è in A. V. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherung an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, Mohr - Siebeck, 2006, 543 sgg. V., per singoli contri-

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

Per esemplificare questa posizione c'è solo l'imbarazzo della scelta, ma qui mi limiterò a qualche passo particolarmente significativo. Così Platone, nelle *Leggi*, pone sul medesimo piano l'anarchia e il cattivo reggimento della cosa pubblica¹⁹⁸; Aristotele, pur nel contesto di una dottrina per la quale il fine dello Stato è il "vivere bene"¹⁹⁹, precisa che "la legge è ordine e, di necessità, la buona legge è buon ordine"²⁰⁰; per Dante "*pax universalis est optimum eorum que [sic] ad nostram beatitudinem ordinantur*"²⁰¹; San Tommaso si scaglia contro la sedizione, che "*proprie est inter partes unius multitudinis inter se dissentientes*", e che in particolare si verifica "*cum una pars civitatis excitatur in tumultum contra aliam*", mettendo a rischio un bene speciale, "*scilicet unitatem et pacem multitudinis*"²⁰²; gli stessi monarcomachi paragonano le obbligazioni del re a quelle del buon padre di famiglia o del tutore²⁰³, suggeriscono di tenere lo Stato alla "*bonne temperature*"²⁰⁴ e affermano che è Dio ad affidare al re il governo del popolo, ma "perché ne abbiano il carico e ne conservino il bene"²⁰⁵; Hobbes, ovviamente, constata che "l'osservanza delle leggi naturali è necessaria a conservare la pace, e che la sicurezza è necessaria all'osservanza delle leggi naturali", chiarendo che solo "un qualche potere comune" può consentire di "raggiungere quella sicurezza che si richiede per ottemperare alle leggi naturali" e che l'unione garantita da quel potere "si chiama Stato"²⁰⁶; Spinoza scolpisce la bronzea massima che "la virtù necessaria allo Stato è la sicurezza"²⁰⁷; Kant lega l'ordine del fatto all'ordine del diritto, scrivendo che "una qualsiasi costituzione legale, anche se solo in piccolo grado conforme al diritto, è sempre migliore che la mancanza di ogni costituzione"²⁰⁸. E su tutti sta Vico, nel quale l'intera lettura della storia

buti nazionali alla questione, *L'Annuaire international de justice constitutionnelle* 1999, Paris - Aix-en-Provence, Economica, 1999, 71 sgg., largamente dedicato, appunto, al tema "*Constitution et sécurité juridique*".

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

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

¹⁹⁸ L. I, 639 c, 4.

¹⁹⁹ *Politica*, III (Γ), 9; 1280 b.

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

²⁰¹ *Monarchia*, L. I, IV, 2, 3.

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

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

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

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

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

²⁰⁷ *Tractatus politicus*, I, 6.

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

umana si dipana nel segno della fuga dall'insicurezza (dalla folgore divina, cioè, e dalla violenza dei fuori-legge)²⁰⁹.

Senza Stato (comunità politica) non possiamo avere la pace; senza pace non v'è sicurezza; senza sicurezza non si dà certezza. In definitiva: certezza e idea stessa della stualità non sono pensabili separatamente²¹⁰. Sarà anche vero che leggere nella certezza la pace e la sicurezza è solo uno dei modi in cui è possibile intenderla²¹¹, ma questo a me pare il suo nucleo più saldo e riposto, sia storicamente che logicamente. Si potrebbe obiettare che proprio la storia smentisce questo collegamento e che prima dell'avvento dello Stato di diritto gli ordinamenti positivi non avrebbero davvero conosciuto la certezza in senso giuridico. Ma, a parte il fatto che si devono registrare, sul punto, posizioni affatto speculari²¹², sarebbe agevole replicare che anche nello Stato assoluto l'incertezza del diritto era considerata negativamente e che la si giustificava solo in ragione delle prestazioni di sicurezza *fisica* che il sovrano era in grado di erogare²¹³. E, approfondendo lo sguardo, si potrebbe dire che l'esigenza di certezza fa parte della condizione antropologica ("dell'individuo, che disperatamente anela ad una certezza")²¹⁴, nella quale si ha bisogno di collegare presente e futuro nella progettazione della propria esistenza²¹⁵: gli stessi rapporti interpersonali si fondano sul discorso e - come aveva ben mostrato Wittgenstein - è il discorso che ci dice cosa possiamo

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

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

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

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

²¹² Valga, per tutte, quella di M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1979, 129 sgg. (con riferimento all'ordinamento romano); 150 sgg. (con riferimento all'esperienza giuridica medievale).

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

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

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

dare per “certo”²¹⁶. Un'altra obiezione potrebbe mettere in luce il dato che il collegamento da instaurare è quello fra la certezza e il concetto stesso del diritto, prima ancora che fra la certezza e lo Stato. Questa posizione, che troviamo chiaramente espressa in Bobbio²¹⁷, è frequentemente ripresa²¹⁸ e - va detto - deve essere condivisa. Nondimeno, è quella statutale che appare la forma specifica del collegamento fra certezza e diritto, perché è a quella forma che, nella crescente complessità dei rapporti sociali²¹⁹, si lega la massima possibile stabilità della comunità politica²²⁰ e perché - specularmente - proprio lo Stato, necessario garante della certezza, ne è anche un potenziale violatore, nei cui confronti essa va, a sua volta, garantita²²¹.

