

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il diritto del lavoro
alla prova del Jobs Act.

Unitarietà
della giurisdizione.

Riforma
della responsabilità civile.

2015



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Maria Rosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Rita Sanlorenzo, Sergio Sottani, Glauco Zaccardi, Giovanni Zaccaro.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Sergio Mattone, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Enzo Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Pasquale Notargiacomo
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

III trimestre 2015 - chiuso in redazione settembre 2015

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	4
Obiettivo 1: Il diritto del lavoro alla prova del Jobs Act		
Introduzione: Il diritto (e i giudici) del lavoro alla prova del Jobs Act di <i>Rita Sanlorenzo</i>	“	7
La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act di <i>Roberto Riviero</i>	“	13
Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso di <i>Carla Ponterio</i>	“	23
I licenziamenti collettivi dopo le controriforme di <i>Stefano Giubboni e Andrea Colavita</i>	“	31
La compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo di <i>Francesco Buffa</i>	“	41
La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali di <i>Andrea Lassandari</i>	“	47
La nuova figura delle “collaborazioni organizzate dal committente”. Prime Osservazioni di <i>Domenico Mezzacapo</i>	“	58
La via italiana alla <i>flexicurity</i>: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act di <i>Giovanni Orlandini</i>	“	67
Regole, mercato, sviluppo: il punto di vista dell’economista del lavoro di <i>Lia Pacelli</i>	“	76
Le misure di <i>austerity</i> e la giurisprudenza “multilivello”. Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna? di <i>Papi Bronzini</i>	“	82
Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi di <i>Alessandra Albanese</i>	“	94

Obiettivo 2: Unitarietà della giurisdizione

Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi

di *Leonardo Ferrara* “ 106

Appunti sull'unità delle giurisdizioni

di *Alfredo Guardiano* “ 118

Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato

di *Silvia Mirate* “ 121

La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa

di *Aristide Police* “ 136

L'importanza dell'art. 113, 3° comma Cost., per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione

di *Andrea Proto Pisani* “ 149

Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo

di *Aldo Travi* “ 153

Obiettivo 3: Riforma della responsabilità civile

Introduzione. La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il dibattito culturale dalla legge Vassalli alla legge n. 18 del 2015.

Le prospettive future

di *Vincenza (Ezia) Maccora* “ 157

Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati.

Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015

di *Francesca Biondi* “ 165

La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete

di *Enrico Scoditti* “ 175

Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria

di *Giovanni Amoroso* “ 181

La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative

di *Francesco Dal Canto* “ 187

Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto

di *Betta Cesqui* “ 197

Cronache americane

Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto

di *Luigi Marini*

“ 208

Gli autori

“ 211

Editoriale

Non è mai agevole percepire il significato e l'esatta portata dei grandi avvenimenti storici nel momento stesso in cui accadono. Ma mi pare difficile non avvertire l'impressione che quanto sta avvenendo sotto i nostri occhi – l'imponente fenomeno migratorio in atto da Paesi mediorientali ed africani verso l'Europa – sia appunto un accadimento storico di straordinaria importanza, destinato a modificare in modo non passeggero la struttura delle società europee, e probabilmente – forse non nell'immediato, ma in tempi neppure lunghissimi – anche alcuni dei loro assetti giuridico-istituzionali. Si ripercuoterà non marginalmente su questi assetti il modo in cui sapranno fronteggiare il fenomeno l'Europa, nei singoli Stati sovrani da cui è composta, e soprattutto l'Unione europea, nella sua ancora incompleta configurazione di entità dotata anche di attributi di sovranità sovranazionale.

L'accoglienza di tante donne ed uomini, che la necessità e la speranza spingono verso le coste ed entro i confini dell'Europa, sta ponendo per ora all'opinione pubblica principalmente problemi umanitari, organizzativi e politici. Ma è evidente che esistono anche non semplici problemi d'inquadramento giuridico del fenomeno, e che sempre più verranno all'attenzione tra breve esigenze di tutela giuridica di soggetti in condizione di obiettiva debolezza. Il modo in cui l'Europa sembra si stia accingendo a dare risposta a questi interrogativi non lascia affatto tranquilli. Si ha l'impressione che la "crisi dei migranti", sommandosi alla crisi economica ed alle note difficoltà del "caso Grecia", stia producendo effetti destrutturanti sulle istituzioni europee, facendone emergere la fragilità a fronte del rinascente protagonismo degli (o di alcuni) Stati nazionali. Quei problemi, invece, richiederebbero una risposta auspicabilmente uniforme nell'intera area dell'Unione. Occorrerebbe sin d'ora che s'inziassero a forgiare, o se del caso ad idoneamente rimodellare, gli opportuni strumenti giuridici: non ultimi quelli giurisdizionali in grado di assicurare una più efficace tutela ed una miglior protezione dei diritti primari ai soggetti più deboli coinvolti in

questo impressionante fenomeno, esposti alternativamente al rischio di essere espulsi o di essere sottoposti a forme di pesante sfruttamento.

* * *

Su questi tre grandi aree – migranti, istituzioni europee e tutela giurisdizionale – *Questione giustizia* si è spesso già soffermata e dovrà certo necessariamente tornare ancora in futuro. Ma in questo numero l'attenzione è soprattutto focalizzata su questioni che, a vario titolo, appartengono al tema della giurisdizione, visto soprattutto in ambito nazionale.

Sarebbe certamente temerario voler affrontare un tema simile in un breve spazio di pagine con pretese di completezza ed organicità. Mi pare però opportuno porre in evidenza come sia proprio la giurisdizione, con le sue innumerevoli sfaccettature e tutto il suo bagaglio di problematicità, a fare da sottofondo alle varie e diverse questioni sulle quali più specificamente si soffermano gli scritti qui di seguito riportati.

A nessuno certo sfugge come, in qualsiasi società che ambisca a definirsi civile, la giurisdizione sia davvero un punto nevralgico, che tocca l'essenza stessa del potere ed il modo in cui lo si concepisce. È essa stessa espressione della sovranità, ma è soggetta nel suo esercizio all'impero della legge. Il testo costituzionale lo esprime con assoluta chiarezza, laddove, nel primo comma dell'art. 101, stabilisce che la giustizia è amministrata in nome di quel popolo al quale l'art. 1 attribuisce la sovranità, sicché i giudici pronunciano le loro sentenze appunto in nome del popolo italiano (e non più in nome del re come una volta accadeva), ma poi, al secondo comma del medesimo articolo, subito aggiunge che, nell'amministrazione della giustizia e quindi nell'esercizio della sovranità loro in proposito delegata, quegli stessi giudici sono soggetti alla legge (e soltanto ad essa). Sovranità e soggezione all'impero della legge si presentano, dunque, come fossero due facce della medesima medaglia.

Ma il rapporto tra la funzione di chi pone la legge e quella di chi è chiamato ad interpretarla e ad applicar-

la è, per sua stessa natura, un rapporto problematico e per certi aspetti instabile. Lo è sempre stato, ben al di là di quanto la polemica giornalistica quotidiana lo lasci intendere quando indulge nel rappresentare il conflitto ora più ora meno acceso tra “i giudici” e “la politica”. È noto l’aneddoto di Napoleone il quale, all’indomani dell’emanazione del *Code civil*, sarebbe rimasto sgomento alla notizia che erano subito cominciati a fiorire commentari ed interpretazioni varie, ed avrebbe esclamato: «*mon code est perdu!*».

Nessuno oggi, certo, coltiva più l’illusione che i testi normativi siano sempre suscettibili di un’applicazione meccanica ed automatica, dalla quale esuli ogni possibile margine di valutazione interpretativa. Non è mai stato così nella storia, e tanto meno può esserlo in un’epoca, come la nostra, nella quale il progressivo ampliamento dell’area di intervento normativo si accompagna al moltiplicarsi delle fonti del diritto, in ambito nazionale e sovranazionale, riducendo di conseguenza sempre più il grado di organicità e d’intrinseca coerenza dell’ordinamento giuridico. In queste condizioni si richiede necessariamente all’interprete un maggiore sforzo d’integrazione ed armonizzazione sistematica delle disposizioni da applicare, che esalta la funzione del cosiddetto diritto vivente in una misura forse mai prima così marcata.

Ora, che l’ampliamento degli spazi interpretativi possa rendere meno prevedibili le decisioni (in un recente saggio Natalino Irti ha parlato di «*diritto incalcolabile*») e quindi possa riflettersi negativamente sul grado di certezza del diritto – che non è un valore assoluto, ma che resta un obiettivo tendenzialmente da perseguire, non foss’altro per le sue evidenti ricadute sul fondamentale principio di eguaglianza di fronte alla legge – appare difficilmente contestabile. Ed altrettanto incontestabile è che, almeno fin quando restino invariate le caratteristiche basilari del nostro sistema giuridico di *civil law*, imperniato sul diritto scritto di fonte legislativa, il solo richiamo all’autorità dei precedenti giurisprudenziali dei quali il cd diritto vivente si alimenta non sempre è in grado di garantire sufficientemente la prevedibilità delle future decisioni; tanto meno, poi, quando l’organo giurisdizionale cui è primariamente affidato il compito di assicurare l’uniformità degli orientamenti interpretativi – la Corte di cassazione – è chiamato ad emettere ogni anno un tal numero di pronunce, su questioni di ogni tipo e di ogni valore, ed è perciò composto da un numero così elevato di magistrati, da far sì che quasi inevitabilmente si manifestino contrasti e contraddizioni al suo interno, rendendo di conseguenza talvolta problematica l’individuazione di linee giurisprudenziali coerenti e durevoli nel tempo.

È questa una delle ragioni (forse non la sola) per cui in molti ambienti, anche istituzionalmente qualificati, sembra oggi avvertirsi una crescente diffidenza nei

confronti di quello che viene spesso percepito come un eccesso di discrezionalità interpretativa ed applicativa delle regole da parte del giudice chiamato a farle rispettare. Ne è scaturita una tendenza normativa, soprattutto evidente nel diritto dell’impresa, che mira a limitare l’intervento del giudice, considerato alla stregua di un rischio imponderabile e quindi di ostacolo allo sviluppo positivo dell’attività imprenditoriale. V’è di ciò traccia evidente nelle riforme del diritto societario e del diritto fallimentare, che si sono susseguite nel primo decennio del secolo, ma lo si avverte bene anche nella recente riforma del diritto del lavoro, in cui ha giocato un ruolo non certo secondario la preoccupazione di ridurre le possibilità di reintegro *ope iudicis* del lavoratore ingiustamente licenziato in favore di forme di tutela pecuniaria con effetti più facilmente calcolabili per il datore di lavoro.

Non entro qui nel merito dei problemi suscitati da questa riforma, dei quali si occupano gli scritti a ciò espressamente dedicati in questo numero della *Rivista*, ma in termini generali vorrei brevemente osservare che l’idea di favorire la prevedibilità degli effetti giuridici ed economici dell’applicazione (o disapplicazione) di determinate norme, riducendo gli spazi d’intervento (o di discrezionalità nell’intervento) del giudice, appare in se stessa alquanto discutibile. Lo è se s’immagina che, irrigidendo il sistema in una gabbia di disposizioni sempre più rigide, minute e specifiche, se ne riducano i margini d’incertezza applicativa, senza accorgersi come invece, in un contesto di scarsa sistematicità dell’ordinamento quale quello cui già prima alludevo, ciò rischia sovente di costituire un rimedio peggiore del male: perché la realtà in cui le disposizioni normative sono destinate a calarsi è sempre molto più varia e complessa di come il più avveduto dei legislatori riesca mai a prefigurarla. Ma discutibile mi sembra, soprattutto, il fatto stesso che la tutela dei diritti di alcuni – e la maggiore ampiezza dell’intervento giurisdizionale attraverso cui quella tutela dovrebbe esser garantita – sia concepita come un fattore di ostacolo allo sviluppo economico generale; uno sviluppo che resta assai ipotetico e del quale, comunque, non tutti potranno beneficiare, o quanto meno non nella stessa misura.

Credo che la strada verso la maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie e verso una maggior certezza del diritto non debba né possa passare attraverso la riduzione delle garanzie giurisdizionali, ma sia tutt’altra. In estrema sintesi, quasi a mo’ di *slogan*, mi verrebbe da dire che non di ridurre l’area dell’intervento giurisdizionale c’è bisogno, tanto meno in un momento in cui il già ricordato fenomeno immigratorio aumenta il numero dei soggetti deboli, quanto piuttosto di migliorarne la qualità.

Che a migliorare la qualità dell’esercizio giurisdizionale possa servire la recente riforma delle regole

che disciplinano la responsabilità civile dei magistrati mi pare francamente assai dubbio. Ho già accennato alle mie perplessità in proposito nell'editoriale di apertura del primo numero di quest'anno, preannunciando che *Questione giustizia* se ne sarebbe occupata più approfonditamente, ed all'argomento sono infatti dedicati diversi scritti del presente numero. Non mi pare qui necessario aggiungere altro, se non ribadire la preoccupazione che, a prescindere dall'effettiva portata di questa o quella norma e della corretta risposta da dare ai problemi tecnico-giuridici che la relativa interpretazione comporta, possa generarsi, nell'operare quotidiano dei magistrati, un atteggiamento per così dire "difensivo" (rispetto al rischio d'incorrere in responsabilità), che li spinga a privilegiare soluzioni di tipo formale, burocratizzando il proprio ruolo e perciò rinunciando alla ricerca di quei valori di giustizia insiti nell'ordinamento che, senza uno sforzo interpretativo ed applicativo mai del tutto privo di rischi, è talvolta difficile portare alla luce e rendere operanti nel decidere dei casi concreti della vita.

È anche lecito chiedersi – e perciò un altro gruppo di scritti contenuti nella pagine seguenti si soffermano specificamente su questo delicato tema – quanto giovi alla qualità della risposta giurisdizionale, ed alle esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni di cui si diceva, l'attuale assetto della giurisdizione nel nostro ordinamento, ed in particolare la sua ripartizione tra giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile (un discorso

a parte meriterebbe la giurisdizione tributaria, ed in futuro credo che questa *Rivista* dovrà occuparsene). Il progressivo e si direbbe quasi inarrestabile ampliamento dell'area della giurisdizione amministrativa – mentre si va smarrendo la nettezza della stessa fondamentale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, giacché sempre più spesso funzioni tipicamente pubbliche sono svolte da soggetti privati ed altrettanto spesso la pubblica amministrazione persegue i propri obiettivi istituzionali operando secondo schemi tipicamente privatistici – ha non soltanto reso assai più complessa ed incerta che in passato l'individuazione del plesso giurisdizionale al quale determinate controversie appartengono, ma ha anche in molti ambiti sovrapposto le attribuzioni del giudice amministrativo a quelle del giudice ordinario. Può accadere che su identiche o analoghe questioni di diritto siano talvolta chiamati a pronunciarsi plessi giurisdizionali diversi e che perciò si formino orientamenti giurisprudenziali differenti, poiché, com'è noto, solo le decisioni del giudice ordinario ma non anche quelle del giudice amministrativo sono soggette all'opera di tendenziale uniformazione della giurisprudenza svolta dalla Corte di cassazione. Si è già sottolineata prima l'importanza che, nell'attuale contesto storico, ha oggi assunto il diritto vivente, ma certo non giova che vi sia una pluralità di diritti viventi paralleli tra loro non comunicanti.

Renato Rordorf

Introduzione: il diritto (e i giudici) del lavoro alla prova del Jobs Act

di Rita Sanlorenzo

Le riforme complessivamente note come *Jobs Act* non realizzano quel modello di *flexicurity* a cui si dichiarava di volersi ispirare, e al contempo determinano un forte spostamento degli equilibri contrattuali, tutto e solo a favore dell'imprenditore e delle sue ragioni. Il disegno non poteva non completarsi con la voluta marginalizzazione dell'ambito del sindacato di legittimità del giudice. Ci sono ancora spazi per riaffermare tutele che costituiscano un baluardo per la civiltà del lavoro?

1. Quale senso di marcia per il diritto del lavoro?

A partire dalle prime mosse del Governo Renzi in materia di lavoro, è stato legittimo, ed anzi doveroso, chiedersi verso quale direzione ci si stesse muovendo per realizzare la nuova, preannunciata ipotesi di riforma.

Con il decreto legge n.34/2014 (convertito con la legge n.78 del 16.5.2014), si è messo mano alla regolamentazione dei contratti a termine e dell'apprendistato (peraltro già interessati dall'intervento operato con la legge n.92/2012, nota come Legge Fornero), con una massiccia liberalizzazione dei primi, che hanno visto l'eliminazione della cosiddetta "causale" giustificativa.

In pratica, grazie alla misura adottata, si è consentito ad ogni datore di lavoro di stipulare (per iscritto, non essendo venuto meno il requisito formale) contratti a termine privi di ogni giustificazione espressa, prorogabili fino a cinque volte, restando nell'ambito della durata massima di trentasei mesi. L'intervenuta liberalizzazione appariva in stridente ed evidente contrasto con la dichiarata intenzione di combattere la precarietà, riconosciuta ormai come fattore di insicurezza sociale e di impoverimento, soprattutto delle generazioni più giovani. Nei fatti, la misura adottata in via d'urgenza rendeva concreto l'aprirsi di un orizzonte triennale di "normale" occupazione a termine, senza che alle imprese venisse richiesta l'esplicitazione delle ragioni delle assunzioni temporanee.

Gli interrogativi non si sono certo placati con il varo della legge di delega al Governo «in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e le politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di vita, di cura e di lavoro», la legge n.183 del 16 dicembre 2014 che ha allargato l'ambito di intervento riformatore ad uno spettro ben più ampio, evidentemente per consentire al Governo di realizzare l'ambizione all'ammodernamento del sistema complessivo delle discipline in tema di lavoro. Una prospettiva che per la prima volta, è sembrata abbracciare il modello di importazione nordeuropea, di *flexicurity*, la cui essenza si traduce nella minor consistenza delle garanzie per il lavoratore nel rapporto di lavoro, affiancata dalle maggiori tutele del prestatore sul mercato.

In effetti, la legge delega ha investito, in termini alquanto generici, settori molto diversi quali – a titolo esemplificativo - il riordino degli ammortizzatori sociali, la semplificazione e la razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro ed in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, il riordino e la tutela della maternità delle lavoratrici e l'adozione di strumenti per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori, la semplificazione e la razionalizzazione dell'attività ispettiva con la creazione di una Agenzia unica, la costituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione. Ma le maggiori attenzioni si sono immediatamente rivolte alle specifiche previsioni riguardanti il

riordino delle tipologie contrattuali¹, e nello specifico la riforma del lavoro a tempo indeterminato, di cui da un lato si caldeggiava la promozione, «in coerenza con le indicazioni europee ... come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti»; dall'altro però si ponevano le basi per un suo sostanziale stravolgimento, attraverso la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento» (art.1, co.7, lett. c, l. n.183 cit.). Il sisma si preannunciava ancor più violento, considerato che la legge delega autorizzava l'esecutivo all'intervento anche sulla disciplina delle mansioni (lett. e) e su quella dei controlli a distanza «sugli impianti e sugli strumenti di lavoro».

Le polemiche suscitate dalla pubblicazione del disegno di legge sono state rapidamente soffocate da un percorso parlamentare a cui è rimasta estranea ogni discussione, sbaragliata dalla questione di fiducia posta dal Governo: che così, in pratica, ha «auto determinato la delega, specificando i principi ed i criteri direttivi, gli oggetti da legiferare ed i tempi entro cui operare»², coerentemente a quel progressivo processo – già in atto da tempo – di esautoramento della funzione parlamentare che negli anni ha via via stravolto l'equilibrio tra poteri stabilito dalla nostra Costituzione.

Eppure, forse poche altre occasioni come questa avrebbero richiesto una discussione pubblica, aperta, a tutto campo, sulla necessità e sulla portata specifica di un intervento così ambizioso, che per un verso apportava novità positive e in sintonia con le esigenze di efficientamento (quali l'unificazione dei servizi ispettivi, e la creazione dell'Agenzia per l'occupazione); dall'altro nei fatti istituiva una nuova figura di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, a cui però veniva sottratto il requisito qualificante,

quello della stabilità nel posto, stante l'assoluta residualità della possibilità di reintegra in caso di ritenuta illegittimità del licenziamento.