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

La molteplicità delle accezioni della certezza giuridica nel linguaggio dei giuristi positivi e dei filosofi del diritto²²² suggerisce di non azzardare una definizione unitaria, ammesso che sia possibile²²³. Ruotano attorno alla certezza esigenze plurime, quali la stabilità, la conoscibilità, la comprensibilità, la chiarezza, etc., ed è plausibile che la diffusa opinione secondo cui la certezza si collegherebbe soprattutto alla “*possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti*”²²⁴ sia corretta²²⁵. Nondimeno, a me sembra che la cer-

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

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

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

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

²²⁰ Fermo restando che possono darsi comunità assai stabili pur non essendo organizzate a Stato. Ma si tratta di comunità non politiche (è il caso della Chiesa e del diritto canonico: sul punto. P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in *Arch. dir. eccl.*, 1945, ora in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 209 sgg., che peraltro - non casualmente - nega che nell'ordinamento canonico il principio di certezza del diritto possa trovare applicazione).

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

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

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

²²⁴ Così G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 26 (cors. nell'orig.). Nel senso del collegamento tra certezza e prevedibilità, v. anche, ad es., pur con varie e differenziate prospettive, R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094 sg.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino, UTET, 1988, 275; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, 1 sg.; F. ROSELLI,

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

Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici, in *Giur. it.*, 1994, IV, 267 sg.; G. MONTE-DORO, *Il giudice nel nuovo mondo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 90 sg.

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

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

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

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

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

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

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

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

Le diversità che intercorrono tra certezza e affidamento tendono ad offuscarsi nel discorso giurisprudenziale, ma che questo accada è comprensibile, considerato che – come ora accennato – il lessico non ci aiuta, che dal punto di vista pratico le relative garanzie trovano, in genere, congiunta applicazione nelle medesime fattispecie, e che il contenuto di valore dell'una e dell'altro (che ruota in entrambi i casi almeno attorno alle esigenze di sicurezza, stabilità, prevedibilità, razionalità ordinamentale) è in buona parte sovrapponibile. Se, però, non solo la certezza è un valore così *determinante* nello Stato di diritto, ma lo è anche l'affidamento, è perché giace, sotto quella forma politica, quella sovente inconfessata premessa contrattualista cui si era accennato in precedenza²³⁵: lo Stato è inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini, che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza. Il rapporto sicurezza/certezza/affidamento²³⁶ è addirittura costitutivo dell'essenza stessa della statualità, per come concepita (pur nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato e specialmente dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani. La matrice culturale (anche) illuministica della vicenda storica dello Stato di diritto, poi, spiega per altro versante il saldo rapporto con la certezza: "uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è [...] la rigida difesa della certezza del diritto"²³⁷, e lo è per la non secondaria ragione

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

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

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

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

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

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

che l'illuminismo, riprendendo, sebbene rovesciandole, le suggestioni giusnaturalistiche, aveva visto nella legge l'espressione più della *ratio* che della *voluntas*, e proprio per questo l'aveva collocata al centro dell'edificio delle fonti normative.

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

Orbene, se tutto questo è - come a me pare - vero, la certezza non può essere trattata (al modo della dottrina e della giurisprudenza prevalenti) come uno dei tanti valori o principi che nello Stato costituzionale di diritto si contenderebbero il campo, ora armonizzandosi, ora confliggendo, ed essendo - per questo - destinati al reciproco bilanciamento²⁴³. Si tratta, semmai, della *prospettiva* dalla quale il giuoco dei valori costituzionali dovrebbe essere riguardato, perché la certezza del diritto costituisce la specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statalità²⁴⁴.

È proprio questa prospettiva che - mi sembra - dovrebbe essere assunta dalla giurisdizione. Si sa che la discussione sulla funzione sistemica della giurisdizione è stata ed è accessissima²⁴⁵, ma credo sia possibile convenire sul fatto che, almeno in un ordinamento di *civil law* e che è retto dal principio di divisione dei poteri, la giurisdizione sia tenuta, essen-

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

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

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

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

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

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

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

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

zialmente, alla corretta applicazione delle fonti normative, dalla Costituzione in giù. A sua volta, la funzione del processo è certo la “soddisfazione della parte vittoriosa”²⁴⁶, ma lo è solo dal punto di vista individuale e soggettivo, mentre dal punto di vista generale ed oggettivo non è altro che il ripristino della certezza, che la stessa esistenza di una controversia ha messo in discussione.