Perché a questo si stava provvedendo: a quello che è stato acutamente definito come «mutamento di paradigma normativo del diritto del lavoro»³ che si muove sull'orizzonte di una complessiva e profonda redistribuzione del potere sociale ed economico a vantaggio dell'impresa e del mercato. Il «vecchio» diritto del lavoro non basta più a rispondere alle sollecitazioni economiche e sociali della società postmoderna e postindustriale: è ora di lasciarsi alle spalle l'originaria funzione di riequilibrio degli assetti di potere nel rapporto di lavoro per affidarsi alle salvifiche prospettive della massimizzazione del benessere dell'impresa come rimedio generale alla crescente disoccupazione.

Peccato che la tesi della deregolazione quale strumento di creazione dell'occupazione risulti ormai un falso mito, smentito innanzitutto dall'osservazione empirica degli esiti delle politiche seguite negli ultimi anni⁴: e che l'innamoramento di certa accademia per la cd.analisi economica del diritto abbia colpevolmente occultato anche presso i giuristi le ragioni di una così clamoroso fallimento delle misure via via adottate. In tale pochezza di risultati, quello che si è compiuto nel corso di questi anni non è null'altro che il colpevole e miope abbandono della prospettiva originale e – ci piace sottolinearlo – autenticamente democratica, del diritto del lavoro, quale venutosi a formare sulle fondamenta dell'architettura costituzionale.

2. Il mercato, i diritti, le tutele

Dunque, la «Grande Riforma» promossa dalla l. n.183 si ispirerebbe al modello europeo di *flexicurity*, in cui la riduzione delle garanzie nel rapporto di lavoro sarebbe compensata da una rafforzata protezione del lavoratore nel mercato. Dando per scontata la residualità dell'ipotesi di un unico rapporto di lavoro per tutto l'arco della vita attiva, diventadoveroso ripensare il sistema degli ammortizzatori sociali nel senso del loro tendenziale universalismo, e della loro generale capacità di «copertura» stante la fisiologica ricorrenza dei periodi di inoccupazione.

1. A proposito di come a questo si sia proceduto, quantomeno nei confronti del lavoro autonomo, v. in questo Obiettivo A.Mezzacapo, *La nuova figura delle "collaborazioni organizzate dal committente"*. Prime osservazioni.

2. V.Speziale, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline dei rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.I.E. «Massimo D'Antona».IT – 233/2014.

3. Così A.Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Caspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in I.Fiorillo – A.Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p.3 ss.

4. Nell'ambito di questo Obiettivo, si veda il saggio di I. Pacelli, *Regole, mercato, sviluppo: il punto di vista dell'economista del lavoro*.

L'esame del decreto legislativo n.22/2015 suscita però più di un dubbio a proposito del concreto miglioramento del trattamento della disoccupazione⁵ e soprattutto esclude il carattere universale della copertura, venendo anzi ad ispirarsi «alla logica assicurativa in misura ancora più rigida rispetto alla riforma del 2012».

Difficile allora credere che questo “spostamento di asse” possa avere effettivamente realizzato la copertura sufficiente e necessaria per consentire alla persona il mantenimento di un livello dignitoso di esistenza pur a fronte della forzata precarizzazione del suo percorso lavorativo. Tutto questo non fa che rendere inevitabilmente ancora più fragile, ed esposta, la sua posizione all'interno del rapporto, comunque soggetta al ricatto occupazionale a cui certo non lo sottrarranno i nuovi rimedi, a cui si affianca l'intenzionale indebolimento del sindacato e della contrattazione collettiva, soprattutto di livello nazionale⁶.

Passando allora ad esaminare le novità sostanziali apportate dal d.lgs n.23/2015, senza scendere qui nell'esame di dettaglio delle specifiche disposizioni oggetto di studi dedicati all'interno di questo Obiettivo, in sintesi la novità si condensa nella previsione di una sanzione monetaria (non soggetta a contribuzione) in caso di ritenuta illegittimità del licenziamento, in importo pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, «in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità» (art. 3 co.1 d.lgs n.23 cit.). Alla prevedibilità del costo della sanzione conseguente alla violazione di legge, si affianca la constatazione della sua notevole esiguità. Certo, se non siamo ancora al ritorno al licenziamento arbitrario di cui all'art. 2118 cc, che comportava solo il pagamento del preavviso, di lì non ci si è poi scostati di molto: sì che è legittimo parlare di “un nuovo licenziamento arbitrario, un po' più caro per il datore di lavoro, ma non tanto da essere un deterrente dinanzi ad un lavoratore che non corrisponde più in tutto e per tutto alle esigenze dell'impresa”⁷.

E se così deve essere costruita la nuova “centralità” del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non può però tacersi che attraverso la concreta esposizione del lavoratore al recesso datoriale per via del costo irrisorio di quest'ultimo, soprattutto nei primi anni del rapporto, l'architettura costruita dal Governo Renzi si fonda sulla manomissione della premessa rappresentata dalla stabilità del rapporto, intesa come contraltare alla precarietà dei rapporti

che non offrono garanzia di conservazione del posto. Se a tutto questo si aggiunge che gli sgravi contributivi concessi alle nuove assunzioni con la legge di stabilità (l. n.190/2014) vincolano il datore di lavoro al mantenimento del rapporto per il triennio, senza però introdurre limiti alla possibilità allo scadere del termine di “sostituire” il lavoratore con uno nuovo a cui applicare il trattamento di favore, è da pensare che allo scadere del beneficio la posizione del lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti si faccia quanto mai precaria. È stato calcolato infatti che, con una retribuzione di 30.000 euro annui, ed incentivi per complessivi 24.000 euro circa, l'indennizzo di 15.000 euro per il licenziamento illegittimo non impedirebbe al datore di lavoro di risparmiare comunque 9.000 euro rispetto al costo di un lavoratore assunto a termine: e dunque di triennio in triennio, ad ogni nuovo giro di giostra si rinnoverebbe la possibilità di fruire di un vantaggio cospicuo, pagato in definitiva dalla fiscalità collettiva per un fine prevalentemente privato, e soprattutto svincolato da qualsiasi contromoneta, ossia un qualche obbligo di stabilizzazione successiva del rapporto.

Qui si tocca con mano una delle premesse ideologiche da cui muove la riforma: la ripresa può vedere la luce solo affidando alle imprese la possibilità di muoversi con la massima libertà nel mercato del lavoro, senza i vincoli ed i limiti tradizionalmente oggetto di regolamentazione giuridica; conseguentemente, senza l'assoggettamento al sindacato di legittimità di un organo giurisdizionale terzo ed imparziale, posto come elemento di riequilibrio in un rapporto di per sé sbilanciato in ragione della condizione personale del singolo lavoratore rispetto al detentore dei mezzi di produzione.

Nella costruzione del “nuovo paradigma”, dunque, non ci deve essere spazio – o deve comunque essere ridotto al minimo – per la sindacabilità dell'atto di recesso: che pur assunto in violazione di legge, si traduce in un costo, sicuramente limitato, e comunque predeterminato sulla base di elementi oggettivi. Così si impedisce che un giudice “ci metta il becco” andando a sovvertire le decisioni imprenditoriali ed a vanificare ogni previsione economica sull'entità della spesa da sostenere.

La soluzione adottata va ben oltre, in questo caso, le polemiche che in un recente passato sono state mosse contro i giudici del lavoro (“certi” giudici del lavoro, tra cui quelli che collaborano a questa stessa

5. Si rimanda al saggio di G. Orlandini, *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*.

6. In proposito, si richiama l'articolo di A.Lassandari in questo Obiettivo, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*.

7. Così I.Zoppoli, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

Rivista) che, animati da un mero “pregiudizio ideologico” sino al punto di tradire il dovere istituzionale di imparzialità, si sarebbero fatti portatori di una “diversità” che li autorizzava ad ergersi a garanti dei diritti della parte debole del rapporto, ritenendosi autorizzati così ad ignorare volutamente ogni ragione di tipo economico⁸.

Il tipo di scelta compiuta dal Legislatore del 2015, ci sia consentito di crederlo, non ha niente a che vedere con questo genere di argomento. Qui non ci si trova di fronte alla reazione, per quanto radicale, ad un modello, se anche si vuole credere in parte deviato, di “protagonismo giudiziario”. O se è questa la premessa da cui si vuole partire, è bene che si affermi con nettezza che si tratta di argomenti solo strumentali che non possono servire a nascondere il nucleo qualificante – questo sì, tutto e solo ideologico - della riforma della disciplina dei licenziamenti: l'esclusione, o comunque l'estrema marginalizzazione, di un sindacato di legittimità sull'agire imprenditoriale, autorizzato a muoversi in una “zona franca” che pone il soggetto privato in una situazione di evidente privilegio. Un *unicum* che se (ma l'ipotesi è ancora tutta da dimostrare) favorirà le ragioni dell'economia, mette da subito all'angolo ogni visione che al lavoro ed alle sue regole attribuisce il ruolo di architrave nella tensione verso un superamento della disegualianza. Per questo era essenziale eliminare, o almeno circoscrivere, l'intervento del giudice: e questo obiettivo è stato puntualmente realizzato.

3. Gli ambiti del sindacato giudiziale

Come premesso, la riforma ha “costretto” il giudice che all'esito del procedimento (non più regolato dal rito Fornero) riconosce l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento, ad attribuire al datore di lavoro la sanzione economica predetermi-

nata, non senza avere previamente dichiarato estinto il rapporto sin dalla data del licenziamento. Se restano dunque invariati i presupposti della legittimità del recesso, su cui l'esame giudiziale potrà muoversi secondo le ordinarie e sperimentate direttrici, è nella fase della determinazione della sanzione che la sua discrezionalità viene del tutto annullata, con una spinta al ribasso che tra l'altro rende oltremodo appetibile per il lavoratore che impugna il licenziamento, l'offerta di conciliazione regolata dall'art. 6 del d.lgs n.23 che gli consentirà di evitare il giudizio, e l'alea conseguente, con l'accettazione di una somma pari alla metà dell'importo conseguibile con la sentenza, per di più non assoggettata a tassazione.

Le ipotesi di reintegra sono decisamente residue: la prima riguarda il licenziamento discriminatorio, nullo, o intimato in forma orale (art. 2); la seconda, le sole ipotesi di insussistenza del fatto materiale in caso di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (art. 3, co.2).

Quanto al licenziamento discriminatorio, questo già dalla riforma Fornero aveva assunto la dignità di categoria autonoma, non più sovrapponibile, e confondibile, con altre ipotesi di nullità, quale quella del licenziamento basato su motivo illecito determinante ex art. 1345 cc.

La posizione del Legislatore sembra allontanarsi dall'orientamento costante della Cassazione, che ancora di recente ha mostrato di non voler distinguere le ipotesi di licenziamento discriminatorio da quelle di licenziamento ritorsivo, richiedendo anche per il primo al lavoratore licenziato la prova della sussistenza del motivo di discriminazione come esclusivo fattore di determinazione del recesso⁹. Ma il diritto antidiscriminatorio sconfessa questo tipo di approccio, perché per dato costante, da sempre ribadito dalla giurisprudenza europea, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà dell'atto risulta sostanzialmente irrilevante l'intento soggettivo dell'agente: quel

8. V. R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in Riv.it. dir. lav., 2012, I, p.461.

9. Tra le tante conformi, si vedano da ultimo Cass., n.3986/15, «Non può considerarsi ritorsivo un licenziamento palesemente (anche se erroneamente) basato sull'inosservanza di direttive aziendali, qualora manchi la prova, il cui onere incombe sul lavoratore, della sussistenza di un motivo illecito determinante. (Nella specie, la S.c. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato la illegittimità del licenziamento disciplinare adottato in violazione dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, escludendone, tuttavia, la natura discriminatoria, in assenza della allegazione e prova del motivo illecito determinante)»;

Cass., n.17087/11, «Il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta - assimilabile a quello discriminatorio, vietato dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300 del 1970 e 3 della legge n. 108 del 1990 - costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni. (Nella specie, la sentenza impugnata è stata cassata dalla S.c. la quale ha valutato come ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto)»;

Cass., n.6282 del 2011, «Il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dall'art. 4 della l. n. 604/66, dall'art. 15 Statuto, dall'art. 3 l. 108/90 - è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o per rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta ed arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente

che rileva è l'effetto discriminatorio in sé, riferibile ad uno dei fattori di rischio social-tipici, ossia l'appartenenza ad una delle categorie individuate dalla normativa¹⁰.

La ricaduta del riconoscimento del carattere discriminatorio del licenziamento, sta nel diverso oggetto dell'accertamento giudiziale, che dovrà riguardare l'esistenza di un trattamento differenziato in danno del soggetto che agisce, rispetto all'elemento di comparazione che non è portatore dello stesso fattore (tipico) di rischio. Il tutto, a seguito della constatazione in termini meramente oggettivi degli effetti dell'agire datoriale, che non potrà sfuggire al riconoscimento della sua discriminatorietà se non in presenza di specifiche e dimostrate cause di giustificazione.

La particolarità della materia, che peraltro è oggetto da tempo di studi approfonditi che hanno raggiunto conclusioni pressoché unanimi sui punti qualificanti della disciplina, impone però alla giurisprudenza un doveroso sforzo di approfondimento che porti al superamento alle incrostate posizioni sin qui registrate. Tra l'altro, l'esame del contesto aziendale in cui è maturata la denunciata discriminazione, e delle stesse cause di giustificazione dell'imprenditore che ne è accusato, affida al giudice la potestà di compiere un penetrante esame anche relativamente al merito delle scelte gestionali.

In definitiva, sembra davvero che nei fatti si stia avverando la risalente profezia di Fausta Guarriello, che nel diritto antidiscriminatorio individuava l'ultimo baluardo di un sistema di garanzie giuridiche che

«perde sempre più di peso rispetto agli imperativi dell'economia, l'estremo argine di protezione verso una possibile rimercificazione del lavoro»¹¹: allora tocca anche ai giudici attrezzarsi culturalmente per poter attribuire a questa specifica materia una effettività che sinora – nel panorama dell'universalismo delle tutele contro il recesso illegittimo – non si è pienamente esplicata.

Il decreto legislativo n.23 nel provvedere al mantenimento delle ipotesi di tutela reintegratoria cd. piena affianca al licenziamento discriminatorio quello «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». Nell'utilizzo di una formula così asciutta il Legislatore sembra avere sconfessato la soluzione adottata nel 2012 dalla Riforma Fornero, ove, al comma 42 dell'art. 1 al licenziamento discriminatorio si affiancavano le ipotesi di licenziamento «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», restringendo notevolmente le applicazioni della reintegra a cui sarebbero estranei i casi di ritenuta violazione della normativa civilistica di stampo generale (artt. 1418, 1343, 1344, 1345 cc.), passibili della più tenue sanzione riservata alle ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo. In altro articolo di questo Obiettivo¹² si procede all'analisi delle prime voci dottrinali che richiamano l'interprete alla necessità di approntare una tutela reale nei confronti delle violazioni più macroscopiche della normativa imperativa, che si sostanzino in altri termini in un uso distorto del potere imprenditoriale al fine di pervenire al licenzia-

quindi di natura vendicativa. In tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato determinato esclusivamente dall'intento ritorsivo»; Cass., n. 16925/11, «Il licenziamento discriminatorio, sancito dalla l. n. 604 del 1966, art. 4, dalla l. n. 300 del 1970, art. 15, e dalla l. n. 108 del 1990, art. 3, è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, attuati a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore, che costituisce cioè l'ingiusta ed arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa (Cass. sez. lav., 18.3.2011 n. 6282). A ciò si è pervenuto sia attraverso una estensione dell'area dei singoli moventi vietati dalla citata l. n. 604 del 1966, art. 4, sia consentendo la verifica del motivo illecito, che abbia avuto efficacia esclusiva nella determinazione della volontà del recedente (Cass. sez. lav., 3.5.1997 n. 3837)».

10. In tema di discriminazione sessuale, i due testi fondamentali sono rappresentati dalla l. n.903/1977, «Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro», e dalla l. n.125/1991, «Azioni positive per la realizzazione della parità uomo – donna nel lavoro», successivamente modificati sino alla redazione del cd «Codice delle pari opportunità» contenuto nel d.lgs n. 198/2006, modificato ancora nel 2010 con il d.lgs n.5. Quanto alla discriminazione per motivi di razza o di origine etnica, si veda l'art. 43 d.lgs n.286/1998, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», che fissa la nozione di «discriminazione basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose», a cui farà seguito il d.lgs n. 215/2003 in attuazione della direttiva 2000/43/CE «per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica». Quanto alla discriminazione basata sulla religione, sulle convinzioni personali, sull'handicap, sull'età o sull'orientamento sessuale, «in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, essa trova disciplina nel d.lgs n.216/2003, Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro». Infine sul divieto di discriminazione nei confronti degli ammalati di AIDS, la l. n.135/90, all'art. 5, 5° co. sancisce: «l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione, in particolare... per l'accesso o il mantenimento di posti di lavoro».

11. F.Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in DLRI, 2003, p.347.

12. V. in questo Obiettivo, C.Ponterio, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*.

mento: un abuso che abbia portato alla intimazione di un licenziamento palesemente pretestuoso, arbitrario, contrario alle norme inderogabili che ancora vincolano il datore di lavoro. Spetta ora agli interpreti farsi carico di dare corpo ad un orientamento così acuto, e così rispettoso di quella che è l'ispirazione costituzionale del diritto del lavoro.

Così come saranno i giudici, nella fase applicativa delle nuove norme, a valutare la consistenza dei dubbi di costituzionalità che già si profilano in relazione alla nuova disciplina del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo: perché se di qui in avanti basta contestare ad un dipendente un qualsiasi fatto materiale, purché sussistente, anche se irrilevante, per ottenere la risoluzione del rapporto di lavoro (il ritardo di pochi minuti, il mancato saluto al capo, l'errore minimo nell'esecuzione della prestazione), nello spregio totale delle previsioni dei codici disciplinari e dei contratti collettivi, ci si trova di fronte ad una evidente irrazionalità di sistema, che ancora una volta affida ad una parte soltanto un potere sostanzialmente incontrollabile sulle sorti del rapporto¹³. Ciò che va ben al di là delle generali regole che sovrintendono all'autonomia privata, per cui «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza» (art. 1455 cc).

Né possono tacersi gli "strappi" normativi a proposito del regime della suddivisione degli oneri della prova, che sono messi in risalto dal testo delle norme laddove si impone al lavoratore di provare "direttamente" in giudizio l'insussistenza di quel fatto per cui è stato licenziato, se vuole aspirare ad essere reintegrato nel posto. Una *probatio diabolica* proprio in quanto riguardante un fatto negativo, che anche sotto questo ulteriore profilo finisce per mettere il lavoratore in una posizione di svantaggio che davvero pare poco giustificabile in base ai generali canoni non solo costituzionali, ma addirittura codicistici.

Allora sarà interessante assistere alla riflessione che si aprirà nelle aule giudiziarie, e verificare se nell'applicazione delle norme che in termini così espliciti e determinati segnano lo spostamento del baricentro dell'equilibrio negoziale, si terrà conto del forte allontanamento dal rispetto del principio di eguaglianza (formale e sostanziale) che per esempio, in caso di licenziamenti collettivi che hanno coinvolto lavoratori assunti prima e dopo lo "spartiacque" del 7 marzo 2015, si verificherà nell'applicare rimedi

diversi (la reintegra per chi ha diritto all'applicazione della legge n.92/2012, la semplice tutela economica per chi invece è stato assunto in forza del *Jobs Act*)¹⁴. Più in generale, sarà stimolante mettere a confronto dei fatti quella corrente di pensiero critico secondo cui nella materia dei licenziamenti il Legislatore del 2015 si è mosso in una sorta di "cono d'ombra del diritto europeo"¹⁵, in cui ci si è sentiti svincolati da ogni attenzione al principio di eguaglianza, ed in cui soprattutto il sistema sanzionatorio è ben lontano dal rivestire una effettiva capacità dissuasiva e sanzionatoria (oltre che ristoratrice del danno patito).

È evidente che la scelta legislativa mira a fare della reintegra una sanzione del tutto residuale, limitata ad un numero assolutamente esiguo di ipotesi, ed esclusa completamente nel caso di licenziamento per ragioni economiche: ma questo imperativo non può soffocare ogni interrogativo di compatibilità di sistema, laddove il recesso datoriale risulti non solo carente di giusta causa o di giustificato motivo, ma più macroscopicamente lesivo di principi di rango superiore, e di forza cogente.

Resta affidato ai giudici quindi, anche con il riscontro delle Corti sovranazionali, il compito di riportare il sistema a canoni di eguaglianza, e di ragionevolezza: in ogni caso, a dare ancora al diritto del lavoro quel senso di "norma di civiltà" che non potrà mai soccombere alla contingente scelta (contro)riformatrice.

È dunque l'occasione anche per una più ampia riflessione sul ruolo delle corti nella difesa dei diritti sociali, dopo le torsioni di questi anni che per le ragioni del risanamento dei bilanci nazionali hanno giustificato i sacrifici ed i tagli alla spesa pubblica, con il conseguente impoverimento del sistema di protezione sociale che addirittura aveva costituito l'elemento costitutivo e qualificante del modello europeo. Dalle analisi¹⁶ di quanto negli ultimi anni, a diversi livelli, è successo, non potrà non rimarcarsi il fondamentale apporto delle giurisprudenze nella costruzione di una linea (per quanto tortuosa, ed a volte frammentata) di resistenza alle ragioni predominanti dei bilanci e delle economie. Noi su queste linee di tendenza, accanto all'analisi delle politiche del diritto, riteniamo di dover tenere accesa l'attenzione di questa Rivista, e dei suoi lettori: anche per contribuire a costruire un futuro che dei diritti e delle tutele nel lavoro non può fare a meno se davvero vuole promuovere progresso ed eguaglianza.

13. Cfr. più avanti, R.Riverso, in questo Obiettivo, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd. Jobs Act*

14. V. S.Giubboni, A.Colavita, in questo Obiettivo, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*.

15. V. F.Buffa, in questo Obiettivo, *La compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*.

16. Si rimanda alla lettura dei due saggi presenti in questo Obiettivo, rispettivamente di A.Albanese e di G.Bronzini.

La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act

di Roberto Rivero

All'indomani della legge Fornero, quando venne formulata la teoria del fatto materiale (ovvero che si potesse estinguere un rapporto di lavoro semplicemente contestando un nudo fatto materiale), avevamo scritto che si trattasse di una vera e propria aberrazione sul piano intellettuale. Tanto sembrava assurda ed ingiusta. Ed invece la nuova disciplina dei licenziamenti delineata dal cd *Jobs act* ha accolto testualmente proprio la tesi del "fatto materiale". Ma non solo: la frantumazione delle tutele a seconda della data di assunzione, la proclamata irrilevanza del principio di proporzionalità, il deferimento dell'onere della prova a carico del lavoratore, hanno in realtà prodotto una più ampia rottura del principio di eguaglianza e di solidarietà nei luoghi di lavoro, che non aveva avuto ancora eguali.

1. L'effetto reale della riforma

Anche la disciplina dei licenziamenti disciplinari, come quella delineata più in generale nel d.lgs 4.3.2015 n.23, è stata improntata sulla scorta della tambureggiante direttrice di marcia - finita per diventare luogo comune da almeno un decennio - secondo cui per poter sviluppare le assunzioni o gli investimenti, bisogna promuovere una *maggiore libertà in uscita* dal mercato del lavoro; e quindi *facilitare i licenziamenti*, come direbbe la vulgata corrente.

Sul piano tecnico però questo mantra assillante è stato tradotto soltanto in una disciplina che "*sanziona in modo meno rigoroso i licenziamenti illegittimi*". Che sposta cioè il maggior costo dell'esercizio illegittimo della potestà di licenziare, da una parte all'altra del rapporto contrattuale. Nel nostro caso, dalla parte inadempiente a quella adempiente; da quella economicamente e giuridicamente più forte a quella più debole.

Dal punto di vista tecnico giuridico, infatti, col Jobs act - che si occupa solo di tutele (come la legge Fornero) - i licenziamenti non saranno più o meno difficili; ma saranno lo stesso facili o lo stesso difficili, come prima (a seconda del vostro punto di vista): perché la possibilità di licenziare, in modo più o meno

agevole, non deriva da queste nuove norme, ma da altre che non sono state toccate dalla riforma.

Quello che dunque cambia con le riforme in oggetto e, con questa in particolare, è soltanto che sarà possibile estinguere un rapporto, *secundum legem*, anche in caso di licenziamento illegittimo. Perché ora, in molti più casi di prima - anche come dicono gli artt. 3 e 4 del d.lgs 23/2015 per la mancanza di giustificazione, per la mancanza di motivazione o per la violazione della procedura disciplinare - il giudice, ciononostante, *dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna, il datore al pagamento di una indennità risarcitoria*.

Ecco quindi che cosa cambia: il lavoratore sarà meno tutelato a fronte di un licenziamento illegittimo.

2. Tutele crescenti?

Ciò posto - prima di addentrarci nell'analisi delle nuove norme in materia di licenziamenti disciplinari - anzitutto un chiarimento sulla tipologia dei contratti di cui ci dobbiamo occupare. Secondo il titolo che è stato dato al decreto legislativo la nuova disciplina nasce sotto l'insegna dei *contratti di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*.

Un titolo accattivante, la cui scaturigine sta nell'art.1, comma 7 della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183. Resterebbe deluso però chi si aspettasse una spiegazione razionale, in grado di giustificare quell'appellativo «di contratti a tutele crescenti». Una etichetta, la quale può essere spiegata con ragioni di marketing, legate ai modelli di comunicazione cui oramai nel mondo della economia globale deve obbedire anche la presentazione di una legge; che non a caso è stata chiamata dal Governo, all'americana, «Jobs act»: mentre è soltanto una italianissima normativa sul lavoro. Ma oramai le leggi si fanno più per essere presentate ai mercati ed all'Europa; che per disciplinare e risolvere con coerenza problemi reali. E capita spesso che sotto una etichetta si nasconda un prodotto diverso da quello che essa promette di contenere. È già successo con la riforma Fornero: quando si era detto che dopo la legge gli investitori stranieri - già in attesa alla frontiera - sarebbero venuti in fretta ad investire in Italia. I fatti hanno poi dimostrato il contrario; dall'approvazione della legge Fornero - e dalle politiche di austerità praticate dal governo Monti, Letta e Renzi - la disoccupazione è aumentata dall'8,4 del 2011 al 12,8 del 2014; ed il PIL è andato calando negli ultimi anni fino al -1,9%.

Vedremo cosa succederà con questa disciplina che sarà meglio chiamare “nuova disciplina sui licenziamenti” (più che Jobs act o disciplina sui contratti a tutele crescenti). Intanto nella ridda dei numeri che ogni giorno si susseguono in materia, registriamo l'opinione insospettabile di un tecnico, come l'ex Ministro del lavoro e attuale presidente dell'Istat Giovannini, che ha bocciato come nullo l'effetto delle politiche del lavoro del Governo Renzi sull'andamento occupazionale. E ciò, malgrado la congiuntura estremamente favorevole nel periodo¹. E nonostante, lo stesso Governo abbia elargito all'impresa che intendono assumere grossi incentivi, prevedendo nella legge di stabilità la totale decontribuzione per tre anni e vantaggiosi sconti sull'IRAP (un beneficio di diverse migliaia di euro all'anno; tant'è che molti hanno prima licenziato e poi riassunto a tutele crescenti, per risparmiare).

Quello che è certo è che - a dispetto di quanto si sarebbe indotti a pensare - nei contratti a tutele crescenti non c'è nessuna nuova tutela; tanto meno crescente, rispetto a quelle che già conosciamo. Quello che cresce - ed è un modo beffardo di presentare le cose - è solo il fatto che con questa legge in caso di licenziamento illegittimo per mancanza di giustifica-

zione (quando non si applica la reintegra) il lavoratore fruirà di un indennizzo che è legato soltanto agli anni di anzianità di servizio (due mensilità per anno), con un minimo di 4 mensilità ed un massimo di 24. Ecco cosa cresce: l'indennizzo per licenziamento illegittimo. Rigidamente determinato in base all'anzianità. E senza nessun margine di valutazione giudiziale.

Se si pensa che nella determinazione dell'indennizzo non contano altri fattori di carattere personale o reale; che nessun ruolo gioca - in caso di licenziamento disciplinare - neppure l'entità della colpa del lavoratore o la proporzionalità dell'addebito; che il giudice non deve valutare nemmeno quanto fosse disonorevole l'ipotesi formulata nell'addebito datoriale; si può dire che si tratti di una disciplina che ha avuto di mira esclusivamente l'interesse dell'impresa a sapere quanto costi licenziare (in modo illegittimo) un lavoratore. Chi vuole licenziare può quindi farsi due semplici conti. E si dice già che con le nuove norme convenga assumere nel triennio per poi licenziare illegittimamente (si pagano 6 mensilità, ma si risparmia rispetto ai contributi).

3. Ambito di applicazione. La differenziazione delle tutele.

La nuova normativa detta un'intera disciplina per i licenziamenti di ogni tipo (economici e disciplinari; individuali e collettivi). E si applica soltanto ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della legge. Non tocca l'art.18 della legge 300, che sopravvive ma per i vecchi assunti. Si è creata quindi una distinta disciplina che si affianca a quella preesistente e si applica ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo. Così esisteranno due discipline; quella attuale, in nulla modificata dalla nuova normativa che si applica a tutti i rapporti già in atto; e la nuova disciplina che si applica ai rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo. Pertanto, il discrimine temporale che consente l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina non è legato alla data di intimazione del licenziamento (come con la legge Fornero), ma esclusivamente alla data iniziale del rapporto da cui si recede, cioè se il rapporto sia stato instaurato prima o dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo (art. 1, comma1).

Questo meccanismo da un lato consentirà alle due distinte normative una prolungata convivenza (considerato che la disciplina di cui agli artt. 18 legge n. 300

1. V. l'intervista in La Repubblica 28.8.2015: «Guardando i numeri, cosa sta succedendo nel mercato del lavoro italiano? È molto semplice: il numero di occupati a giugno 2015 è identico a quello di giugno 2014, il numero dei disoccupati è cresciuto di 85 mila unità, e il numero degli inattivi è diminuito di 131 mila. Questo vuol dire che l'effetto complessivo delle misure adottate per il lavoro è stato finora nullo. Aggiungo che il numero di giovani occupati (860 mila, 80mila in meno di un anno fa) è al minimo storico».

del 1970 e 8 legge n. 604 del 1966 riguarda recessi datoriali da rapporti instaurati fino al 2015, la stessa continuerà ad applicarsi per i prossimi decenni); dall'altro determinerà distinte tutele a fronte di uno stesso licenziamento (si pensi all'ipotesi di licenziamenti plurimi o collettivi di lavoratori assunti sia prima sia dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, per i primi si applicherà la disciplina di cui agli artt. 18 legge 300 del 1970 e 8 della legge n. 604 del 1966, mentre per i secondi si applicherà la nuova disciplina).²

Ciò determinerà non solo distinte tutele sostanziali; ma anche distinti modelli processuali: giusto per semplificare la vita dei giudici. Infatti i nuovi licenziamenti non potranno essere giudicati con il rito Fornero; mentre i vecchi sì. L'art.11 del decreto legislativo stabilisce infatti che non si applichino ai licenziamenti i commi della legge Fornero relativi al rito.

La situazione è ulteriormente complicata dalla previsione del terzo comma dell'art. 1 secondo il quale la nuova disciplina si applica anche ai lavoratori assunti precedentemente dall'entrata in vigore del decreto legislativo qualora il datore di lavoro sia passato da un organico di 15 o meno dipendenti a più di 15 dipendenti in conseguenza di assunzioni avvenute successivamente l'entrata in vigore del decreto legislativo. La norma costituisce un incentivo verso nuove assunzioni, in quanto il datore di lavoro che assumendo dei lavoratori vada a superare il limite dei 15 dipendenti può usufruire della nuova disciplina, certamente più favorevole, a prescindere dalla data di assunzione dei lavoratori.

L'art. 1, oltre al discrimine temporale, dispone che la nuova disciplina si applichi solo per coloro che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri. L'espresso riferimento alle categorie cui la norma si applica porta ad escludere che la stessa possa applicarsi ai dirigenti. In realtà l'esclusione dei dirigenti non ha alcun effetto pratico - per quanto riguarda il rapporto di lavoro privato - in quanto a tale categoria non si applicano neppure le attuali disposizioni di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966; eccezione fatta per i primi tre commi dell'art. 18 relativamente al licenziamento nullo, discriminatorio, illecito³. Ne consegue che ai (nuovi) dirigenti non si applicherà la nuova disciplina, ma continueranno ad applicarsi i primi tre commi dell'art. 18 anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Considerato, tuttavia, che la disciplina dei primi tre commi dell'art. 18 è sostanzialmente identica a quella prevista nell'art. 2 del decreto legislativo, l'esclusione dei dirigenti non avrà alcun effetto pratico se non quello di consentire la vigenza dell'art. 18 (nonché del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012) anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo (ciò che è un effetto obiettivamente ingiustificato ed incongruo).

In pratica, ad un dirigente licenziato anche dopo la nuova normativa, basterà impugnare sostenendo in via principale, insieme alla mancanza di giustificazione (che non rientra nell'art. 18) del licenziamento, di essere stato discriminato o vessato in modo illecito (che invece vi rientra) per fruire del più veloce rito Fornero anche sulla domanda subordinata di tutela obbligatoria (ancorché estranea all'art.18), se vero è⁴ che il rito Fornero deve essere esteso anche alle "domande diverse" da quelle ex art. 18 che si fondano però sui "medesimi fatti costitutivi".

4. I licenziamenti disciplinari

Dunque il nuovo legislatore non si è occupato soltanto dei licenziamenti economici (per giustificato motivo oggettivo o collettivi) che toccano il potere di dimensionamento delle imprese per motivi produttivi. Ma anche di quelli disciplinari (detti anche per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, oppure per mancanze, per colpa, per motivi soggettivi, per inadempimento del lavoratore). Si tratta, all'evidenza, di provvedimenti che non riguardano la giustificazione solitamente addotta da chi ha sempre invocato la sostituzione della reintegrazione con la tutela indennitaria: ovvero la necessità di preservare la discrezionalità dell'impresa nella riorganizzazione e nella determinazione del proprio organico, senza sovrapposizioni di valutazioni diverse effettuate in sede giudiziaria.

Nel licenziamento disciplinare il posto di lavoro esiste; non viene soppresso; non è interessato da modificazioni organizzative. Deve essere attribuito ad un lavoratore. Non viene in gioco alcuna facoltà discrezionale di organizzazione dell'attività aziendale. Dunque per esso quella giustificazione organizzativa sempre invocata per *facilitare* i licenziamenti, non potrebbe trovare coerente applicazione.

2. Così G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, inedito.

3. Su tali aspetti G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, inedito.

4. Su cui da ultimo sembra essersi espressa in senso contrario la Cass. con sentenza 16662/2015.

Per i licenziamenti disciplinari si è sempre detto e scritto il contrario, fin dagli anni 70: che essi attengono a questioni che coinvolgono veri e propri *principi di civiltà* (v. sentenza 427/1989 Corte Cost.). Ed in effetti, siamo nel campo delle sanzioni private, che una parte di un rapporto contrattuale ha il potere di irrogare nei confronti dell'altra; un potere anomalo per ogni altro rapporto contrattuale; ma non nel nostro, di cui costituisce anzi elemento costitutivo fondamentale, integrando la stessa nozione di lavoro subordinato. Si parla di sanzioni (conservative ed estintive) che possono incidere sulla persona e sulla sua dignità, per tutto quello che sappiamo essere insito nel lavoro, sul cui valore le più belle espressioni vengono oramai dal (solo) Papa Francesco.

Ed è per questo che la legge assoggetta questo genere di licenziamenti ad alcuni presupposti costitutivi: quali la prova dell'esistenza della responsabilità (a carico del datore di lavoro), la proporzionalità della sanzione, l'immediatezza della contestazione, una rigida procedura, dei termini tassativi. Talché le stesse sanzioni non dovrebbero essere convalidate nei loro effetti (conservativi o estintivi) se quelle condizioni che le sorreggono dovessero rivelarsi inesistenti alla verifica giudiziale.

Riconoscere l'effetto estintivo ad un licenziamento disciplinare anche in mancanza di proporzionalità, di immediatezza, del rispetto delle garanzie difensive, o addirittura di responsabilità soggettiva, ha un significato che stride sul piano sistematico perché la prima delle tutele riconosciute dalla legge in tutti i rapporti, quando possibile, è la tutela in forma specifica (artt. 2058 cc).

Non solo. È anche un assunto incoerente sul piano della *ratio*, perché il posto esiste e non si capisce perché debba essere sottratto proprio al lavoratore che si è difeso in giudizio riuscendo a dimostrare che le condizioni del potere di licenziamento erano inesistenti. Si tratta piuttosto di un modello legale che risponde ad una visione dei rapporti sociali in cui prevale la dimensione economica sulla stessa dignità della persona. Si riconosce ad una parte il potere di accusare in modo illegittimo l'altra parte di un illecito personale (grave e gravissimo); e di pagare per questo soltanto un piccolo costo fisso, peraltro già preventivato. Una disciplina che non può non alterare in senso autoritario lo già squilibrato assetto del rapporto di lavoro; e

rimettere - ancora più saldamente - nelle mani di una sola parte contrattuale la leva del potere all'interno dei luoghi di lavoro; anche nel corso del rapporto.

5. La disciplina legale

Rispetto alla quadripartizione delle tutele (reale ed indennitaria, ciascuna nella versione forte ed attenuata) introdotta dalla riforma Fornero con il cd spacchettamento, al posto della unica reintegra dell'art.18 vecchio conio, che cosa cambia con il d.lgs n.23/2015?

Intanto rimane il giudizio bifasico. La prima valutazione, quella che attiene alla questione della legittimità o meno del licenziamento, il giudice la deve effettuare secondo le regole generali che conosciamo in materia di discriminatorietà, illiceità, giustificatezza ecc. Proprio perché questa normativa non incide sul potere di licenziare ma sui costi, occorre tener presente che i requisiti formali e sostanziali di un licenziamento sono (all'incirca) quelli soliti. Si tratta di un atto formale *ad substantiam*, recettizio, causale, soggetto ad un obbligo di motivazione, procedimentalizzato (per lo più), e sottoposto a divieti.