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

È stato scritto efficacemente che solo la forma ci può salvare²⁴⁷. È così. Ma la forma cui ci si riferisce è la *forma di legge*, alla quale, pel solo esserci - appunto - di quella forma, della legge si connette anche la *forza*. Il collegamento della forza (giuridica) alla forma (giuridica) è un legato della modernità, radicato nella premessa del (più o meno maturo) relativismo etico e nel convincimento che i diritti individuali potessero essere garantiti solo in questo modo, mentre sarebbero stati esposti al peggior degli arbitri se la forza fosse stata collegata a dati sostanziali (variamente apprezzabili, ovviamente, a seconda delle tavole assiologiche di riferimento di ciascuno). Non è dunque un caso che il collegamento forma-forza sia stato mantenuto saldo dalla dottrina che ancora credeva nella modernità e sapeva interpretarla (penso, come paradigmatica nel dominio del diritto pubblico, alla rigorosa ricostruzione di Sandulli)²⁴⁸ e che si sia dissolto nella postmodernità, nella crisi della ragione illuministica che ha segnato il Novecento²⁴⁹. Oggi, come si sa, il sistema delle fonti si è disgregato non solo per la sua oggettiva complessità, ma anche per la scelta (più o meno consapevole) della dottrina di considerare superflua la dommatica e di assegnare alle fonti delle posizioni che sono determinate non già dalla loro forma, ma dalla qualità della loro sostanza precettiva (ti-

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

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

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

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

pico il caso delle fonti concernenti i diritti umani)²⁵⁰. Rispetto della forma, dunque, non significa altro che *osservanza della forma/forza di legge*.

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

Qui basterà notare come, assumendo la prospettiva che si è descritta, risultino convincenti le statuizioni che hanno messo in luce l'esigenza che le pronunce giurisdizionali siano sistematicamente coerenti, perché anche questa esigenza si connette alla certezza. Così,

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

Talvolta, peraltro, si ravvisa la costruzione giurisprudenziale di una gerarchia assiologica dove - invece - non sembra darsene traccia (penso all'opinione di G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Mucchi, Modena, 2014, 52 sg., che le sentt. Corte cost. nn. 347 e 348 del 2007, sui rapporti fra CEDU e fonti nazionali avrebbero fatto qualcosa del genere, laddove esse si sono limitate a prendere atto del tenore testuale dell'art. 117 Cost. novellato nel 2001, che - pur nell'inconsapevolezza di molti di coloro che votarono la riforma - ha assegnato a tutte le leggi di esecuzione di tutti i trattati internazionali la qualificazione di fonti interposte).

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

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

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

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

quando si afferma che *“il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell’ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regola iuris in concreto enunciata)”*²⁵³, si dice bene, perché si assume proprio la prospettiva della certezza, che dovrebbe normalmente privilegiarsi, collegandola puntualmente alle esigenze di effettività della tutela.

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

Né la comportano quelle in cui si dice che *“i principi di strumentalità ed effettività della tutela impongono concretezza al processo, inibendo decisioni che non siano sorrette da un interesse attuale all’ottenimento di utilità o vantaggi di carattere materiale o morale, di guisa che non può ammettersi un gravame avente ad oggetto questioni giuridiche non rilevanti rispetto allo specifico episodio amministrativo contestato”*²⁵⁶, perché anche queste non postulano altro che una specifica lettura dell’interesse ad agire.

In definitiva: fra certezza e tutela effettiva v’è rapporto di connessione logica (e di derivazione assiologica). Lo ha colto bene una recente decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella quale si richiamano *“i principi affermati in sede comunitaria, per i quali l’effettività della tutela è assicurata anche dalla massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale (cfr. direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, con particolare riguardo al punto 25 del preambolo della prima)”*²⁵⁷. E lo ha

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

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

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

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

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

colto la giurisprudenza di cassazione, quando ha osservato che, “*se il principio del giusto processo, come introdotto dal novellato art. 111 Cost., comma 1, esclude la legittimità di soluzioni interpretative volte a conferire rilievo a formalismi non giustificati da effettive e concrete garanzie difensive [...] - esclusione che costituisce una ulteriore, forte, ragione che milita a favore della marginalizzazione delle ipotesi di inesistenza della notificazione - è evidente, e ragionevole, che tanto trovi un limite insuperabile nell’arbitrio del giudice*”²⁵⁸.

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

Un’ultima precisazione. La forma è altamente considerata anche dalle dottrine c.d. non oggettualistiche, che concepiscono il diritto non già come un oggetto conoscibile, ma come un fenomeno che si fa nel momento stesso in cui lo si studia e lo si pratica²⁵⁹. Queste dottrine (che a me sembrano chiaramente debitorie dell’evoluzione novecentesca della filosofia delle scienze naturali) propongono una definizione essenzialmente procedurale di certezza, accontentandosi di dire che è “certo” il diritto prodotto secondo procedure conoscibili e astrattamente predeterminate. Non è questa la sede per intrattenersi su tale indirizzo: mi limito a constatare che l’aspirazione alla certezza e il modo in cui quel principio è stato storicamente inteso nei vari ordinamenti non sono distaccabili da un profilo sostanzialistico²⁶⁰, che costituisce la vera utilità sistemica del principio (e il modo in cui, direi, il senso comune l’intende). Quando, dunque, qui ci si richiama alla forma, non lo si fa per postulare la *riduzione* del diritto a pura forma, bensì la sua *fondazione* sulla forma (delle fonti).

5. Ulteriori profili teorici e applicativi.

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

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

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

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

5.1. La critica alla legge in nome del diritto.

Di “critica alla legge in nome del diritto” aveva parlato Flavio Lopez de Oñate in una pagina illuminante del suo *La certezza del diritto*²⁶¹. Egli aveva colto lucidamente che “la vecchia contrapposizione del diritto alla legge” avrebbe determinato effetti rovinosi per la certezza: se vi è una “realtà vitale” che precede la legge e le è superiore, è quella realtà che deve prevalere. Il problema, però, è che quella realtà si fa diritto soltanto perché qualcuno la proclama. E il proclamarla presuppone un margine di apprezzamento ben diverso da quello di cui - pure - gode l’interprete della legge: questi ha a che fare con la mediazione della *parola* del legislatore e da quella *parola* deve estrarre applicabili proposizioni normative; chi pretende di accertare la realtà vitale lo fa nella prospettiva della propria esperienza di vita e della propria attitudine selettiva (non dandosi all’uomo la possibilità d’intendere “tutta” la realtà). Imboccare questa strada significa predisporre alla dissoluzione della certezza²⁶².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) si dovrebbe applicare con parsimonia il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, decidendosi a rimettere alla Corte costituzionale *tutti* i dubbi di legittimità costituzionale non risolvibili senza forzature del testo legislativo, pena la trasformazione del nostro regime di sindacato di costituzionalità da accentrato in diffuso e (anche qui) la compro-

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

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

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

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

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

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

²⁷⁵ Quando nella sent. n. 1 del 2013 si scrive che quel metodo sarebbe “*primitivo sempre*” (e così giungendo, si consenta di osservare, a conclusioni assai discutibili sul regime delle intercettazioni indirette del capo dello Stato, come ho cercato di dimostrare in *La gabbia del Presidente*, in *Giur. cost.*, 2013, 513 sgg.).

missione della certezza derivante dall'assenza di una pronuncia capace di effetti *erga omnes* ai sensi dell'art. 136 Cost.²⁷⁶;

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

Tutto questo, si badi, non si risolve in una riesumazione del perduto ideale della coincidenza fra *lex* e *ratio*, non ipotizza una legislazione nitida e conseguente, quale non riesce più a darsi nel momento storico che viviamo. Già più di tre secoli addietro Leibniz ha chiarito che, se è vero che "l'interpretazione supplisce all'imperfezione della legge", l'"imperfezione" da rimediare non sta nello scostamento della legge dalla giustizia, bensì nell'inadeguatezza del linguaggio normativo, nella mancanza di una "lingua razionale" (di quella lingua - cioè - dei numeri e dei segni logici che Leibniz praticava con tanto successo). Compito dell'interpretazione (della giurisprudenza, quindi, e della dottrina) è identificare "un filo nel labirinto", costruendo saldi principi dommatici. Il che significa che le leggi si debbono integrare solo "dove tacciono"²⁷⁷ e che l'interprete non può sostituire il proprio modello di giustizia a quello accolto dal legislatore. Lo stato pietoso della nostra legislazione, insomma, dovrebbe sollecitare un *plus* di sforzo di sistemazione concettuale, non una fuga dalla legge (per quanto imperfetta possa essere) e dalla sua forza. Del resto, l'accesso al sindacato di costituzionalità è proprio lo strumento predisposto dall'ordinamento per rimediare all'imperfezione della legge, tutte le (ormai numerose) volte in cui l'imperfezione si fa violazione (della Costituzione).

Chi oggi difende la legge e - se del caso - si proclama positivista (*quorum ego*) non lo è certo nel segno dell'ottimistica prospettiva dell'epistemologia comtiana o in quello dello sterile dogmatismo giuspositivistico ottocentesco, né pensa che esista l'interpretazione "una" delle disposizioni normative. Il positivismo d'oggi, se ragionato, è inevitabilmente figlio del proprio tempo e - dunque - è consapevole di tutto il legato del Novecento: dell'ermeneutica, della teoria dell'argomentazione, della dottrina della precomprensione, e via dicendo. O forse, se si vuole, semplicemente del fatto che già Vico aveva parlato della "scepri civile dei Romani" e del fatto ch'essi iniziavano le loro sentenze con "*videri*" o "*parere*" perché ritene-

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

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

vano che difficilmente l'uomo potesse liberarsi dalle passioni, "*quia neminem de se animum affectu vacuum praestare posse arbitrantur*"²⁷⁸.

5.2. Speditezza processuale e garanzie.

La questione del rapporto fra speditezza processuale e garanzie è indubbiamente quella in cui le vicende della tutela effettiva e dell'efficienza, pur restando - si badi - concettualmente distinte²⁷⁹, sembrano mescolarsi in modo più chiaro²⁸⁰. Il processo lento, infatti, non è soltanto incapace di soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese. Nello "Studio economico" dell'OCSE 2013 sull'Italia gli effetti economici del malfunzionamento della giustizia sono messi ripetutamente in evidenza, mentre alcune ricerche della Banca d'Italia hanno mostrato non solo che esiste una (pur limitata) correlazione tra effettività/efficienza della risposta giudiziaria e struttura finanziaria delle imprese²⁸¹, ma anche - e soprattutto - che vi è un rapporto tra scarsa attrattività del nostro Paese per gli investimenti esteri e lentezza della giustizia civile²⁸², così come tra questa e rallentamento della crescita (o stasi, o diminuzione) del PIL²⁸³. Questa consapevolezza è ormai diffusa sia nell'opinione pubblica²⁸⁴, sia nella discussione tra i giuristi²⁸⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸⁹ N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze"?)*, in *Dir. soc.*, 2013, 381 sg.