Pertanto, sempre che il licenziamento sia illegittimo secondo i consueti canoni, solo nella seconda fase della valutazione, quella che attiene cioè alla scelta della tutela, il giudice si troverà di fronte nuovamente tutte e quattro le tipologie di tutele che avevamo imparato a conoscere con la riforma del 2012. Rimane la reintegra piena (per il licenziamento discriminatorio, nullo, inefficace perché orale). Rimane la tutela reintegratoria attenuata (per l'ingiustificatezza qualificata, poi vedremo quale). Rimane la tutela monetaria piena (per l'ingiustificatezza semplice); e rimane la tutela monetaria attenuata (per i vizi procedurali e della motivazione). Quindi resta la pluralità delle tutele: ne vengono però ridisegnati i contorni e i contenuti. Cambiano i confini, le aree, i cerchi concentrici delle varie tutele: generalmente, con una forte riduzione dell'area della tutela reintegratoria ed un aumento dell'area della tutela indennitaria, che però diminuisce anche di peso, ossia nel quantum rispetto a prima⁵. La tutela del lavoratore per la perdita illegittima del posto di lavoro diminuisce quindi in assoluto. Anche se non manca un'incoerenza sistematica per

5. L'indennità così calcolata in ogni caso non può essere inferiore a 4 mensilità e superiore a 24; rispetto alla disciplina dettata dall'art. 18, comma 5, la norma costituisce un evidente arretramento della tutela predisposta in favore del lavoratore, in quanto non solo le ipotesi in cui è consentita la reintegrazione diventano del tutto marginali, ma l'entità del risarcimento può subire un drastico ridimensionamento rispetto al passato per lavoratori con anzianità di servizio non elevata: infatti si passa da un minimo inderogabile di 12 mensilità di cui all'art. 18, quinto comma, ad un minimo di 4 mensilità di cui all'art. 2, primo comma del decreto legislativo; per tutti i lavoratori licenziati con anzianità non superiore ai sei anni di servizio il risarcimento spettante sarà certamente inferiore a quello previsto dall'art. 18, quinto comma, mentre solo per anzianità più elevate, almeno da 9-10 anni in su, il lavoratore potrà ottenere risarcimenti maggiori rispetto a quelli ordinariamente liquidati in sede giudiziale in applicazione dell'art. 18, quinto comma.

il licenziamento per inidoneità psicofisica che passa dal secondo gradino al primo nella scala della tutela reintegratoria. Mentre è sparita del tutto la disciplina del licenziamento per superamento del periodo di comperto.

6. Le questioni più dibattute nella normativa Fornero

Dopo la riforma Fornero del 2012 per i licenziamenti disciplinari si era aperta una accesa querelle interpretativa volta alla delimitazione del confine tra le varie tutele che la legge delineava con criteri selettivi non precisi.

I problemi principali riguardavano: a) la nozione di *fatto contestato* la cui mancanza conduce alla reintegra; b) l'identificazione delle *altre ipotesi* che portano alla tutela indennitaria; c) la questione del rapporto tra giudice e previsioni disciplinari; il problema cioè della lacuna e della genericità delle previsioni disciplinari (se e come potessero essere colmate dal giudice); d) più in generale il ruolo del principio di proporzionalità della sanzione disciplinare nella scelta della tutela (se ne avesse ancora uno, tanto più dopo l'emendamento espulsivo del riferimento all'art.2106 cc nel corso dell'approvazione della legge n. 92/2012). Oltre a questi, all'interno della stessa tipologia di licenziamenti disciplinari, rimanevano e rimangono aperti altri notevoli problemi, ancora più specifici: e) Non sono chiari del tutto i rapporti tra licenziamento disciplinare immotivato che la legge qualifica inefficace; e il licenziamento ingiustificato per mancanza del fatto il quale sembra postulare un fatto contestato come giusta causa. In sostanza, *quid iuris* se manchi la contestazione di un fatto o vi sia un difetto di correlazione tra contestazione e licenziamento? Quale tutela si applica: quella relativa all'inefficacia o quella prevista per la mancanza del fatto? f) Non è chiaro il rapporto tra il licenziamento disciplinare immotivato (che tale rimanga anche nel processo) e licenziamento discriminatorio, se è vero che quest'ultimo può essere oggi qualificato in base ad elementi di fatto liberamente selezionabili dal giudice che spostano sul convenuto l'onere della prova dell'inesistenza della discriminazione (ex art. 28, 4° del d.lgs 150/2011). g) Non sono chiari i confini della nullità del licenziamento; quali siano cioè le varie ipotesi; alcuni vi riconducono attraverso la frode alla legge anche casi di fatti disciplinarmente rilevanti, solo perché lievi o lievissimi (*quid iuris* per l'illecito lievissimo, non contemplato da nessuna previsione disciplinare?) h) non è chiaro quale sia il peso del vizio di immediatezza della contestazione e di intemperività del recesso. Dove si collocano questi vizi nell'art. 18 riformato? i) Non è chiaro quale sia il ruolo della to-

tale omissione della procedura di contestazione: solo inefficacia o mancanza del fatto contestato?

Tutto ciò – unito all'incertezza ancora più grande che regnava sulle disposizioni di natura processuale introdotte dalla legge Fornero – aveva portato ad un'enorme alea nei giudizi sui licenziamenti. Ed ad un notevole ampliamento della discrezionalità dell'interprete; creando per contro enormi incertezze in chi si rivolgeva ai giudici. Il risultato è stato un impennarsi delle conciliazioni. La tutela dominante con la legge Fornero è stata quella - quasi sempre monetaria - che deriva dalla conciliazione, almeno in larghe parti d'Italia.

7. Le soluzioni del Jobs act

Che cosa ha fatto allora il nuovo legislatore? Ha rimediato ad alcuno di questi problemi dettati dalla legge Fornero? Ha tratto tesoro di due anni di dibattiti e di applicazione della normativa per non ripetere errori, ovviarvi, chiarire qualcosa, rassicurare i destinatari delle norme? O ne ha creato dei nuovi?

Per quanto riguarda il processo ha risolto il problema con la brillante trovata di non ritenere applicabile ai nuovi licenziamenti il rito Fornero (art. 12). Quindi una terza via: né abrogazione, né mantenimento in toto del rito Fornero, ma sua disapplicazione per i nuovi licenziamenti. Col risultato assurdo che potrà accadere che per uno stesso licenziamento plurimo o collettivo (che presupponga l'applicazione di diverse discipline) avremo l'applicazione di riti diversi.

Ancora più devastante è stato poi l'impatto che la nuova normativa ha avuto sulla sostanza dei problemi segnalati in materia di licenziamento disciplinare.

Nel vigore della controversa normativa introdotta dalla legge Fornero, c'era un unico punto su cui i giudici avevano alla fine trovato un accordo. Ed era che sul problema principale della nozione di "fatto", la cui *mancanza* portava alla reintegra, bisognasse approdare - si potrebbe dire senza eccezione alcuna - alla tesi del fatto giuridico o comunque dell'inadempimento colpevole. Ed avevano perciò essi rifiutato la tesi del fatto materiale (di derivazione penalistica). Essenzialmente per due motivi, letterali e logici. Primo. Perché l'art.18 discorre di *fatto contestato* (comprensivo quindi anche di altri elementi non materiali), talché era insostenibile a livello esegetico che ai fini dell'estinzione del rapporto fosse sufficiente un mero fatto materiale senza guardare a tutti gli elementi della contestazione. Secondo. Perché era ingiusto lasciare fuori dal fatto la rilevanza disciplinare, la responsabilità, l'imputabilità, l'antigiuridicità, la colpa, il caso fortuito, il difetto di proporzionalità, ecc. in quanto ciò avrebbe significato rimettere nelle mani del datore l'estinzione del rapporto di lavoro

per qualsivoglia genere di ragione, anche di natura pretestuosa: bastava appunto un mero fatto, anche di infima, se non di nessuna rilevanza disciplinare. E ciò non era giusto. “*Il fatto contestato*” doveva dirsi perciò insussistente anche se, ad esempio (nell’ipotesi in cui fosse stato contestato un furto), non solo esso non fosse stato mai materialmente commesso dal lavoratore, ma anche se l’impossessamento del bene fosse avvenuto a seguito di autorizzazione, oppure per errore, o in stato d’incoscienza o per forza maggiore o senza fine di profitto; o fosse – almeno secondo una certa tesi - di infima entità.

All’indomani della legge Fornero, quando venne formulata la teoria del fatto materiale (ovvero che si potesse estinguere un rapporto con accesso alla sola tutela indennitaria per un nudo fatto materiale), avevamo scritto che si trattava di una vera e propria provocazione sul piano intellettuale. Tanto sembrava assurda. Ed invece ... la nuova legge ha accolto testualmente proprio la tesi criticata. Del tutto inaspettatamente, la categoria del fatto materiale è ritornata in auge⁶.

La legge ha stabilito (art. 3, 2° comma) anzitutto che in mancanza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo spetti l’indennizzo crescente da 4 a 24 mensilità, mentre la reintegra si può disporre *esclusivamente* in caso di “*insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la proporzione del licenziamento*”. Non si può dire, questa volta, che il legislatore non fosse avvertito, o che ignorasse che cosa vi sia dietro questa formula. Non si può dire che non sia stato chiaro. Se ha utilizzato quella espressione deve ritenersi che l’abbia fatto con cognizione di causa; sapendo e volendo autorizzare i risultati che essa è in grado di conseguire. Perciò nella nuova disciplina dei licenziamenti per i cd contratti a tutele crescenti la mancanza di elemento soggettivo, o di anti giuridicità, o di rilevanza disciplinare, o la presenza di forza maggiore, la mancanza di gravità già in astratto, dovrebbe condurre de plano all’estinzione del rapporto con tutela indennitaria (nel limite da 4 a 24 mensilità), poiché si tratta di casi che non comportano il venir meno del fatto nella sua dimensione materiale.

Se al lavoratore viene contestato di aver prelevato dal magazzino un bene (fatto materiale vero) senza autorizzazione, a nulla servirà obiettare che gli servisse per lavorare.

E ciò vale anche per il difetto di proporzione: come per il ritardo di un minuto, o il furto di uno spillo, che ai fini della reintegra non varranno a nulla.

Nel nuovo regime pertanto il discrimine tra la tutela reale ed un indennizzo (anche di sole 4 mensilità) dovrebbe passare soltanto dalla circostanza che il datore di lavoro abbia addossato al lavoratore un fatto materiale vero. Se poi il lavoratore non ne sia responsabile sul piano soggettivo o addirittura per irrilevanza del fatto, questo non dovrebbe avere alcun peso ai fini della tutela reintegratoria.

È possibile questo? Oppure, contro questo esito paradossale muovono ragioni di razionalità e di giustizia che derivano dall’impianto laburistico della nostra Carta Costituzionale?⁷

8. Il precedente della sentenza n. 23669 del 6.11.2014 della Cassazione

Prima di rispondere a questa domanda centrale che campeggia su tutta la nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari, va aggiunto per completezza che una mano a questa soluzione legislativa sembra averla data una sentenza della Cassazione che nel novembre del 2014 (sentenza n.23669 del 6.11.2014) pronunciandosi riguardo all’art. 18 riformato dalla legge Fornero ha sposato anch’essa la teoria del fatto materiale, sostenendo (con parole che sembrano poi transitate, anche sul piano lessicale, nella legge successiva) che già nell’art.18 in vigore «*la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento ed esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato*».

Si tratta però di affermazioni che integrano solo un *obiter dictum*. Infatti per un verso la sentenza della Cassazione non trovava la propria *ratio decidendi* nella nozione di fatto materiale: posto che il caso riguardava un direttore di banca accusato di incaricare abitualmente i dipendenti della filiale di fargli la spesa (comprargli il pesce), la Corte di Cassazione ha confermato la mancanza del fatto contestato nella dimensione storica dell’abitudine, come congruamente motivata dal giudice d’appello e quindi ha rigettato il

6. Su cui vedi le giuste riserve di A. Terzi, *Jobs Act, le modifiche all’art.18 dello Statuto: le vere ragioni, le conseguenze concrete*, in *Questione Giustizia on line*, http://questionegiustizia.it/articolo/jobs-act_le-modifiche-all-art_18-dello-statuto_le-vere-ragioni_le-conseguenze-concrete_19-12-2014.php.

7. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP CSDLE Massimo D’Antona, parla di previsione abnorme, manifestamente irrazionale, in evidente contrasto con l’art. 3 Cost. e con l’art.39 finendo per svuotare di qualunque rilievo le previsioni collettive in materia di graduazione delle sanzioni.

ricorso. Una volta escluso che il fatto come contestato sussistesse, non si chiedeva alla Corte di cassazione di chiarire quale fosse la corretta portata della stessa nozione, ovvero se ai fini della reintegra fosse richiesta una lettura dell'elemento in questione ristretta, limitata al fatto materiale, oppure estesa sino a comprendere il fatto giuridico.⁸ La ragione giuridica della decisione presa dalla Corte non dipendeva perciò dall'analisi del concetto (materiale o giuridico) di fatto. Non c'era necessità di pronunciarsi sul punto. In ogni caso quelle effettuate dalla sentenza non sono affermazioni che possono essere condivise. Anzitutto perché la sentenza sposa la teoria del fatto materiale ma non dice quando ricorra e cosa ci sia nel fatto materiale. Non dice se ad es. la mancanza dell'elemento soggettivo, dell'antigiuridicità, l'irrilevanza disciplinare lascino in vita il fatto o producano lo stesso la sua insussistenza. Non prende in considerazione il dibattito che si è sviluppato dopo la riforma ex l. 92/2012. Aggiunge poi che nel fatto non ci sta la proporzionalità: ma anche su questo punto non accenna ad una motivazione. Dice che il giudice non ha discrezionalità in proposito, ma non considera che tutti i codici disciplinari contengono clausole di gradualità («nei casi più gravi»), e comunque previsioni generiche ed elastiche, che modulano le condotte previste in vari stadi (gravi, medi, lievi) attraverso la mediazione dell'interprete; al quale rimettono quindi una ampia discrezionalità. Né tra l'altro chiarisce se l'abitudine di un inadempimento riguardi il profilo storico della condotta e non piuttosto quello della gravità. Diversamente dal campo penale, in cui l'abitudine è per alcuni reati un requisito costitutivo del fatto, ai fini della risoluzione di un rapporto di lavoro si potrebbe sempre sostenere che la reiterazione dell'illecito integra un elemento che attiene alla dimensione della gravità dell'inadempimento e non a quella del fatto materiale. E dunque se la reintegra è legata all'insussistenza del fatto materiale, la Cassazione avrebbe dovuto annullare la sentenza e disporre che si applicasse solo la tutela indennitaria. Ed era anche questa una questione preliminare che la Corte avrebbe dovuto affrontare.

Non si crede che questa sentenza della Cassazione possa avere effetti sull'interpretazione dell'art.18 in vigore. Certamente i giudici di merito saranno ora chiamati a spiegare come e perché non si giustifichi la tesi sostenuta dalla stessa Corte di Cassazione, che ha riaperto un fronte di discussione che sembrava chiuso. Ma come si è aperto si chiuderà, perché nell'art.18 in vigore la formula di legge è diversa da quella del Jobs act: si parla di fatto contestato e non solo di fatto materiale.

9. Il ritorno del “fatto materiale”

Riprendiamo la formula dell'art.3, 2 comma che riecheggia, anche sul piano lessicale, le parole dette nella sentenza della Cassazione: la norma dice testualmente (art. 3, 2° comma) che la reintegra può ordinarsi *esclusivamente* in caso di «*insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*».

Come si deve intendere allora questa formula? in senso letterale? È possibile che un mero fatto contestato possa condurre all'estinzione anche se irrilevante sul piano disciplinare, anche se carente dell'elemento soggettivo, anche se scriminato, o soggetto a forza maggiore, ecc.? E' consentito questo dalle regole costituzionali riferite alla tutela del lavoro?

Toccherà nuovamente agli interpreti adoperarsi per superare almeno le più perniciose conseguenze insite nella nuova disciplina delineata nel decreto attuativo del Jobs act, e per riportare all'interno della tutela reintegratoria anche fattispecie che di certo non riguardano il fatto materiale (come l'irrilevanza *in iure* del fatto, la carenza dell'elemento soggettivo, il fatto scriminato, o soggetto a forza maggiore). È inevitabile che questo accada.

Si dice sempre quando si parla dei licenziamenti che il legislatore non è vincolato sul piano costituzionale ad adottare la reintegra: la Corte costituzionale ha affermato anzi che questa non è l'unica obbligatoria tutela che la legge può prevedere contro il licenziamento illegittimo. Questo è vero. Ma una disciplina di tutela contro il licenziamento pone non soltanto un problema di effettività. Pone anche un problema di razionalità e di rispetto dell'eguaglianza. E sotto questi aspetti il legislatore non può accordare la reintegra solo per la mancanza del fatto materiale e non accordarla (arbitrariamente) per mancanza dell'elemento soggettivo, dell'antigiuridicità e della rilevanza disciplinare della condotta. Non può farlo perché la norma sarebbe gravemente sospetta sul piano costituzionale. Una volta mantenuta la diversità di tutele, la distinzione tra l'una e l'altra deve passare comunque attraverso un criterio equo e razionale; che non pare possa essere integrato dalla sola mancanza di un *fatto materiale*. E perciò la norma dovrà fare i conti con gli interpreti e con la Corte Costituzionale.

Anche chi non ha dubbi⁹ che fatto materiale significhi «*un fatto depurato da ogni qualificazione giuridica*», e che pertanto non vi possa rientrare il fatto esistente ma «*privo di qualsiasi natura disciplinare*»

8. Cfr S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP CSDLE Massimo D'Antona,

9. Come Marco Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* (un commento provvisorio dallo schema al decreto) in WP CSDLE “Massimo D'Antona”, IT – 236/2015.

oppure «*non imputabile*» al lavoratore ex art. 1218 cc («*perché commesso senza una colpa o per forza maggiore*»), riconosce che è necessario ammettere la reintegra anche in questi ultimi casi in cui ciò che rileva è la «*qualificazione giuridica*» del fatto come imputabile o commesso senza colpa: anche perché altrimenti «*il licenziamento risulterebbe del tutto carente di motivazione e quindi se non nullo certamente meritevole della sanzione più consistente*». Senonché, non si può confondere il vizio della motivazione con quello della giustificazione; né con i presupposti per la tutela reintegratoria, oggi ristretti dal legislatore «*esclusivamente*» alla mancanza del fatto materiale.

Anche un fatto disciplinarmente irrilevante o incolpevole può, infatti, rispettare il requisito formale della motivazione; senza che da questo possa derivare la reintegra. Ma se il fatto contestato non è un'infrazione disciplinare o un fatto colpevole si deve dire che il fatto è insussistente non dal punto di vista materiale, né della motivazione: ma appunto dal punto di vista disciplinare, che è un'ottica eminentemente giuridica. La cui mancanza dovrebbe portare ancora alla reintegra.

Se a tutto questo di nuovo approderemo (grazie alla interpretazione costituzionalmente orientata o attraverso il giudizio di costituzionalità), come lasciano supporre anche i primi commenti della normativa¹⁰, allora si può dire che il legislatore ha per certi aspetti, ancora una volta, tentato un improvvido bluff. Come un giocatore in difficoltà, ha fatto soltanto la voce grossa, ma poi - auspicando una pronuncia della Cassazione - ha calato sul tavolo da gioco la carta del fatto materiale che però vale poco; soprattutto perché deve fare i conti con gli altri giocatori che siedono al tavolo e che sono chiamati a stabilire quanto essa possa valere. Anche interrogandosi sul rapporto tra fatto e mancanza di motivazione, tra fatto ed apparente motivazione, tra fatto contestato e identità o diversità del fatto, tutte questioni che potrebbero portare a ritenere la mancanza del fatto materiale contestato. Alla quale potrebbe giungere anche il difetto di immediatezza alla stregua di un difetto del potere di contestazione che incide ancora più a monte sull'esistenza del fatto materiale contestato (più che sulla procedura).

10. La mancanza di proporzionalità

Anche la nuova disciplina della mancanza di proporzionalità del licenziamento disciplinare suscita pesanti perplessità. Secondo la chiara lettera della norma (art.3) del decreto legislativo, la mancanza di proporzionalità del licenziamento preclude al giudice di accordare la tutela reintegratoria («*resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*»).

Difficile non evidenziare anche qui alcuni aspetti di irrazionalità. Nel caso in cui il codice disciplinare preveda per quel comportamento una mera sanzione conservativa (ad es. un rimprovero) il giudice che dichiari l'illegittimità del licenziamento non potrebbe accordare la reintegra: dunque neanche l'abuso manifesto e consapevole nell'impiego dello strumento disciplinare potrebbe servire allo scopo. Neanche quello che veniva detto una volta il *torto marcio* per l'esplicita previsione di sanzione conservativa - magari richiamata nella procedura di contestazione - potrà portare alla reintegra. A meno che il giudice non individui un caso di licenziamento illecito, pretestuoso, discriminatorio.

D'altra parte rimane aperto il problema dell'indebitamento gravemente sproporzionato «*al limite dell'irrilevante*»¹¹, essendo del tutto evidente che consentire l'estinzione del rapporto di lavoro per un fatto macroscopicamente lieve (ad es. un ritardo di pochi minuti) introdurrebbe gravi sperequazioni nell'ordinamento. Anche in questo caso si potrebbe fare ricorso al correttivo del fatto pretestuoso, abnorme, eclatante, della nullità per frode alla legge; un rimedio già concesso, per motivi di equità, anche da chi nella versione Fornero dell'art.18 non attribuiva (parimenti) alcun ruolo al giudizio di proporzionalità (in mancanza di previsione conservativa) ai fini della reintegra (attenuata).¹²

D'altra parte l'aver escluso qualsiasi ruolo al giudizio di proporzionalità induce ulteriori aspetti problematici nella tenuta di questa disciplina non solo nella tipologia, ma anche sotto il profilo della quantità della sanzione.

Perché anche sotto questo aspetto la legge ha esautorato il ruolo del giudice nella modulazione della sanzione, dove il principio di proporzionalità non

10. Oltre a M. Marazza, cit., vedi anche le giuste osservazioni di G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, inedito, il quale rileva che il «*fatto materiale contestato deve per essere tale avere una rilevanza disciplinare e costituire un'ipotesi di inadempimento agli obblighi contrattuali*».

11. F. Carinci, *Un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*; in WP CSDLE Massimo D'Antona.

12. Ma con la evidente contraddizione logica di assicurare, attraverso la nullità del licenziamento, una tutela più ampia a chi ha commesso un fatto lieve, rispetto a chi non ha commesso nessun fatto, cui la legge offre soltanto una tutela reintegratoria attenuata.

gioca alcun peso: l'indennità risarcitoria è legata rigidamente all'anzianità di servizio quale che sia l'entità del fatto commesso. Tant'è che si è già auspicata l'introduzione di una componente di indennità variabile, modulabile alla luce del caso concreto.¹³

Se si considera che l'indennità è insensibile al trascorrere del tempo anche processuale, e che nel contempo la legge ha eliminato per i nuovi contratti il rito veloce introdotto dalla legge Fornero, risulta evidente di quanto venga aggravata col d.lgs n.23 la posizione del lavoratore, a cui viene fatto in sostanza capire che non ha molto da attendersi dall'accesso alla tutela giurisdizionale.

Ma c'è un diverso punto su cui pure andrà misurata la tenuta di questa legge; quando si presenterà il caso di lavoratori accusati di uno stesso fatto e che dinanzi ad uno stessa condotta anche colposa riceveranno risarcimenti differenti. Per la stessa infondata accusa disciplinare - grave o gravissima - rivolta a due persone coinvolte nello stesso fatto, l'esito potrebbe cambiare non in ragione della loro identica incolpevolezza, ma della loro anzianità di servizio. E se poi i lavoratori ingiustamente accusati fossero tre, ed uno fosse stato assunto prima di questa disciplina l'esito potrebbe cambiare in modo ancora più clamoroso.

La misura della sanzione del tutto scollegata dalla vicenda concreta che si giudica, non pare soluzione equilibrata in relazione alle diverse esigenze di ragionevolezza, equità, parità di trattamento, effettività della tutela che dovrebbero essere contemperate nella materia secondo la nostra Costituzione.

11. La prova dell'insussistenza del fatto materiale

Ulteriori gravi perplessità giuridiche nascono dalla previsione secondo cui la tutela reale nel licenziamento disciplinare è ammissibile soltanto se l'insussistenza del fatto materiale sia *direttamente dimostrata in giudizio* (art.3, 2 comma).

Qualcuno ha detto che non si tratta di norma che rivesta carattere di novità rispetto alla disciplina desumibile dall'art. 5 l. 604/66 che pone l'onere della prova della giusta causa a carico del datore.¹⁴

In realtà, anche sul punto la legge contiene una formula normativa chiara su cui difficilmente potrà

farsi finta di niente, e non riconoscere effetto innovativo. Poiché non c'è dubbio che tra prove dirette e prove indirette ci sia differenza sul piano giuridico. Perciò una volta stabilito che il fatto materiale non sussiste perché non vi è la prova della sua sussistenza; e quindi dichiarata la mancanza di giusta causa; se la prova della mancanza del fatto non sia diretta, ma solo presuntiva; o non sia piena, ma derivi dalla applicazione della regola di giudizio *ex* 2697 cc, il giudice - secondo questa norma - non dovrebbe accordare la reintegra ma solo una tutela indennitaria. L'insufficienza della prova in sostanza si ripercuoterà sul lavoratore attraverso un regime che non ha eguali nell'ordinamento lavoristico e che rovescia la sostanza dell'art.3,2° comma della Cost.

È certamente vero che secondo l'art. 5 l. 604/1966, non toccato da questa disciplina, l'onere di dimostrare la giustificatezza del licenziamento incombe ancora sul datore (anche in relazione al principio di proporzionalità). Ma la normativa in discussione ha riguardo letteralmente e logicamente alla individuazione della tutela, che è fase successiva rispetto alla verifica di giustificatezza del licenziamento. E dunque essendosi già accertata l'illegittimità del licenziamento, al momento della individuazione della tutela il giudice dovrebbe irrogare la reintegra solo se risulti la prova dell'insussistenza ossia la prova (negativa) che non sussiste il fatto; mentre non basterebbe la carenza della prova (positiva) della sua esistenza. E per di più occorrerà che la prova negativa sia diretta, ovvero non fondata su presunzioni. La reintegra non potrà essere accordata sulla base della mancanza della prova dei fatti addebitati dal datore; per cui se il lavoratore non disporrà di prove che potranno dimostrare direttamente l'insussistenza del fatto, non potrà essere reintegrato.

Certo è difficile riconoscere un barlume di logica a questa formula esoterica e contorta impiegata dal decreto; lontana anni luce dalla scala dei valori costituzionali e da una concezione del diritto rispondente a canoni di normale giustizia¹⁵. Basterà ipotizzare le più improbabili accuse; inverificabili, astruse contestazioni perché un lavoratore non possa disporre della prova diretta dell'insussistenza del fatto materiale.

Si tratta di riserve che sono destinate ad aumentare se solo si considera poi che siamo nel campo non dei licenziamenti economici - che riguardano il

13. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio*, cit. sia pure insieme alla proposta di una totale e definitiva soppressione della reintegra anche nei licenziamenti disciplinari: come se un indennizzo pur modulabile dal giudice potesse mai compensare la perdita del posto di lavoro per un fatto disciplinare mai esistito o commesso.

14. G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, inedito.

15. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio*, cit. giudica «per certi versi eccessivo» l'effetto prodotto da questa norma. Mentre per F. Carinci, *Un Contratto alla ricerca*, cit. si tratta di «un di più che pare essere scappato dalla penna» che configura un'inversione dell'onere della prova a carico del lavoratore.

dimensionamento e l'organizzazione dell'impresa riservati discrezionalmente al datore – ma dei licenziamenti disciplinari che integrano delle “pene private” inflitte da una parte contrattuale all'altra; e che perciò dovrebbero soggiacere, secondo unanime interpretazione (*in primis* della Corte Costituzionale), ad “*imprescindibili principi di civiltà*”.

Conclusioni

La nuova normativa amplia quindi le possibilità di estinguere in modo illegittimo ogni rapporto di lavoro, pagando anche solo 4 mensilità di retribuzione. Ma in realtà anche 2 o 1 mensilità (a seconda della dimensione aziendale sopra e sotto i 15 dipendenti) con l'*offerta di conciliazione* esentasse che la stessa legge prevede che il datore di lavoro faccia subito al lavoratore, dopo l'atto espulsivo. E che il lavoratore potrebbe non avere l'alternativa di rifiutare. Per tanti buoni motivi: imbarcarsi in un processo che è tornato a farsi lungo, ed in alcune sedi lunghissimo (grazie all'abolizione del rito veloce previsto dalla stessa legge). Costoso, perché ci sarà bisogno di pagare un avvocato specializzato ed anticipare il contributo unificato (introdotto negli ultimi anni). Lastricato di rischi enormi: sostanziali (basta un mero “fatto materiale”, non conta “il principio di proporzionalità”, non conta la colpa soggettiva) e processuali (persino nuovi impensabili oneri probatori, a carico del lavoratore che dovrà dimostrare l'insussistenza del fatto, del tutto contrari all'art.3,2 comma della Cost.). Con la seria prospettiva di essere alla fine condannato alla rifusione delle rilevanti spese legali della controparte datoriale (le sentenze dei giudici del lavoro andrebbero oggi guardate dalla fine, dalla regolazione del codicillo delle spese legali, per capire la mutazione genetica che si è prodotta nell'ordinamento negli ultimi dieci anni).

Anche nella regolazione dei licenziamenti disciplinari è contata alla fine solo la dimensione economi-

ca, rispetto alla dignità della persona. Si è dato alla parte datoriale il potere di accusare un lavoratore di un illecito personale grave e gravissimo (di questo si parla), di cui quest'ultimo potrebbe non essere minimamente responsabile; e pagare per questo soltanto un piccolo costo fisso, già preventivato; nel cui calcolo non hanno alcun rilievo l'entità dell'accusa rivolta, gli effetti prodotti, la mancanza di colpevolezza, ma solo l'anzianità di servizio dell'accusato. Una potente arma di pressione che eserciterà un influsso moderatore su tutto il rapporto. Chi si azzarderà più a porre questioni sindacali, o di sicurezza sul lavoro, o di tutela della professionalità?

Gli effetti di questa normativa non vanno perciò guardati solamente in relazione alla tutela irrisoria, che è stata introdotta nell'ordinamento a proposito dei licenziamenti; ma in relazione agli effetti perniciosi che essa genera su tutto il sistema di legalità del lavoro, con una nuova ulteriore marginalizzazione del ruolo del giudice del lavoro, al quale il lavoratore non ha più molti motivi di doversi rivolgere.

Si tratta di una legge che rischia di produrre uno scadimento definitivo di tutta la legislazione del lavoro. Della sua effettività. Le cui garanzie si tengono le une con le altre.

L'ultimo rapporto 2014 sulle attività di vigilanza del Ministero del lavoro rivela che il 64,1 % delle aziende ispezionate sono risultate irregolari, con un tasso di lavoratori in nero del 42,6%. Si tratta di tassi impressionanti, ma destinati ad aumentare. Con la nuova normativa al datore conviene sempre più l'illegalità totale o un contratto di lavoro farsa (una nuova rivitalizzata co.co.co. o una partita IVA); da cui nessun lavoratore avrà più la forza o l'interesse ad emergere per vedersi precipitare (*convertire*) in “un contratto a tutele a crescenti” da cui essere immediatamente licenziato; e che gli assicurerà nella migliore delle ipotesi 2 o 4 mensilità di indennità risarcitoria (se non 1 o 2 con le offerta di conciliazione che ognuno gli consiglierà di accettare prontamente.

Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso

di Carla Ponterio

Con il decreto legislativo n. 23 del 2015 il legislatore ha elevato a regola la tutela indennitaria, prevedendo, in caso di accertata illegittimità del licenziamento per assenza di un giustificato motivo oggettivo, il pagamento a carico del datore di lavoro di un costo fisso e predeterminato. La restrizione delle tutele così attuata non impedisce, tuttavia, il ricorso ai principi generali di diritto civile, e in particolare alle categorie civilistiche della nullità, a fronte di licenziamenti che risultino pretestuosi e che segnino un abuso del potere riconosciuto a parte datoriale e causalmente vincolato alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

1. Le riforme al ribasso

Il disegno riformatore, di totale precarizzazione del lavoro, ha raggiunto, col *Jobs Act*, seconda parte, un traguardo imponente; ciò, specialmente, quanto alla disciplina dei licenziamenti “economici”.

Dopo la norma, definita «manifesto», dettata dall’art. 30 comma 1 della legge 183 del 2010, con cui si ribadivano, nonostante le pacifiche statuizioni normative in tal senso¹ e le conformi interpretazioni giurisprudenziali², i limiti del controllo giudiziale che «non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente», e dopo l’apertura, ad opera dell’articolo 8 della l. n. 148 del 2011, alla «contrattazione collettiva di prossimità» abilitata ad introdurre “specifiche intese” anche sulle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» e «in deroga alle disposizioni di legge» e alle «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro», il legislatore ha iniziato ad affrontare l’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, intervenendo in ma-

niera diretta ed incisiva a modificarne il contenuto. La legge n. 92 del 2012 ha apportato corposi mutamenti alla disposizione cardine del sistema di tutele in caso di licenziamento, riducendo le possibilità di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. Per ciò che concerne il licenziamento per ragioni economiche, il comma 7 dell’articolo 18, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, riserva la tutela reintegratoria attenuata, di cui al comma 4 del medesimo articolo (che il giudice “può” applicare) alle ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», prevedendo una tutela solo indennitaria (nella misura stabilita dal comma 5) «nelle altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo».

La pretesa legislativa di sezionare la nozione di giustificato motivo oggettivo, normativamente espressa da «ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»³, in modo da enucleare un “fatto” che potesse apparire manifestamente insussistente e che fosse distinto dai restanti “estremi” del giustificato motivo, rivela,

1. Cfr. articolo 27 comma 3 e articolo 69 comma 3 decreto legislativo n. 276/2003.

2. Cfr. Cass., n. 7474/2012; Cass., n. 15157/2011; Cass., 24235/2010 e precedenti ivi richiamati.

3. Cfr. articolo 3 della legge n. 604 del 1966.

per la sua irrazionalità⁴, la matrice compromissoria alla base della disposizione in esame. E la assoluta varietà di interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali ne costituisce la inevitabile riprova.

Ad esempio, in una pronuncia di merito⁵ (non constano sentenze della Suprema corte sul punto), è stato qualificato come manifestamente insussistente il giustificato motivo oggettivo in ragione della «carenza originaria di elementi atti a giustificare il recesso ... ben nota e conosciuta o agevolmente conoscibile al datore di lavoro», con una evidente assimilazione al concetto riassunto nell'espressione «torto marcio»⁶, elaborato a proposito dell'insussistenza del fatto contestato nel licenziamento per giusta causa. In altra sentenza⁷ si è sostenuto come «il fatto addotto dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo è “manifestamente insussistente” qualora esso non si sia verificato nella realtà (per esempio chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare). Se, invece, il fatto sussiste ma non assume dimensioni tali da integrare un giustificato motivo oggettivo si rientrerà nella tutela indennitaria».

Alcuni autori hanno rimarcato le difficoltà applicative della disposizione in esame sul rilievo che le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» «o sussistono o non sussistono, essendo comunque implicita l'esigenza di nesso causale tra tali ragioni e il licenziamento intimato» con la conseguenza che «il carattere manifesto, o no, del giustificato motivo oggettivo finisce ... ineluttabilmente per evocare la valutazione delle risultanze probatorie di causa che

possono, in modo appunto più o meno evidente, mostrare l'insussistenza dell'allegato giustificato motivo oggettivo»⁸. Secondo il medesimo autore, la ricerca di una «connotazione sostanziale» della difficile distinzione dovrebbe ricercarsi nella «pretestuosità dell'allegazione datoriale»; più esattamente, «il giustificato motivo oggettivo “manifestamente insussistente” è quello che non ha nessuna consistenza e si atteggia a mero pretesto dell'intimato licenziamento. Insomma, lasciando aperta la porta alla tutela reintegratoria e non confinando ogni ipotesi di licenziamento economico nell'area della tutela indennitaria, si è voluto evitare che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, che accede alla tutela reintegratoria ove risulti l'«insussistenza del fatto» posto a fondamento del licenziamento, potesse essere strumentalmente prospettato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se in ogni caso ciò avesse escluso la tutela reintegratoria»⁹.

Col contratto a tutele crescenti introdotto nel 2015 il legislatore italiano completa il processo di smantellamento delle tutele e volta pagina, in maniera determinata, nella disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, superando le esitazioni e le contraddizioni che avevano caratterizzato la riforma all'epoca del ministro Fornero.

Il mutamento di “paradigma”¹⁰ non è enunciato in maniera chiara nella legge n. 183 del 10 dicembre 2014 contenente «deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e

4. C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in e-book *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. Amato e R. Sanlorenzo.

5. Cfr. sentenza del giudice del lavoro presso il Tribunale di Reggio Calabria, emessa nel procedimento n. 767/2013.

6. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, in www.giappichelli.it/home/978-88-7524-210-7.7524210.asp.1, § 6.

7. Cfr. sentenza del giudice del lavoro presso il Tribunale di Roma, emessa nel procedimento n. 3480/2014. In tal caso, il giudice ha rilevato come il fatto posto a fondamento del licenziamento fosse «il sensibile calo di attività» e il conseguente «processo di riorganizzazione diretto ad una razionalizzazione delle risorse e al recupero di efficienza» che ha portato «all'accorpamento del reparto iscrizioni al reparto congressuale e la ridistribuzione tra il personale addetto al reparto congressuale delle mansioni e attività connesse alle iscrizioni» e come i testimoni escussi avessero confermato la diminuzione degli eventi organizzati dalla società (diminuzione quantomeno qualitativa in quanto i testimoni hanno affermato che gli eventi non più organizzati per importanza non sono stati sostituiti da altri eventi di minore rilevanza) e l'esistenza di una riorganizzazione che ha visto la distribuzione agli altri colleghi delle funzioni ricoperte dalla ricorrente; ha conseguentemente escluso che ricorresse l'insussistenza dei fatti indicati nella lettera di recesso e ritenuto, invece, la inidoneità dei medesimi ad integrare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

8. G. Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, SSM corso P.15023, pag. 15.

9. G. Amoroso, op. cit., pag. 15, ove è specificato inoltre come «nella nozione di fatto rientri anche la non ricollocabilità del lavoratore in altro posto in azienda (c.d. *repêchage*, affermato dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 3 cit. e che può essere ribadito anche nel nuovo contesto normativo)».

10. A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 4 e ss.

dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro». In un'ottica prettamente promozionale, tesa a propagandare una espansione delle misure di sostegno all'occupazione, al reddito, al lavoro compatibile con gli impegni familiari, e a tacere sugli aspetti riduttivi, la legge delega non include, nel titolo, alcun accenno alla disciplina dei licenziamenti.

Anche il comma 7 dell'articolo 1, nelle premesse alla formulazione dei principi e criteri direttivi, si limita ad annunciare lo scopo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo», senza far presagire gli interventi, assai incisivi, descritti nella lettera c).

Quest'ultima, in scarsa coerenza con l'art. 76 della Costituzione, che esigerebbe «principi e criteri direttivi» laddove la disposizione in esame sembra delinere l'oggetto stesso della normativa delegata, introduce la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

La definizione di contratto «a tutele crescenti» risente, probabilmente, dei precedenti disegni di legge¹¹, tra cui quello n. 2000, presentato d'iniziativa di alcuni senatori il 5 febbraio 2010, sul contratto unico di ingresso, ispirato al progetto degli economisti Tito Boeri e Pietro Garibaldi e caratterizzato da un meccanismo di tutela progressiva della stabilità, con applicazione, all'esito della fase di ingresso, di durata non superiore a tre anni, della disciplina, all'epoca dettata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, in materia di licenziamento individuale.

È pacifico che la regolamentazione di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015 non contempli alcuna progressione delle tutele, che restano anzi rigide ed immutate, aumentando unicamente, ed inevitabilmente, l'anzianità di servizio dei lavoratori, eletta a parametro moltiplicatore dell'indennizzo. L'ottica promozionale

ha forzato la mano del legislatore, delegante e delegato, fino a consentire l'impiego di termini suggestivi di un sistema a tappe migliorative di tutela, in realtà non introdotto. Improprio è, per la verità, anche l'uso del termine «contratto» in quanto, come unanimemente riconosciuto dalla dottrina giuslavoristica, il decreto legislativo in esame non ha aggiunto alcun nuovo tipo contrattuale a quelli già esistenti ma è intervenuto modificando la disciplina dei licenziamenti nei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato.

Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato che operai, impiegati e quadri hanno concluso o concluderanno in epoca successiva al 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 23, sarà regolato secondo le norme finora vigenti in tutti gli aspetti (salve le modifiche apportate dai successivi decreti legislativi in materia di mansioni e controlli a distanza), e sarà disciplinato dal decreto in esame unicamente per quanto attiene al licenziamento, individuale e collettivo.

L'*escamotage* insito nel ricorso alla definizione di «contratto a tutele crescenti» ha permesso al legislatore di non toccare e, persino, di non citare l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, benché lo stesso fosse obiettivo primario delle modifiche apportate. Contrariamente a quanto accaduto con la legge n. 92 del 2012, che ha direttamente modificato la norma, con effetto sui licenziamenti intimati in epoca successiva alla data di entrata in vigore della legge, il decreto legislativo del 2015 ha riservato le novità peggiorative al futuro, ai nuovi assunti, lasciando in vita l'articolo 18 fino al suo esaurimento naturale, fintanto che non si estingueranno tutti i rapporti di lavoro a tempo indeterminato instaurati prima del 7 marzo 2015. E se è vero che in tal modo il legislatore delegato ha salvaguardato il trattamento di miglior favore riconosciuto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015, ciò ha fatto portando alle estreme conseguenze l'*escamotage* legato alla (non vera) introduzione di un nuovo contratto, con un'operazione di dubbia razionalità giuridica e con l'effetto di una grave «rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro, con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto»¹².

11. Cfr. progetto di legge n. 263/2009 sul contratto unico d'inserimento formativo.

12. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 246/2015. Cfr. anche C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, SSM, corso P-15023.

2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

La norma cardine del decreto legislativo n. 23 del 2015 è l'articolo 3 che detta le conseguenze in caso di licenziamento per giustificato motivo e giusta causa disponendo: «salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Il comma 2 dell'articolo 3 contempla un'ulteriore possibilità di reintegra (al di là di quelle previste dall'articolo 2 per il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale) ma «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa». Per il licenziamento per motivo oggettivo che risulti illegittimo non è prevista quindi altra forma di tutela che quella indennitaria. Questa diventa la regola, unica ed insostituibile, ove siano in gioco valutazioni datoriali su «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Sebbene abbia lasciato intatte quasi tutte le previsioni della legge n. 604 del 1966 e, tra queste, l'articolo 1 che richiede il giustificato motivo quale presupposto di legittimità del recesso, l'articolo 3 che definisce la nozione di giustificato motivo (oggettivo), l'articolo 5 che addossa al datore di lavoro l'onere probatorio, il legislatore del 2015 ha decisamente ceduto al “nuovo paradigma” abbinando alla violazione di quei precetti, che ha mantenuto come formalmente inderogabili, un costo monetario, per giunta fisso e predeterminato. E ciò, per i licenziamenti economici, in maniera assoluta e senza residui spazi per forme di tutela reintegratoria.

Contrariamente alla legge n. 92 del 2012, che, non è chiaro quanto consapevolmente, aveva finito per ampliare lo spazio di discrezionalità interpretativa

del giudice, rimettendo al medesimo, nel comma 7 dell'articolo 18 e attraverso l'uso dell'espressione verbale “può”, la scelta se applicare o meno la disciplina del comma 4, quindi la tutela reintegratoria (attenuata), nel caso in cui avesse accertato la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il decreto legislativo del 2015 rivela tutta la sottostante preoccupazione di limitare e contenere la discrezionalità giudiziaria nell'interpretazione ed applicazione delle norme, al punto da escludere in radice ogni spazio valutativo, anche solo ai fini della determinazione dell'indennità. Difatti, mentre la legge Fornero fissa limiti minimi e massimi per l'indennità risarcitoria lasciando al giudice il potere di individuare il quantum in relazione alle specifiche fattispecie e limitandosi a dettare parametri atti a guidare la discrezionalità giudiziaria (che avrebbe dovuto esercitarsi tenuto conto dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti)¹³, il decreto n. 23 opta per un indennizzo predeterminato in misura fissa, anche quanto al computo per le frazioni di anno¹⁴, sì da lasciare spazio solo a meri calcoli aritmetici.

Rincorrendo l'obiettivo di rendere l'esercizio del potere datoriale, specie ove siano addotte ragioni economiche, idoneo a provocare l'estinzione del rapporto di lavoro col pagamento, in caso di accertata illegittimità, di un costo monetario e di evitare intralci anche processuali all'impresa, rendendo pure marginale il ruolo delle organizzazioni sindacali¹⁵, il decreto legislativo del 2015 ha eliminato il tentativo preventivo obbligatorio di conciliazione introdotto dalla legge n. 92 del 2012 unicamente per il licenziamento per motivo oggettivo¹⁶ ed ha introdotto una diversa misura, valida per tutti i tipi di licenziamento, con finalità di deflazione del contenzioso: l'offerta conciliativa. In base all'articolo 6, in caso di licenziamento, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, «un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rap-

13. Articolo 18 comma 5, a cui fa espresso rinvio il comma 7, della legge 92 del 2012.

14. Articolo 8 decreto legislativo n. 23 del 2015.

15. L'articolo 3 comma 2 decreto legislativo n. 23 del 2015 ha eliminato il riferimento al tipo di sanzione prevista dai contratti collettivi, contenuto invece nell'articolo 18 comma 4 legge n. 92 del 2012. L'articolo 9 comma 2 ha esteso la disciplina dettata dal decreto n. 23 alle organizzazioni di tendenza.

16. La legge n. 92 del 2012 ha modificato sul punto l'articolo 7 della legge n. 604 del 1966.

porto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare». È stabilito che l'accettazione dell'assegno nelle sedi specificamente indicate comporti l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione dello stesso, anche ove già proposta.

L'offerta conciliativa è congegnata in maniera da essere difficilmente rifiutabile da parte del lavoratore. L'importo netto di una mensilità per ciascun anno di servizio, in quanto non assoggettato ad imposta, sarà non distante dalla somma a cui il lavoratore può aspirare in caso di pronuncia favorevole. Aderendo all'offerta, il lavoratore potrà ricevere il denaro in tempi molto rapidi senza dover affrontare le lungaggini di un processo, non più sottoposto al rito Fornero¹⁷ e quindi necessariamente meno celere, e senza correre il rischio, in caso di soccombenza, di una salata condanna alle spese di lite¹⁸.

Se da più parti si dubita della conformità costituzionale e comunitaria della indennità come prevista dall'articolo 3 comma 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015, in quanto inadeguato deterrente¹⁹, i dubbi devono essere moltiplicati se si pone mente all'entità dell'offerta conciliativa.

3. Il licenziamento arbitrario e pretestuoso

La ferrea esclusione della tutela reintegratoria per i licenziamenti economici individuali sembra chiudere definitivamente il cerchio e consegnare nelle mani del datore di lavoro un potere che, ove anche illegittimamente esercitato, non solo per difetto degli estremi del giustificato motivo oggettivo ma anche per mancanza, in radice, di qualsiasi ragione inerente all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, è comunque, e in modo incontrastato, idoneo a determinare l'estinzione del rapporto di lavoro.

L'impianto costruito dal legislatore del 2015 solle-

cita, tuttavia, alcune riflessioni di ordine sistematico che, pur nel mutato quadro normativo, potrebbero aprire spazi di tutela ulteriore.

Occorre, anzitutto, rettificare il metodo interpretativo utilizzato prima della riforma Fornero che, nella pratica giudiziaria, si risolveva nell'accertamento, con onere probatorio a carico di parte datoriale, della esistenza o meno di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento, essendo questo il confine tra la legittimità e l'illegittimità della decisione datoriale, quest'ultima sanzionata, in regime di tutela reale, sempre con la reintegra nel posto di lavoro. Nel contesto normativo antecedente alla legge n. 92 del 2012 non vi era esigenza di indagare sulla misura, sul contenuto o sui motivi della insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo derivando da essa, in ogni caso, la medesima forma di tutela. Impianto che in parte spiega, ma non giustifica, la scarsa elaborazione giurisprudenziale sul tema dei licenziamenti discriminatori.

La legge Fornero ha, per prima, imposto un diverso metodo di indagine sulla legittimità dei licenziamenti, che presuppone un complesso frazionamento ed una graduazione tra i livelli di insussistenza della giusta causa e del giustificato motivo. Ciò ha costretto l'interprete a modificare gli schemi di valutazione e a spingersi, inevitabilmente, nella sfera dei motivi, contraltare della manifesta insussistenza di fatti, pure formalmente adottati nell'esercizio del potere imprenditoriale a giustificazione della decisione di recesso.

Il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha proseguito sui medesimi binari ma, al fine di realizzare l'obiettivo, fissato dalla legge delega, di escludere la reintegra per i licenziamenti economici, ha eliminato i plurimi livelli di insussistenza del giustificato motivo oggettivo e le plurime corrispondenti forme di tutela (previste dalla legge n. 92 del 2012) ed ha semplificato e incanalato l'esercizio del potere datoriale di recesso, in assenza dei presupposti di cui all'articolo 3 della legge n. 604 del 1966, in un'unica previsione formulata attraverso il riferimento alla mancanza degli "estremi" del giustificato motivo oggettivo, ad essa collegando la tutela esclusivamente indennitaria.

17. L'articolo 12 del decreto legislativo n. 23 del 2015 stabilisce: ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012.

18. Cfr. articolo 13 decreto legge n. 132 del 2014, convertito in legge n. 162 del 2014, che ha modificato l'articolo 92 cpc.

19. S. Giubboni, op. cit., pag. 21, 22 secondo cui: «L'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inadeguata a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria. L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisfa certamente – quantomeno per i lavoratori con minore anzianità – un tale requisito minimo di effettività, situandosi largamente al di sotto degli *standard* minimi previsti dalle fonti internazionali e sovranazionali. Il parametro più esigente e significativo – rilevante come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – è al riguardo senz'altro quello offerto dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea, per il quale è possibile fare affidamento su una consolidata stratificazione di indirizzi interpretativi da parte del comitato di esperti indipendenti».

Rispetto all'articolo 18 comma 7 come modificato dalla legge n. 92 del 2012, che contempla distintamente la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (sanzionata con la reintegra) e le altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo (sanzionate col pagamento di una indennità), il decreto legislativo del 2015 prende in considerazione e disciplina solo la seconda categoria e pretende, tacendo sulla prima, di sostanzialmente abolirla.

Pretesa che appare quantomeno ardua, posto che non è pacificamente sufficiente omettere una previsione per sopprimere i fatti sottostanti alla stessa e, tantomeno, per eludere intere costruzioni giuridiche.

Ora, considerato che la fattispecie di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (articolo 18 comma 7 legge 92 del 2012) appare sostanzialmente riconducibile alla categoria del licenziamento pretestuoso²⁰, in cui il motivo oggettivo non ha nessuna consistenza ma è adoperato quale mero pretesto per provocare l'estinzione del rapporto di lavoro²¹, occorre domandarsi se, a seguito della riforma del 2015, il licenziamento arbitrario o pretestuoso debba considerarsi ormai inglobato nella previsione dell'articolo 3 comma 1 del decreto legislativo ed esattamente nella mancanza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo oppure se residui ancora uno spazio autonomo di configurabilità del medesimo, con relativa automa tutela. Tale possibilità passa, necessariamente, attraverso l'utilizzo della categoria della nullità civilistica.

A proposito di nullità, il decreto legislativo n. 23 del 2015 contiene una previsione diversa rispetto a quella introdotta dalla legge Fornero, in quanto fa riferimento, nell'articolo 2, alla nullità del licenziamento (perché discriminatorio o) perché riconducibile «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» e non contiene alcun espresso rinvio all'articolo 1345 cc concernente il motivo illecito determinante.

La pretesa di alcuni autori di una interpretazione restrittiva, incentrata sulla portata dell'avverbio

“espressamente” e volta a includere nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 solo le ipotesi in cui la nullità del licenziamento sia oggetto di specifica e espressa previsione, appare non sostenibile, sia perché la disciplina speciale non può determinare una deroga ai principi generali di diritto civile, espressi dagli articoli 1418, 1343, 1345 ecc. cc, e sia perché essa finirebbe per produrre l'effetto, non giustificabile dal punto di vista né letterale né sistematico, di “estendere il campo di applicazione relativo al rimedio indennitario – che attiene ai -casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa – (art. 3 co 1) – ai casi di licenziamento nullo non – espressamente – previsti dalla legge (secondo quanto dispone l'articolo 2 co 1)”²². La prevalente dottrina ha riconosciuto la necessità di invocare i vizi propri della nullità civilistica in relazione a fattispecie non riconducibili alla mancanza di giustificazione del licenziamento ai sensi dell'articolo 3 comma 1 decreto legislativo n. 23 del 2015 ma «caratterizzate da una diversa categoria di disvalore giuridico»²³ e riconducibili alla contrarietà a norme imperative (articolo 1418 cc), alla illiceità della causa (articolo 1343 cc), alla illiceità del motivo (articolo 1345 cc) o alla elusione di norme imperative sotto forma di frode alla legge (articolo 1344 cc). Non vi è dubbio che la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1343, 1344 e 1345 del codice civile, norme pacificamente imperative, sia sanzionata dalla nullità in ragione della previsione in tal senso ad opera dell'articolo 1418 cc. Dovrebbero qualificarsi nulli, secondo lo schema appena descritto, ad esempio, i licenziamenti intimati a causa del trasferimento d'azienda perché posti in essere in violazione della norma imperativa di cui all'articolo 2112 cc, sebbene quest'ultimo non commini “espressamente” la sanzione della nullità; ancora, il licenziamento per superamento del periodo di comporta ove tale causale si riveli insussistente, ricorrendo la violazione della norma imperativa di cui all'articolo 2110 cc²⁴. In questi casi dovrà trovare

20. Amoroso, op. cit., pag. 15.

21. La nozione giurisprudenziale di licenziamento arbitrario o pretestuoso, distinta da quella di licenziamento discriminatorio o ritorsivo, è stata elaborata principalmente in relazione al licenziamento dei dirigenti e al fine di tracciare un confine rispetto alla “giustificatezza” del recesso datoriale. Secondo Cass., 14604/2001, il licenziamento arbitrario è quello «non sorretto da alcun motivo ... ovvero sorretto da un motivo che si dimostri pretestuoso e quindi non corrispondente alla realtà, di talché la sua ragione debba essere rinvenuta unicamente nell'intento di liberarsi della persona del dirigente e non in quello di perseguire il legittimo esercizio del potere riservato all'imprenditore».

22. A. Perulli, op. cit., pag. 40.

23. A. Perulli, op. cit., pag. 40.

24. Cfr. Perulli, op. cit., pag. 41, 42; C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, pag. 18, 19.

applicazione la tutela reale di diritto comune di cui all'articolo 18 comma 1 L. 300/1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012.

Sulla base di tali premesse occorre, ora, indagare sulla qualificazione, e sulle conseguenze in termini di tutela, di un licenziamento, formalmente intimato per le ragioni enunciate dall'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 ove però queste risultino, non tanto inidonee ad integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo, quanto completamente insussistenti, al punto tale da palesare un esercizio arbitrario e pretestuoso del potere datoriale (ed esclusi i motivi discriminatori o di rappresaglia in quanto oggetto di specifica previsione nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23). Non è in contestazione che il potere datoriale di recesso abbia natura causale, sia cioè riconosciuto al datore di lavoro e dal medesimo esercitabile solo ed esclusivamente in presenza di ragioni giustificative normativamente individuate attraverso le categorie della giusta causa e del giustificato motivo, dandosi altrimenti un licenziamento *ad nutum*, non compatibile con i principi costituzionali e comunitari²⁵. Se, difatti, si ampliasse a tal punto la fattispecie di mancanza degli estremi del giustificato motivo oggettivo fino a comprendere i casi di totale assenza di ragioni economiche, nella consapevolezza di ciò da parte datoriale, si ripristinerebbe nella sostanza un regime di libera recedibilità, analogo a quello introdotto nel 1942 dall'articolo 2118 cc. Ove le causali giustificative fossero rese così evanescenti da doversi applicare la tutela indennitaria, di cui all'articolo 3 comma 1 decreto legislativo n. 23, anche nei casi in cui del giustificato motivo oggettivo non vi fosse neanche l'ombra, mancasse cioè il nucleo fondativo, non si riuscirebbe a tracciare alcuna seria differenza di tutela tra il licenziamento illegittimo di cui all'articolo 3 decreto legislativo n. 23 con obbligo di pagamento dell'indennizzo predeterminato e il libero recesso dal contratto a tempo indeterminato con obbligo di pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Ove il licenziamento risultasse intimato per un motivo oggettivo del tutto inesistente, costruito ad arte (in assenza di fattori di discriminazione o di nullità espressa), e risultasse provato, con onere a carico del lavoratore, ad esempio, l'interesse dell'imprendi-

tore ad assumere una specifica persona (per amicizia o per ricambiare un favore) al posto del dipendente in forza, si sarebbe di fronte ad un uso distorto del potere datoriale di recesso, azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative, che esigono la ricorrenza di un giustificato motivo oggettivo. In una simile fattispecie potrebbe prospettarsi un vizio di nullità di cui all'articolo 1343 cc sul rilievo dell'essere la causa concreta dell'atto di recesso, la funzione giuridica del medesimo, contraria alla norma imperativa di cui all'articolo 3 della legge 604 del 1966²⁶.

In una recente pronuncia, il giudice del lavoro del Tribunale di Trento²⁷ (proc. n. 37 del 2015) ha dichiarato la nullità, ai sensi degli articoli 1343 e 1345 cc, di un licenziamento intimato per apparente giustificato motivo oggettivo ed ha definito "arbitrario" il recesso datoriale «... determinato unicamente dalla finalità di espellere il lavoratore dal contesto lavorativo senza che vi siano, neppure nelle originarie convinzioni del datore, ragioni giustificative, né di ordine oggettivo, né di natura soggettiva». Ha inoltre sottolineato come «nell'ambito del licenziamento causale (che riguarda la pressoché generalità dei rapporti di lavoro subordinato) lo scopo tipico del recesso (la sua causa astratta) consiste non già nella mera estinzione del rapporto di lavoro, ma nel suo scioglimento in presenza di ragioni o tecnico – produttivo - organizzative (oggettive) o disciplinari (soggettive)» e che «quindi la discrezionalità del datore di lavoro si deve esplicare sempre in coerenza con la causa del negozio di recesso, di talché il lavoratore può eccepire in sede giurisdizionale la nullità del recesso, allegando e provando la contraddizione tra scopo tipico del recesso (la causa propriamente detta o causa astratta ex art. 1325 n. 2 cc), da un lato, e lo scopo del singolo recesso (la cd causa in concreto, secondo la nozione ormai consolidata in dottrina) nonché l'intento soggettivo dell'autore (il motivo), dall'altro».

Alcuni autori hanno fatto leva, ai fini della nullità, sulla categoria della frode alla legge rilevando, ad esempio, come «il licenziamento dichiarato oggettivo dal datore di lavoro, ma che emerga non essere ontologicamente tale, potrà essere riqualificato in termini di atto elusivo di una norma imperativa quale l'arti-

25. Cfr. articoli 2, 3, 4, 35, della Costituzione. Articolo 30 Carta diritti fondamentali dell'Ue secondo cui «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Articolo 24 Carta sociale europea che stabilisce: «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

26. C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs n. 23 del 2015*, in *Studi in onore di Raffele De Luca Tamajo*, pag. 21, 22.

27. Ordinanza emessa ai sensi dell'articolo 1 comma 49 della legge n. 92 del 2012 nel procedimento n. 37 del 2015.

colo 3 comma 2 d.lgs n. 23 del 2015»²⁸. Al riguardo, tenuto conto della previsione della tutela reintegratoria, in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, solo ove si accerti la «insussistenza del fatto materiale contestato», l'intento elusivo sembra potersi ravvisare rispetto al rischio di applicazione della tutela reintegratoria. In altre parole, la frode alla legge potrebbe configurarsi ove il licenziamento risultasse intimato per motivo oggettivo inesistente, al fine di evitare la contestazione di un fatto di inadempimento e con esso, anche in ragione dei dubbi interpretativi mai sopiti, il rischio di reintegra del lavoratore.