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

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

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

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

Così, più che ricorrere a filtri analoghi a quelli recentemente introdotti (dall'art. 47 della l. n. 69 del 2009 e dall'art. 54 del d. l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012) per deflazionare i giudizi di cassazione e di appello, sembra miglior partito ricorrere alla sentenza in forma semplificata²⁹⁶. Anche qui, peraltro, con qualche cautela. Penso, in particolare, al re-

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

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

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

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

²⁹⁵ Qualche dubbio, dunque, si può sin d'ora avanzare sulla legittimità costituzionale dell'art. 3 del d. l. 12 settembre 2014, n. 132. Ivi, infatti, si prevede l'improcedibilità della domanda giudiziale in assenza di invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita (comma 1), ma si esclude l'onerosità della procedura solo se la parte è nelle condizioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (comma 6). La precarietà dei contenuti normativi dei decreti legge suggerisce, peraltro, di non approfondire ulteriormente questa e altre questioni poste dalla fonte ora ricordata.

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

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

Anche alcuni indirizzi giurisprudenziali meriterebbero probabilmente una riflessione supplementare.

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

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

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

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

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

declaratoria di inammissibilità di quasi tutti gli interventi proposti nel recente passato. È altamente probabile che tale indirizzo sia stato motivato dal timore di un eccesso di interventi e - dunque - di un possibile rallentamento dei lavori della Corte, ma un giusto mezzo sarebbe stato ben possibile.

Quanto alla giurisprudenza ordinaria, è noto il - ritengo - discutibile indirizzo che (in dubbia armonia con la CEDU)³⁰¹ ha portato alla declaratoria di inammissibilità di molteplici ricorsi per cassazione, stretti tra l'imperativo dell'autosufficienza e quello della sinteticità. Così, recentemente, è stato detto che *"è affermazione assolutamente consolidata nella giurisprudenza di questa Corte che la prescrizione contenuta nell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3, secondo la quale il ricorso per cassazione deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa, non può ritenersi osservata quando il ricorrente non riproduca alcuna narrativa della vicenda processuale, né accenni all'oggetto della pretesa, limitandosi ad allegare, mediante spillatura, per intero il libello introduttivo e tutti gli atti successivi"*, precisando che la "spillatura" in questione può essere anche quella elettronica e che questa è una pratica che rende *"particolarmente indaginosa l'individuazione dei punti oggetto di contrasto e sui quali la Corte è chiamata a pronunciarsi"*³⁰². Sennonché, è appunto compito del giudice indagare la *res litigiosa* e il fatto che l'indagine sia particolarmente complessa (foss'anche perché non aiutata dal difensore della parte) non credo lo esima dall'assolvere tale funzione. Né si potrebbe obiettare che *"la pedissequa riproduzione dell'intero, letterale, contenuto degli atti processuali [...] è inidonea a soddisfare la necessità della sintetica esposizione dei fatti, in quanto equivale ad affidare alla Corte, dopo averla costretta a leggere tutto (anche quello di cui non occorre sia informata), la scelta di quanto effettivamente rileva in ordine ai motivi di ricorso"*³⁰³, perché il sovraccarico di lavoro imposto al giudice (e alla controparte) potrà rilevare in fatto sul piano dell'efficacia delle difese e in diritto su quello della condanna nelle spese³⁰⁴, ma non dovrebbe certo comportare una sanzione

³⁰¹ V., da ultimo, nella giurisprudenza di Strasburgo, la sent. Sez. I, 7 gennaio 2010, *Dimopoulos*, nella quale, scrutinando un ricorso generato da una pronuncia di irricevibilità resa dalla Cassazione greca, si dice che già in alcuni precedenti conformi *"la Cour a estimé que le fait, pour la Cour de cassation, de prononcer l'irrecevabilité d'un moyen de cassation au motif que le requérant n'avait pas précisé dans son pourvoi les circonstances de fait sur lesquelles s'était fondée la juridiction d'appel pour statuer, relevait d'une approche par trop formaliste qui n'était pas proportionnée au but consistant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice"*.