Si arriverebbe, seguendo tali sollecitazioni, a delineare due tipologie di vizi dei licenziamenti intimati per motivo oggettivo e due diversi livelli di tutela: da un lato, si configurerebbe l'illegittimità del licenziamento, con conseguente tutela solo indennitaria, ove il datore di lavoro, onerato della prova, non riuscisse a dimostrare la sussistenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo; dall'altro lato opererebbe la nullità, ai sensi degli articoli 1418, 1343, 1344 o 1345 cc, qualora il lavoratore, onerato in tal caso della prova, fosse in grado di dimostrare, unitamente alla totale insussistenza della ragione economica addotta a base del licenziamento, l'uso distorto del potere di recesso da parte datoriale.

Si ripristinerebbe, in tal modo, non solo la compatibilità del decreto legislativo in esame con le norme imperative del diritto civile, ma anche una logica e necessaria simmetria, di ordine sistematico, rispetto alla disciplina dettata a proposito del licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

E se è vero che l'articolo 3 comma 2 del decreto legislativo n. 23 prevede per l'ipotesi di «insussistenza

del fatto materiale contestato», che altro non è se un licenziamento pretestuoso, l'annullamento, espressione che evoca la categoria della illegittimità, è altrettanto vero che la medesima disposizione sanziona l'atto datoriale con l'obbligo di reintegra, in maniera analoga a quanto previsto per i casi di nullità di cui all'articolo 2, definisce l'indennità come «risarcitoria» ed addossa l'onere probatorio, seppure con una formulazione non chiara, al lavoratore.

In un sistema, come quello introdotto dal decreto legislativo n. 23 del 2015, che ha elevato a regola la tutela indennitaria, riservando quella reintegratoria a specifiche e limitate ipotesi, il diritto del lavoratore, pacificamente assistito da garanzia costituzionale²⁹, di non subire un licenziamento arbitrario non pare possa altrimenti essere salvaguardato se non riportando nell'alveo delle nullità civilistiche, di volta in volta integranti l'illiceità della causa, dei motivi o la frode alla legge, l'uso distorto del potere datoriale di recesso, l'abuso di tale potere, i vizi derivanti dalla esternazione, in mala fede, di un motivo pretestuoso, i casi cioè di recesso «occulto».

Non si tratta di far rivivere, anche per il licenziamento dei nuovi assunti, la legge Fornero e, per quanto riguarda il giustificato motivo oggettivo, la disposizioni dell'art. 18 comma 7 di detta legge, ma di riconoscere come il Jobs Act, che pure ha del tutto escluso la reintegra per i licenziamenti intimati per motivo oggettivo, non abbia tuttavia la forza giuridica di eliminare «la possibilità di una diversa qualificazione giudiziale dell'atto di recesso»³⁰, in base ai principi generali di diritto civile. È, adesso, a questa branca del diritto che i giuristi del lavoro guardano per cercare di ricostruire tutele per i lavoratori laddove la legislazione spregiudicata degli ultimi anni sembra aver fatto piazza pulita.

28. C. Zoli, op. cit., pag. 23.

29. Cfr. Sentenze Corte costituzionale n. 451/00; n. 189/80.

30. A. Perulli, op. cit., pag. 44.

I licenziamenti collettivi dopo le controriforme

di Stefano Giubboni e Andrea Colavita

Proprio sul fronte della disciplina del licenziamento collettivo la controriforma attuata nelle due tappe del 2012 e del 2015 finisce per scaricare le sue più evidenti contraddizioni e incoerenze sistematiche. Lo sdoppiamento del regime delle conseguenze della ritenuta illegittimità del licenziamento, a seconda della data di assunzione dei lavoratori coinvolti, secondo l'alternativa fra reintegra e tutela meramente indennitaria, presenta un evidente *deficit* di razionalità e solleva legittimi dubbi di incoerenza istituzionale.

1. Premessa

È difficile, e forse impossibile, individuare oggi una *ratio* unitaria nella disciplina dei licenziamenti collettivi. Già la legge n. 92 del 2012, nel ridisegnare l'apparato rimediario apprestato contro i licenziamenti collettivi illegittimi per armonizzarlo alla nuova formulazione dell'art. 18 St. lav., aveva significativamente incrinato la possibilità di continuare a fare affidamento sulla sistemazione della materia faticosamente raggiunta da dottrina e giurisprudenza in oltre venti anni di esercizi interpretativi e applicativi sulla riforma del 1991¹. Ma oggi quella possibilità di unitaria sistemazione sembra venire senz'altro meno a seguito della assai discussa scelta compiuta dal D.LGS n. 23 del 2015 di sdoppiare la disciplina dei licenziamenti collettivi (ancora una volta sotto il solo profilo rimediario), differenziandola, senza alcuna adeguata giustificazione sostanziale, a seconda della data di

assunzione dei lavoratori coinvolti (se anteriore o successiva a quella di entrata in vigore del decreto attuativo della delega conferita dalla legge n. 183 del 2014, comunicata al largo pubblico con l'ormai celebre americanismo, di dubbia ascendenza obamiana, del «Jobs Act»).

La figura – notoriamente composta, nell'originaria costruzione della legge n. 223 del 1991, dalle due fattispecie del collocamento in mobilità (cioè del licenziamento di uno o più dipendenti sospesi per intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria, ai quali l'impresa non possa garantire il rientro in azienda) e del licenziamento collettivo *stricto sensu* (cioè del licenziamento di un certo numero di lavoratori in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, ovvero in caso di cessazione di attività) –, ha subito una nominale *reductio ad unum* con la legge n. 92 del 2012, che ha però scomposto, come già fatto in via generale per il licenziamento in-

1. A partire dai contributi raccolti nel commentario curato da M. Persiani, 1994 (a cura di) *Legge 23 luglio 1991, n. 223. Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civili commentate*, 884 ss., nel quale spicca la seminale ricostruzione di M. D'Antona, 1994 (anticipata in *Id.*, 1993), *Art. 5*, in M. Persiani (a cura di), *Legge 23 luglio 1991, n. 223. Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civili commentate*, 922 ss., destinata come noto ad avere una profonda influenza sulla stessa elaborazione giurisprudenziale successiva. Per una felice sintesi dello stato dell'arte in materia prima delle riforme del 2012 e del 2015, v. L. Galantino *Licenziamenti collettivi*, in P. Lambertucci (a cura di), *Diritto del lavoro – Dizionario di diritto privato promossi da N. Irti, Giuffrè, Milano, 2010*, 443 ss., e O. Mazzotta, *Licenziamento collettivo*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, 766 ss., con ampi riferimenti dottrinali.

individuale dal nuovo art. 18, i rimedi attivabili a seconda della natura del vizio di illegittimità. Soppressa, almeno sul piano formale, la fattispecie del collocamento in mobilità, attraverso un'opera di revisione lessicale che fa scomparire dalle varie disposizioni della legge del 1991 i riferimenti letterali a tale sintagma, la legge n. 92 è intervenuta in profondità, oltre che sulle sanzioni, sulla disciplina della procedura del licenziamento collettivo. Ed ora il d.lgs n. 23 del 2015 si giustappone alla disciplina risultante dal combinato disposto della legge n. 223 del 1991 e della legge n. 92 del 2012, limitandosi a prevedere un regime sanzionatorio differenziato (*i.e.*, fortemente attenuato e indebolito) per i soli nuovi assunti con il contratto di lavoro a cosiddette «tutele crescenti».

Nelle pagine che seguono daremo prima conto dei principali problemi applicativi della nuova disciplina dei licenziamenti collettivi, nel doppio regime parallelo derivante dalla giustapposizione delle due recenti riforme, per poi suggerire, nelle conclusioni, qualche considerazione critica sull'assetto incoerente e frammentato che ne è conseguito.

2. La revisione dei profili procedurali e sanzionatori del licenziamento collettivo nella legge n. 92 del 2012

Già le previsioni contenute nell'art. 1, commi 44-46, della legge n. 92 del 2012 hanno inciso in profondità sul consolidato assetto regolativo del licenziamento collettivo, alterando in maniera potenzialmente significativa gli equilibri (tra il momento collettivo e quello individuale della tutela) che si erano andati faticosamente costruendo dopo la riforma del 1991. Il potenziale innovativo della legge n. 92 del 2012 – come si è già avuto modo di osservare in precedente occasione² – può essere in tal senso apprezzato a due distinti livelli.

Ad un primo livello, che potremmo definire generale o «sistemico»³, la legge Fornero – in specie laddove assorbe gradualmente nella (già nuova)

assicurazione sociale per l'impiego (ASPI), ed ora nella NASPI di cui al d.lgs n. 22 del 2015, la tutela previdenziale di mobilità, nelle sue diverse proiezioni – ha modificato il contesto normativo entro il quale la legge n. 223 situava la disciplina delle riduzioni di personale, incidendo sullo strumentario messo a disposizione del sindacato, che ha visto nel complesso ridotte le capacità di scambio di cui nel previgente sistema disponeva nei confronti della controparte imprenditoriale, quantomeno nei settori coperti dalla cassa integrazione guadagni straordinaria. Oggi questo potere di scambio – certamente quello offerto dalla possibilità del ricorso alla risorsa pubblica della tutela previdenziale di mobilità – si è significativamente contratto⁴, senza essere adeguatamente compensato né dalla nuova disciplina della NASPI, che è sotto diversi profili più rigorosa e restrittiva di quella dell'ASPI, né dal variegato panorama di strumenti di solidarietà mutualistico-collettiva, pure ridisegnati dalla legge n. 92, che hanno tutti lo svantaggio di essere interamente rimessi all'auto-finanziamento delle stesse imprese in crisi⁵. E se già tale mutamento – per quanto ineludibile nella prospettiva, invocata da decenni, di una complessiva razionalizzazione del frammentato e diseguale sistema corporativo degli ammortizzatori sociali italiani – non favorisce, di per sé, una gestione negoziata dei processi di riduzione del personale, ad irrigidire ulteriormente la dialettica degli interessi interviene ora, in potenza, lo stesso d.lgs n. 23 del 2015, visto che il rischio di cadere nel nuovo regime dimidiato del contratto a tutele crescenti indurrà quanti possono ancora invocare l'art. 18 St. lav., pur ridimensionato dalla legge Fornero, ad opporre una tenace resistenza ad ogni licenziamento che non sia congruamente incentivato.

Ad un secondo livello, che potremmo definire di «microsistema», che nella legge n. 92 si concretizza in una qualche semplificazione della disciplina procedurale del licenziamento collettivo e soprattutto nella attenuazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla sua violazione, l'effetto della riforma, già di quella

2. Cfr. U. Carabelli, S. Giubboni, *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013 391 ss..

3. Per usare il criterio di lettura suggerito nella relazione con la quale il ministro del Lavoro dell'epoca aveva enfaticamente presentato il primo abbozzo della riforma: cfr. *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, presentata dal ministro del Lavoro e delle politiche sociali, prof.ssa Elsa Fornero, di concerto con il ministro dell'Economia e delle finanze, prof. Mario Monti, al Consiglio dei ministri del 23 marzo 2012 e approvata dallo stesso nella medesima seduta.

4. E ciò, «tanto più ove si consideri che la progressiva abolizione dell'indennità di mobilità si va ad intersecare con la crescente elevazione progressiva dell'età pensionabile», come giustamente sottolineato da G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT, 2012, 11, 143.

5. Cfr. in generale, tra i primi e per tutti, M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2012, 227 ss.

voluta per l'appunto dalla legge Fornero, va nella direzione di un significativo depotenziamento delle tutele del lavoratore coinvolto in una riduzione di personale. Il d.lgs n. 23 del 2015 – dettando una disciplina unitaria dei licenziamenti economici, nella quale anche quelli collettivi sono senz'altro assorbiti nella regola generale del mero rimedio indennitario, applicabile quindi anche in caso di violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della legge n. 223 – porta a compimento, o se si vuole a perfezionamento, tale processo di riduzione e arretramento (sistemico) delle tutele.

A tale livello di analisi, già il quadro normativo delineato dalla legge n. 92 del 2012 realizza una qualche contrazione degli spazi del controllo giudiziale e, comunque, una rilevante riduzione dello spessore dei rimedi attivabili da parte del lavoratore licenziato nell'ambito di una riduzione di personale. La legge n. 92, infatti, da un lato alleggerisce o comunque semplifica gli obblighi procedurali e di comunicazione gravanti sul datore di lavoro ex art. 4, legge n. 223 del 1991, e, dall'altro, riconnette alla loro inosservanza, in luogo di quella reintegratoria (piena), la tutela di tipo meramente indennitario-risarcitorio (sia pure nella sua variante «forte») rintracciabile nell'ambito della scomposizione dei rimedi ricadenti sotto l'ombrello applicativo del nuovo art. 18 St. lav.⁶.

2.1. Vizi procedurali e potere sanante del contratto collettivo

La prima innovazione di rilievo introdotta dalla legge n. 92 del 2012 rafforza, peraltro, almeno in

astratto, le prerogative sindacali nell'ambito della procedura (già) di mobilità, incentivando indirettamente l'imprenditore a raggiungere un accordo collettivo. Codificando un orientamento della giurisprudenza⁷, l'art. 1, comma 45, legge n. 92 del 2012, nell'integrare il testo dell'art. 4, comma 12, legge n. 223 del 1991, stabilisce, infatti, che gli eventuali vizi della comunicazione di apertura della procedura, di cui al secondo comma della stessa disposizione, «*possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo*».

L'ambito di applicazione della disposizione (ed il consequenziale effetto sanante da essa visualizzato) risulta formulato in termini volutamente ampi. Qualunque vizio della comunicazione di apertura⁸ (purché, evidentemente, un minimo sostrato informativo sia comunque rintracciabile) è all'apparenza sanabile – ad ogni effetto di legge – in presenza di un accordo collettivo concluso nell'ambito della procedura.

Si è discusso del problema degli accordi sindacali stipulati soltanto da alcune organizzazioni sindacali, con l'opposizione di altre, essendosi contrapposta alla tesi secondo la quale l'accordo collettivo gestionale avrebbe efficacia soggettiva generalizzata per tutti i dipendenti quella che, al contrario, considera l'accordo vincolante per i soli sindacati stipulanti ed i lavoratori ad essi iscritti. Sembra preferibile ritenere, anche alla luce di quanto è dato desumere dalla lettera della norma⁹, che l'effetto sanante si produca anche ove l'accordo collettivo sia raggiunto *separatim*

6. Nella vasta letteratura fiorita sul nuovo art. 18, e limitando i riferimenti ai commenti dedicati al licenziamento collettivo, v. per tutti F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 25 ss.; P. Albi, *I licenziamenti collettivi*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 301 ss.; A. Sitzia, *Licenziamenti collettivi*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, CEDAM, Padova, 2013, 315 ss.; S. Maretti, *I licenziamenti collettivi*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 707 ss..

7. La quale aveva, peraltro, per lo più escluso l'efficacia sanante dell'eventuale accordo collettivo concluso nell'ambito della procedura di mobilità, consentendo di converso al singolo lavoratore interessato di far valere giudizialmente l'illegittimità (nella forma propria dell'inefficacia) del licenziamento intimatogli all'esito di una procedura viziata dall'inosservanza degli obblighi di comunicazione e informazione sindacale. Cfr., tra le altre, Cass., 18.11.1997, n. 11465; Cass., 11.1.2008, n. 528; Cass. 5.4.2001, n. 7744; Cass., 21.9.2001, n. 19233; Cass. 15.10.2002, n. 14616; Cass., 6.4.2012, n. 5582; *contra*, per la efficacia sanante dell'accordo sindacale, si veda Cass. 19.1.2009, n. 1181. Per ulteriori ragguagli, anche sul diverso orientamento cui è andato il favore del legislatore, cfr. la puntuale rassegna di A. Ferruggia, *Riduzioni di personale ed esuberi definitivi*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, CEDAM, Padova, 2011, 127 ss.. Per completezza, si segnala che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario era stato bersaglio di numerose osservazioni critiche in dottrina, parte della quale riteneva che le eventuali carenze della comunicazione di apertura della procedura potessero essere sanate durante le consultazioni sindacali sfociate in un accordo (cfr. O. Mazzotta, 2012, cit.).

8. Non, però, in ragione dell'espresso richiamo del solo comma 2 dell'art. 4, legge n. 223 del 1991, di altri vizi, riferibili alle successive fasi e, in specie, alla conclusione della procedura, i quali non risultano sanabili dall'accordo collettivo cui fa riferimento la norma in commento. Cfr. in tal senso anche A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, in 2012, 415 ss..

9. In particolare dall'uso discreto, ma nient'affatto casuale, dell'articolo indeterminativo «un» prima della parola «accordo».

da una parte soltanto degli interlocutori sindacali¹⁰, ai quali l'imprenditore deve indirizzare le informazioni di cui all'art. 4, comma 3, legge n. 223. La legge pare chiaramente implicare l'efficacia generale dell'accordo sindacale, che vedrebbe all'evidenza compromesso il proprio effetto, e la sua stessa specifica funzione, ove non precludesse a tutti i (e a ciascuno dei) lavoratori licenziati la possibilità di far valere in giudizio i vizi di comunicazione che esso intende per l'appunto sanare. Il che solleva, però, anche la consueta problematica circa la giustificazione d'una siffatta efficacia, la quale rimane tuttora risolvibile essenzialmente con il richiamo alla nota elaborazione giurisprudenziale in tema di contratti collettivi gestionali¹¹.

Gli esigenti requisiti di forma-contenuto dettagliatamente prescritti per la comunicazione con la quale il datore deve avviare la procedura rimangono perciò immutati, ma eventuali lacune o carenze non inficiano la legittimità del licenziamento – già espressamente considerato come propriamente inefficace, in tale evenienza, dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223 – tutte le volte in cui, nell'ambito della procedura stessa, sia stato concluso un accordo sindacale di «sanatoria».

L'opportunità di stipulare o meno un siffatto accordo, come anche la determinazione del concreto contenuto del relativo effetto sanante, sono interamente rimesse alla negoziazione tra le parti. Nulla dice la norma sulle caratteristiche dell'accordo sindacale avente efficacia sanante, cosicché si è dibattuto se debba trattarsi di un accordo *ad hoc*, o se la sanatoria dei vizi possa essere inclusa nell'accordo di chiusura della procedura di mobilità. In realtà, la legge sembra solo implicare che l'accordo raggiunto nell'ambito della procedura esprima specificamente una siffatta volontà delle parti stipulanti. Onde è da condividere la tesi che non un accordo qualsiasi, comunque raggiunto all'esito della procedura, ma solo un accordo che sia (anche) specificamente ed espressamente diretto a sanare gli eventuali vizi della comunicazione

datoriale ex art. 4, comma 2, legge n. 223 del 1991, sia idoneo a produrre l'effetto che ad esso ricollega ora l'art. 1, comma 45, legge n. 92 del 2012¹².

2.2. La nuova disciplina delle comunicazioni finali della procedura di licenziamento collettivo

Investe nuovamente il profilo procedurale della disciplina del licenziamento collettivo, con riferimento stavolta alle comunicazioni conclusive della procedura, la previsione contenuta nel comma 44 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, che ha novellato il testo dell'art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991. La disposizione allenta il rigore degli obblighi procedurali gravanti sul datore di lavoro, stabilendo che questi possa effettuare la comunicazione finale alle organizzazioni sindacali e agli uffici pubblici indicati dall'art. 4, comma 9, legge n. 223, non più, come prima, «contestualmente» alla intimazione dei licenziamenti ai singoli lavoratori coinvolti nella riduzione di personale, ma nel termine perentorio di sette giorni dalla comunicazione dei recessi.