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

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

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

Anche qui, peraltro, non mancano gli interrogativi sui rischi potenzialmente connessi al collegamento fra condanna nelle spese e inosservanza del principio di sinteticità, e dunque sull'opportunità della scelta legislativa che (con l'art. 1 del d. lgs. n. 160 del 2012) ha portato ad introdurre all'art. 26, comma 1, del c.p.a. l'inciso *"tenu-*

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

Quanto, infine, alla giurisprudenza amministrativa, si può prendere in considerazione la questione dell'errore scusabile. L'atteggiamento più recente³⁰⁶ è alquanto rigoroso e l'errore viene riconosciuto solo in casi affatto peculiari. Proprio la certezza (in particolare: delle regole processuali) è alla base di questo indirizzo e anche del suo positivo apprezzamento in dottrina³⁰⁷. Eppure, qui la certezza giuoca un duplice e difficilmente ricostruibile ruolo. Per un verso, infatti, è proprio l'incertezza che rende giustificabile l'errore; per altro verso, la sua scusabilità può generare ulteriore incertezza, alterando - oltretutto - il principio di parità delle armi (perché un errore "scusato" è sempre un errore "imposto" alla controparte). Si tratta,

*do anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2" (tali interrogativi sono compiutamente esposti da M. A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 24 ottobre 2012, 1 sgg.).*

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

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

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

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

dunque, di un conflitto “interno” al principio di certezza del diritto, nel quale l’assunzione della certezza quale prospettiva (come sopra si è proposto) non può certo bastare. Tuttavia, sembra di poter dire che le condizioni attuali del nostro ordinamento, caratterizzato da complicazione più che complessità³⁰⁸ e da un evidente difetto di chiarezza e conoscibilità, parrebbe dover indurre ad un atteggiamento più liberale in tema di scusabilità dell’errore. E si può aggiungere che, se la certezza riguarda anche il buon funzionamento del commercio giuridico, la risoluzione delle controversie nel merito parrebbe essere l’obiettivo principale della funzione giurisdizionale, perché la sicurezza dei traffici trae beneficio assai più dal chiarimento della sostanza dei rapporti che dall’applicazione delle regole processuali. Si tratta, dunque, di questione nella quale non si può non affidarsi alla sensibilità del giudice, alla luce delle esigenze ora indicate.

Al di là di questi esempi e più in generale, occorre dire che le ragioni della celerità non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela. Come ha osservato condivisibilmente la Corte di cassazione, *“la «ragionevole durata» è un valore solo nella misura in cui sia funzionale all’effettività della tutela giurisdizionale, la quale non può risolversi esclusivamente nella celerità del giudizio, ma richiede l’operatività di strumenti processuali capaci di garantire la realizzazione di una omogenea disciplina sostanziale dei rapporti giuridici”*³⁰⁹. Considerazione ineccepibile, che sembra condivisa, in via di principio, dalla stessa giurisprudenza amministrativa: come si è detto di recente, in riferimento alla disciplina del codice degli appalti *“la «ratio» deflattiva del contenzioso che ispira le norme in parola [...] non può tradursi (a pena di seri dubbi di costituzionalità) in interpretazioni che finiscano col rendere inutilmente difficoltosa l’effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive (artt. 24 e 113 Cost.)”*³¹⁰.

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

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

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

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

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

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

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

5.3. La specifica questione della tutela cautelare.

Un profilo della questione del rapporto fra speditezza processuale e garanzie che in ragione della vastità e difficoltà dei temi pratici che vi si riannodano merita almeno un accenno di separata trattazione è costituito dal governo delle misure cautelari, sia collegiali che monocratiche. Anche qui è bene limitarsi, per semplicità, al processo amministrativo, nel quale - peraltro - questa problematica si è posta e si pone con particolare incisività e quotidiana frequenza. È stato notato, infatti, che l'esigenza di orientare correttamente l'azione amministrativa e di evitare il ripetersi di errori o illegittimità fa sì che la tutela cautelare abbia assunto "un ruolo di garanzia «oggettiva» della giustizia nell'amministrazione"³¹³, ma non si è potuto fare a meno di aggiungere che la fase cautelare ha i suoi limiti e che le garanzie di certezza "non possono essere soddisfatte dalla istruzione e dalla cognizione della controversia in una fase necessariamente sommaria"³¹⁴.

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

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

A mio avviso, il legislatore (come peraltro ha fatto anche nella disciplina del rapporto fra tutela cautelare e *translatio iudicii*)³¹⁶ si è reso ben conto della possibilità (anzi: inevitabilità) di uno scontro tra principi ed è corso ai ripari, prevedendo - come è noto -, nella prospet-

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

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

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

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

tiva di uno “stretto rapporto tra cautela e merito”³¹⁷, che “*Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l’ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell’udienza di merito*”. Sembra che in questo modo si sia inteso addirittura eliminare il conflitto in radice: fase cautelare e fase di merito finiscono per coincidere e la tutela sollecita si fa anche tutela stabile. La prospettiva della certezza, che deve guidarci nel percorso del processo, pare rispettata. Dovrebbe dunque ritenersi auspicabile³¹⁸ una frequente applicazione dell’istituto ora ricordato (il che comporterebbe anche, per coerenza, un parsimonioso uso del potere cautelare monocratico)³¹⁹.

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

5.4. Riduzione del contenzioso e aumento dei costi della giustizia.

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

Mi limito ad osservare che se è vero che, come ricordato, la Corte costituzionale ha qualificato la giustizia “*servizio pubblico essenziale*”³²² e che i servizi, ancorché pubblici, vanno pagati, non è meno vero che ogni ostacolo frapposto all’esercizio dell’azione giudiziale è, in realtà, un ostacolo all’esercizio della situazione giuridica sostanziale che l’azione vor-

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

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

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

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

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

³²² Sent. n. 171 del 1996, cit.

rebbe tutelare. Si deve considerare, dunque, di legittimità costituzionale a dir poco dubbia un regime come l'attuale, nel quale i costi si moltiplicano (si pensi alla debenza del contributo anche per i motivi aggiunti) e raggiungono livelli elevatissimi per alcune controversie (quelle che hanno ad oggetto atti delle c.d. autorità indipendenti o provvedimenti in materia di appalti) nelle quali il legislatore ha falsamente immaginato il protagonismo solo di soggetti economicamente forti. Non solo l'art. 24, ma anche l'art. 3 della Costituzione sembra essere in giuoco, e sia per il profilo della ragionevolezza, sia per quello (presidiato dal secondo comma) dell'eguaglianza sostanziale. E appare coinvolto anche l'art. 97 Cost., perché ad esempio in materia di piccole gare di appalto il concorrente escluso, il solo ad avere interesse a contestare un esito ingiusto, potrebbe trovare nel costo dell'accesso alla giustizia un ostacolo insormontabile, con la conseguenza che un'azione amministrativa mal esercitata (e sulla quale non sa o non ha ragione di spingersi il controllo del giudice penale) resterebbe priva del sindacato del giudice amministrativo. E anche qui sta, sullo sfondo, la certezza del diritto: è diritto "certo" quello che è incontestabile, non quello che è incontestato perché di fatto non s'ha modo di contestarlo³²³. Che una qualche parte in qualche giudizio solleciti e un qualche giudice sollevi una questione di costituzionalità sui costi della giustizia è dunque auspicabile. Sinora la Corte non ha potuto pronunciarsi sul merito, in genere per difetto di rilevanza o di motivazione sulla stessa³²⁴, mentre le questioni attualmente pendenti non toccano il cuore della problematica³²⁵. C'è da augurarsi, invece, che, correttamente adita, la Corte costituzionale avverta tutti i rischi di un così pesante sacrificio delle garanzie giurisdizionali sull'altare dell'efficienza economica³²⁶.

Nelle more, la questione pende innanzi la Corte di giustizia, adita dal TRGA di Trento con ord. 29 gennaio 2014, n. 23. Il ragionamento del giudice trentino è lineare. Nella recente normativa in materia di contributo unificato egli ravvisa "*un intento quasi intimidatorio*", che si fa particolarmente evidente in materia di appalti e nelle ipotesi in cui è necessaria la proposizione di - magari molteplici - ricorsi per motivi aggiunti. Dal modo in cui tale (peraltro in sé

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

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

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

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

illegittimo) intento è perseguito risulta per più profili violata la “Direttiva ricorsi” (Dir. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989), in particolare laddove impone la garanzia dell’accessibilità: i costi così elevati scoraggiano la proposizione dei ricorsi e inducono alla parsimonia nei motivi aggiunti anche quando sono processualmente necessari, così - fra l’altro - discriminando l’“utente” della giustizia amministrativa rispetto a quello della giustizia civile, sul quale non gravano oneri così pesanti. L’accessibilità, la proporzionalità, la non discriminazione, l’effettività della tutela: nessuno dei principi stabiliti dalla Direttiva ricorsi è fatto salvo. E fa molto bene il remittente ad osservare che il ricorrente assoggettato all’obbligo del pagamento del contributo unificato “ *si trova sostanzialmente esposto al meccanismo del c.d. solve et repete*”, perché quel che conta non è la possibilità di recuperare il versato in caso di vittoria, ma il fatto che, prima di conoscere l’esito della controversia, si sia tenuti ad un esborso anticipato.

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

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

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

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

Certo, anche le risorse che ci sono vanno meglio utilizzate. Penso all’informatizzazione del processo, ma penso soprattutto alla distribuzione territoriale delle risorse disponibili: se vi sono Corti o Tribunali sovraccarichi di lavoro ed altri che hanno ruoli

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

leggerissimi, evidentemente, la “macchina” non può essere efficiente. Di questo si è reso conto il legislatore, che è intervenuto sulla questione prima con la l. n. 148 del 2011 e i dd. lgss. nn. 155 e 156 del 2012 e poi con il d. l. n. 90 del 2014, peraltro non necessariamente con la dovuta provvedutezza. Meno, mi sembra, lo ha avvertito la Corte costituzionale, che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’affidamento al TAR del Lazio della competenza territoriale esclusiva a giudicare sui ricorsi avverso i provvedimenti dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati, ha (giustamente) dichiarato infondata la relativa questione, ma con una motivazione non del tutto convincente. Essa, infatti, ha richiamato il principio di proporzionalità, che deve essere osservato se non si vuole determinare la violazione dell’art. 125 Cost. (che prevede l’istituzione di tribunali amministrativi in ogni Regione), ma non ha legato a tale principio l’esigenza di potenziamento delle risorse umane e materiali del TAR del Lazio, che i principi di effettività ed efficienza, invece, avrebbero suggerito di considerare³²⁸.

Altri accorgimenti sarebbero di semplicità assoluta e avrebbero costo zero. Penso, per fare solo un esempio, ad un’organizzazione delle udienze (e delle camere di consiglio) che si ispiri al modello eurounitario, con tempi certi, brevi e inderogabili assegnati ai difensori. Le risorse informatiche ci permettono, oggi, di organizzare il tutto con semplicità: gli avvocati possono chiedere per posta elettronica certificata di volere o non voler discutere e sempre a mezzo p.e.c. i tempi assegnati possono essere comunicati a ridosso della discussione (anche *ad horas*, per la fase cautelare). Ancora a mezzo p.e.c. si potrebbero segnalare le questioni che il collegio ritiene meritevoli di approfondimento. In questo modo, il collegio (o il suo presidente) potrebbe differenziare questioni importanti e vicende bagatellari; si ridurrebbe il rischio che i giudici siano tediati da inutili ripetizioni; gli avvocati sarebbero sicuri di quanto li impegnerebbe la presenza in udienza e investirebbero meglio il loro tempo; altrettanto potrebbero fare i magistrati, così rendendo - fra l’altro - meno drammatico il problema della sinteticità degli atti da leggere (per la quale, peraltro, l’impegno dei difensori dovrebbe essere massimo). Certo, questo non basta a risolvere il problema della lunghezza degli scritti difensivi, che è cruciale per il buon funzionamento della giurisdizione, sicché occorre pensare a qualche soluzione più incisiva. Terrei fermo, però, che: a) la difficoltà sarebbe assai meno avvertita se - come già detto - si resolvesse il problema dei problemi, e cioè se le risorse destinate alla giustizia fossero maggiori (se, ad esempio, i magistrati avessero a disposizione assistenti qualificati, capaci di predisporre ricerche e di sintetizzare almeno i fatti di causa, e segreterie dedicate); b) l’eccessiva lunghezza degli scritti non dovrebbe *mai* determinare conseguenze processuali. Si è già detto (al par. 5.2) che la strada imboccata dal d. l. n. 90 del 2014 non convince: qui va chiarito che è anche intimamente contraddittoria. Se, infatti, si impone la sintesi delle difese è perché si vuole aumentare un’efficienza della macchina che è strumentale all’effettività della tutela. Specularmente, però, proprio l’effettività può essere

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

compromessa dalla previsione di conseguenze processuali imputate ad un difetto di sinteticità determinato in ragione di criteri generali, forzatamente astratti³²⁹. Non solo: la stessa effi-

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

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

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

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

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

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

A dire il vero, proprio le fonti relative al Tribunale (ammesso che di vere fonti si tratti, visto che anche sullo statuto giuridico di alcune di esse regna la massima incertezza) sono di suprema ambiguità. Infatti, l'art. 44, par. 6, del Regolamento di procedura stabilisce che "*Se il ricorso non è conforme a quanto stabilito dai paragrafi da 3 a 5 del presente articolo, il cancelliere impartisce al ricorrente un adeguato termine per regolarizzare il ricorso o produrre i documenti. In difetto della regolarizzazione del ricorso o della produzione di documenti alla scadenza del termine suddetto, il Tribunale decide se l'inosservanza delle summenzionate prescrizioni comporti l'irricevibilità del ricorso per vizio di forma*". I parr. 3 e 5 dell'art. 44, però, non hanno nulla a che vedere con i limiti quantitativi. Per contro, il terzo *considerando* delle ricordate Istruzioni pratiche alle parti afferma che il cancelliere deve chiedere la regolarizzazione degli atti non conformi ai modelli e "*se del caso [sic] respingerli*". Le istruzioni, peraltro, parlano sempre di ritardo nella notificazione degli atti irregolari e impongono la regolarizzazione, ma non disciplinano l'ipotesi del rifiuto di procedervi. Di un mero ritardo parla anche l'art. 7, par. 1, comma 4, delle Istruzioni al Cancelliere del Tribunale, ma limitatamente alla violazione dei parr. 64 e 66-68 delle Istruzioni (il par. 66 prevede l'ipotesi dell'eccedenza di non oltre il 40% dai limiti quantitativi dei ricorsi) e nulla dice sulla violazione del par. 65 (che contempla l'ipotesi dell'eccedenza di oltre il 40%). Il par. 4 delle stesse Istruzioni al Cancelliere, però, prevede, in via generale, che "*Il deposito di atti in allegato a un atto processuale deve essere effettuato conformemente alle disposizioni delle Istruzioni pratiche alle parti relative alla produzione di allegati. Se la parte interessata non provvede all'opportuna regolarizzazione, il cancelliere interpella il giudice relatore affinché quest'ultimo decida, in accordo con il presidente, se occorre respingere gli allegati presentati in un modo non conforme alle disposizioni delle Istruzioni pratiche alle parti*" (il che parrebbe dimostrare che l'irricevibilità riguarderebbe solo gli "allegati" e mai gli "atti" non regolarizzati).

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

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

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

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

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

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

to della Corte). Comunque, è evidente che questa flessibilità delle regole è pensata solo per essere applicata *in bonam partem*.

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

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