La modifica è senz'altro opportuna e del resto da tempo auspicata da molti osservatori¹³, in quanto la rigoristica interpretazione del requisito della contestualità da parte della dominante giurisprudenza aveva finito per irrigidire eccessivamente tale vincolo formale¹⁴, ben oltre quanto richiesto dalla pur essenziale esigenza, cui la norma è funzionale, di consentire (ai singoli lavoratori, oltre che ai soggetti sindacali e pubblici destinatari diretti della comunicazione) il controllo sulla «puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta» di cui all'art. 5, comma 1, della stessa legge n. 223. La fissazione di un ragionevole termine di sette giorni non indebolisce tale funzione, ma si limita a bilanciarla in modo più appropriato con le esigenze organizzative del datore di lavoro¹⁵, senza consegnare a quest'ultimo un eccessivo spazio temporale – come pure si è

10. Le rappresentanze sindacali aziendali, ovvero quelle unitarie, operanti nelle unità produttive interessate e le rispettive associazioni di categoria oppure, in mancanza, le associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 4, comma 2, legge n. 223 del 1991).

11. Cfr., per prima, Corte cost., 30.6.1994, n. 268, e, nella giurisprudenza di legittimità, tra le tante, Cass., 11.5.1999, n. 4666.

12. V. in tal senso, tra i primi, A. Vallebona, 2012, 66; A. Maresca, 2012, 453-454; P. Albi, *La Riforma Monti-Fornero e i licenziamenti collettivi*, WP C.S.D.LE. Massimo D'Antona, IT- 161, 2012, 2 ss.

13. V., volendo, già S. Giubboni, *La motivazione del licenziamento collettivo*, in *Dir. prat. Lav.* n. 39, 1993, 2553 ss..

14. La giurisprudenza aveva puntualizzato che, in mancanza di contemporaneità della comunicazione, l'inefficacia dei recessi fosse da escludersi solo se dovuta a giustificati motivi di natura oggettiva comprovati dal datore di lavoro (cfr. Cass. 23.1.2009, m. 1722; Cass., 28.1.2009, n. 2166; Cass. 17.7.2009, n. 16776; Cass., 1.12.2010, n. 24341).

15. In questo senso anche A. Vallebona, *la riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 67 e 68; l'Autore, peraltro, non manca di rimarcare una certa ambiguità dell'innovazione legislativa, laddove il termine viene fatto decorrere dalla comunicazione dei recessi, che difficilmente avvengono contestualmente. In una «logica di semplificazione» ritiene condivisibile l'innovazione anche G. Ferraro (2012,

paventato – «per un adattamento dei criteri a misura delle scelte già compiute»¹⁶.

È nondimeno innegabile come anche tale innovazione incida – ridimensionandolo – sul peso vincolante degli obblighi procedurali, sui quali si è tradizionalmente concentrato il controllo del giudice, che, per consolidata giurisprudenza, investe, unitamente al profilo del rispetto dei criteri di selezione ex art. 5, legge n. 223 del 1991, soltanto il *quomodo* del licenziamento collettivo¹⁷.

2.3. Il nuovo regime sanzionatorio nella legge n. 92 del 2012

Il ridimensionamento del rilievo delle forme procedurali – essenziali in vista del corretto esercizio dei poteri di controllo affidati *ex ante* al sindacato – si estende, del resto, anche al profilo sanzionatorio. Non meno incisive, nel disegno complessivo della legge Fornero, risultano, infatti, le previsioni (contenute nell'art. 1, comma 46) che, nel raccordare la disciplina

del licenziamento collettivo alla nuova articolazione delle tutele offerte dall'art. 18 St. lav., riscrivono il regime sanzionatorio applicabile anche *in subiecta materia*, declassando proprio il rilievo delle violazioni delle regole procedurali¹⁸.

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge n. 223 del 1991, come novellato dalla richiamata disposizione della legge n. 92 del 2012, la violazione delle procedure¹⁹ viene ora sanzionata con l'obbligo del pagamento della indennità risarcitoria onnicomprensiva da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione, così come prevista dal quinto comma del nuovo art. 18. Solo per la violazione della forma scritta rimane, come per il licenziamento individuale, la previsione dell'applicazione della tutela reintegratoria piena, quale regolata dal primo comma del nuovo testo dell'art. 18 St. lav. (giusta il rinvio ad esso operato dall'art. 5, comma 3, legge n. 223 del 1991, come novellato dall'art. 1, comma 46, legge n. 92 del 2012)²⁰.

La previsione del solo rimedio indennitario-risarcitorio – sia pure nella sua versione forte – è senz'al-

494, cit), il quale sottolinea – giustamente – come l'invalidazione dell'intera procedura per la non perfetta coincidenza temporale delle comunicazioni finali fosse da ritenere sproporzionata.

16. Come invece ritiene C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 584. La disposizione in commento lascia piuttosto in ombra il problema del raccordo della disciplina della motivazione del licenziamento collettivo con il nuovo testo dell'art. 2, comma 2, legge n. 604 del 1966 (novellato dall'art. 1, comma 37, legge n. 92 del 2012), alla cui stretta la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. Occorre ritenere, in linea con l'interpretazione già consolidata (v. solo Cass., sez. un., 11.5.2000, n. 302, e Cass., 28.8.2000, n. 11258), che l'art. 2 della l. n. 604 del 1966, ferma ovviamente la necessità della forma scritta della comunicazione del recesso, sia inapplicabile al licenziamento collettivo nella parte in cui regola gli obblighi datoriali di motivazione, prevedendone ora la contestualità. È evidente, infatti, sotto tale profilo, la specialità della disciplina del licenziamento collettivo, rispetto al quale il legislatore ha optato per l'abbandono di quel requisito di contestualità che il nuovo art. 2 della legge n. 604 viceversa impone per il licenziamento individuale. Un altro aspetto lasciato in ombra dal nuovo testo dell'art. 4, comma 9, legge n. 223 investe la questione, dibattuta in passato, della possibilità per il datore di lavoro di rinnovare l'atto di recesso proceduralmente viziato (per la soluzione positiva v. Cass., sez. un., 13.6.2000, n. 419). Peraltro, oggi tale problematica è destinata a perdere di rilievo, dovendo essere inquadrata nel diverso assetto sanzionatorio previsto per i vizi procedurali, che non contempla più l'applicazione dell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ma soltanto il pagamento di una indennità risarcitoria (sempur diversamente commisurata dalla legge n. 92 del 2012 e dal d.lgs 23 del 2015).

17. È appena il caso di ricordare che la rigorosa proceduralizzazione della materia dei licenziamenti collettivi introdotta dalla legge n. 223 del 1991 ha fatto arretrare alla fase sindacale il controllo in ordine alle ragioni della scelta imprenditoriale di riduzione del personale, cosicché i residui spazi di controllo devoluti *ex post* al giudice riguardano esclusivamente il corretto esperimento della procedura e dell'applicazione dei criteri di scelta legali o contrattuali (cfr., tra le tante, Cass., 14.6.2007, n. 13876; Cass., 6.10.2006, n. 21541; Cass., 6.7.2000, n. 9045; Cass., 12.10.1999, n. 11455; Trib. Cosenza, 20.3.2014; Trib. Milano, 3.7.2013; in dottrina R. Del Punta, *Il licenziamento collettivo: problemi e questioni*, in *Questione Lavoro*, vol. 1, 2010, 7; ma già M. D'Antona, *Riduzione di personale e licenziamenti collettivi: la rivoluzione copernicana della legge 223/91*, in *Foro it.*, I, 1993, I, 2028 ss.).

18. Come noto, il legislatore del 1991, pur avendo formalmente distinto i vizi attinenti alla procedura di messa in mobilità, che ne determinavano l'inefficacia, dalla violazione dei criteri di scelta, che ne determinavano l'annullabilità, aveva stabilito in entrambi i casi l'applicazione della tutela reale, quale unitariamente concepita dall'art. 18 St. lav. allora vigente.

19. L. Angiello, *I licenziamenti collettivi nella riforma Fornero*, in *Lav. Giur.*, 2012, 919 ha rilevato come l'espressione normativa «violazione delle procedure richiamate dall'art. 4 comma 12» appaia poco felice, dovendosi comunque intendere come riferita a tutti i vizi della procedura disciplinata dall'art. 4, a partire dalla comunicazione iniziale, per passare alla consultazione sindacale (con l'eventuale intervento dell'autorità pubblica) sino alle comunicazioni finali.

20. Deve ritenersi che l'unica comunicazione da formalizzare per iscritto, pena l'applicazione del rimedio reintegratorio, sia quella contenente l'intimazione del recesso al singolo lavoratore coinvolto nella procedura di riduzione del personale ai sensi dell'art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991.

tro coerente con la linea di «discutibile svalutazione dei vizi di carattere formale (licenziamento orale a parte) o procedurale rispetto a quelli di carattere sostanziale»²¹, che impronta nel suo complesso la legge n. 92 del 2012. Ed è vero che i vizi procedurali del licenziamento collettivo vengono sanzionati più severamente, proprio in considerazione del superiore rango degli interessi protetti, di quanto non accada per quelli relativi al licenziamento individuale, cui è riservata la indennità risarcitoria nella misura dimezzata regolata dal comma 6 del nuovo art. 18 St. lav.; onde – come è stato osservato – «la sanzione del vizio procedimentale del licenziamento collettivo è equiparata a quella del vizio di ingiustificatezza semplice del licenziamento individuale»²².

Senonché tale osservazione sottovaluta il rilievo essenziale che i vincoli procedurali hanno tradizionalmente rivestito nel licenziamento collettivo, che – diversamente da quanto accade per il licenziamento individuale (ora anche per giustificato motivo oggettivo, ai sensi del nuovo testo dell'art. 7, legge n. 604 del 1966) – nella sistematica della legge n. 223 del 1991 svolge un ruolo assorbente nel sindacato giudiziale, dal quale la giurisprudenza ha sostanzialmente espunto il profilo causale della fattispecie. Ne consegue che la svalutazione del rilievo dei vizi (e, a monte, degli obblighi) procedurali è potenzialmente suscettiva di un'incidenza decisamente maggiore sul licenziamento collettivo, forse non adeguatamente compensata dalla opzione per la tutela indennitaria nella misura piena di cui all'art. 18, comma 5 (nuovo testo). A rigore, si potrebbe anzi dire che la sanzione della inefficacia – in senso proprio (*i.e.*, dell'inidoneità dell'atto a produrre l'effetto estintivo del rapporto) – del licenziamento collettivo proceduralmente viziato fosse l'unica coerente con quella impostazio-

ne sistematica, l'asserita essenzialità del controllo sindacale risultando evidentemente contraddetta dalla scelta di collegare alla sua violazione conseguenze meramente indennitarie²³.

Resta invece ferma – nell'impianto della legge n. 92 del 2012 – la tutela reintegratoria (seppure nella versione «depotenziata regolata dall'art. 18, comma 4»)²⁴ per il caso di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati *ex art. 5* della legge n. 223 del 1991. In tal caso, è a quanto sembra l'analogia con l'ipotesi della ingiustificatezza «qualificata» del licenziamento individuale *ex art. 18, comma 4, St. lav.*, ad aver correttamente suggerito al legislatore – in quella occasione – di fare ancora ricorso alla tutela reale, sia pure nella versione attenuata sul piano degli effetti risarcitori. Ed invero, il licenziamento che sia intimato in violazione dei criteri (contrattuali o legali) di scelta, sia pure all'esito di una procedura svoltasi nel pieno rispetto degli obblighi di cui all'art. 4 della legge n. 223, si risolve, a ben vedere, in un atto di recesso individuale effettivamente ingiustificato²⁵.

3. Contratto a tutele crescenti e licenziamento collettivo nel d.lgs n. 23 del 2015

Se già la legge n. 92 del 2012 aveva incrinato, per quanto appena osservato, la tenuta della lettura sistematica della disciplina del licenziamento collettivo *ex lege* n. 223 del 1991 fatta propria da dottrina e giurisprudenza prevalenti, ad esiti del tutto irriducibili a una qualche possibilità di unitaria ricostruzione dogmatica della fattispecie conduce invece la più recente innovazione di cui all'art. 10 del d.lgs n. 23 del 2015.

La disposizione completa la disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele cre-

21. C. Cester, 2012, 561, cit..

22. A. Vallebona, 2012, 68, cit..

23. L'inadeguatezza di una tutela obbligatorio-indennitaria a garantire l'effettività di un modello regolativo che poggia sul controllo e la partecipazione sindacale alla gestione delle eccedenze di personale è stata rilevata anche da A. Minervini, 2014, *I controlli nei licenziamenti economici dopo la Riforma Fornero*, in *Lav. Giur.*, 757. L'Autrice evidenzia come la legittimazione del datore di lavoro a licenziare sia prevista, nella legge n. 223 del 1991, solo a seguito del puntuale adempimento delle procedure, cosicché, sul piano tecnico, non può verificarsi un effetto estintivo del rapporto di lavoro, che sarebbe in contraddizione con l'applicabilità della tutela indennitaria a fronte di un licenziamento invalido. In questa prospettiva, la riforma viene stigmatizzata come un fuorviante passaggio dal piano collettivo a quello individuale, che mette in discussione la centralità stessa della procedura sindacale e si traduce in una privazione della tutela dei diritti dei lavoratori.

24. A. Maresca, 2012, 429, cit..

25. È stato osservato come la grande discrezionalità valutativa in materia di individuazione ed applicazione dei criteri di scelta comporti lo spostamento dei problemi dal piano collettivo a quello individuale, esponendo il datore di lavoro ad una situazione di incertezza e ad azioni dei singoli lavoratori licenziati, cosicché è assai probabile che venga perpetuata la prassi di aggiungere alla procedura di mobilità un'appendice costituita da una conciliazione individuale raggiunta in sede sindacale (cfr. L. Angiello, *I licenziamenti collettivi nella riforma Fornero*, in *Lav. Giur.*, 2012, 920).

scenti – di attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 7, lettera c), legge n. 183 del 2014 –, stabilendo che, in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio previsto dall'art. 2 dello stesso decreto, ovvero la tutela reintegratoria piena corrispondente a quella prevista dal primo comma dell'art. 18 St. lav. Salvo il caso di scuola del licenziamento collettivo intimato in forma orale, l'art. 10 del d.lgs n. 23 del 2015 espunge la reintegrazione nel posto di lavoro dal novero dei rimedi consentiti ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, prevedendo che – tanto in caso di violazione delle regole procedurali di cui all'art. 4, quanto in quello di inosservanza dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991 – si applichi sempre e soltanto il regime introdotto dall'art. 3, comma 1, del medesimo decreto delegato.

Pertanto, in ogni caso di licenziamento collettivo illegittimo, perché viziato nella procedura o nell'utilizzo dei criteri di scelta, il giudice si limiterà a dichiarare estinto il rapporto a tutele (o meglio a indennizzi) crescenti alla data del recesso, condannando il datore di lavoro al pagamento di una indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità²⁶. Il d.lgs n. 23 del 2015 ha – certamente sul punto qui in esame – almeno il pregio della chiarezza, per cui sembra davvero inutile svolgere considerazioni di natura esegetica su disposizioni che appaiono così precise e nette anche nelle trasparenti motivazioni di politica del diritto²⁷.

La norma appare coerente con i principi stabiliti dalla legge delega 183 del 2014, il cui articolo 1, comma 7, lettera c esplicitamente esclude la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro per i «licenziamenti economici», essendo difficilmente revocabile in dubbio – come pure sostenuto da varie parti – che i licenziamenti collettivi rientrino in tale, sia pur atecnica, espressione. Ma, come si è avuto modo di sottolineare altrove²⁸, queste disposizioni ci appaiono, al contempo, anche sicuramente incoerenti col principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., visto che questa secca disparità di trattamento – tra lavoratori assunti prima o dopo l'entrata in vigore del decreto – non può trovare una adeguata giustificazione in ragione del solo fattore temporale²⁹, la discrepanza nella intensità dei rimedi sostanziali e processuali in favore degli uni e degli altri potendosi infatti perpetuare – connotando una diversità strutturale di statuto protettivo tra lavoratori subordinati dipendenti dallo stesso datore – in un orizzonte di tempo molto lungo, anche di anni, in fattispecie che per l'appunto sono, sotto ogni profilo, del tutto identiche e sovrapponibili.

3.1. L'abolizione del rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti

Un'importante novità è prodotta dall'art. 11 del d.lgs n. 23 del 2015, è che ai licenziamenti regolati dal decreto attuativo non si applicano le disposizioni di cui ai commi da 48 a 68 della legge n. 92 del 2012, ovvero il rito speciale introdotto dalla riforma Fornero. È appena il caso di ricordare come il «rito Fornero» sia applicabile a tutte le «controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n.

26. È stata posta la questione se, in caso di violazioni procedurali da parte del datore di lavoro che integrino gli estremi della condotta antisindacale, vi sia ancora oggi la possibilità di rimuoverne gli effetti ai sensi dell'art. 28 St. lav. anche disponendo la reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati (per una discussione di tale profilo cfr. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 301 ss. e M. De Luca, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *Lav, giur.* 2015, 557 ss.). In senso affermativo si è esplicitamente espresso L. Verde, *Il reintegro nei licenziamenti collettivi dopo il Jobs Act*, in *fiba.it*, 2015, il quale non ha mancato di sottolineare come, in tal modo, si possa recuperare un residuo spazio per la tutela reale, anche in funzione del rafforzamento del potere contrattuale delle organizzazioni sindacali e del mandato fiduciario tra le stesse e i lavoratori.

27. Giova ricordare come il legislatore delegato abbia confermato, nella versione definitiva del d. lgs. n. 23 del 2015, l'estensione ai licenziamenti collettivi della regola della tutela meramente indennitaria ignorando il contrario parere (non vincolante) espresso da entrambe le Commissioni parlamentari competenti. In particolare, la Commissione lavoro della Camera aveva evidenziato come tale estensione avrebbe determinato un indebolimento del ruolo della contrattazione collettiva e delle procedure di confronto con le organizzazioni sindacali, rendendo maggiormente difficoltosa la gestione concordata dei processi di ristrutturazione aziendale. D'altra parte, tutto l'impianto del *Jobs Act* sembra orientato ad un depotenziamento dei cosiddetti corpi intermedi in generale e delle organizzazioni sindacali in particolare (quello che i sociologi chiamano «disintermediazione sociale»). Cfr. sul punto C. Romeo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 285 SS.

28. Cfr. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2015.

29. Per una diversa valutazione, v. R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015.

300» e, secondo l'opinione assolutamente prevalente, debba considerarsi obbligatorio³⁰.

L'applicabilità del rito speciale all'impugnazione dei licenziamenti collettivi è stata oggetto di alcune discussioni, ma la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza³¹ si è espressa in senso positivo, sia per ragioni testuali (stanti i numerosi richiami operati dall'art. 1, comma 46 della l. 92 del 1992 alle tutele dell'art. 18), sia per ragioni di applicazione analogica (atteso che le medesime esigenze acceleratorie sono presenti anche nell'ipotesi di impugnativa del licenziamento collettivo).

A carico del famigerato «rito Fornero» sono state sollevate critiche praticamente unanimi per i molteplici dubbi interpretativi ed applicativi da esso causati, ed è difficile credere che qualcuno possa rammarricarsi della sua prematura dipartita. La quale, tuttavia, è a sua volta foriera di alcune problematiche processuali.

Non sembra revocabile in dubbio che, con l'abolizione del rito speciale, le future impugnazioni dei licenziamenti (fermi restando i comuni oneri di impugnazione stragiudiziale e giudiziale) ritorneranno ad essere assoggettate alle regole dell'ordinario processo di cognizione previsto dal codice di rito per le controversie in materia di lavoro. Sennonché, la rinnovata espansione del processo di cognizione ordinario non riguarderà tutti i licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 23 del 2015, ma soltanto i licenziamenti disciplinati dal medesimo decreto, cioè quelli relativi a rapporti di lavoro costituiti con il cosiddetto contratto di lavoro a tutele crescenti. Per un periodo transitorio, quindi, dovremo assistere all'introduzione di cause secondo una duplice forma procedimentale: da un lato, quella speciale prevista dai commi da 48 a 68 della legge n. 92 del 2012, che seguirà ad essere applicabile a tutte le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di licenziamenti (anche collettivi) intimati dopo il 18 luglio 2012, purché riferibili a rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015; dall'altro lato,

quello ordinario previsto dal codice di procedura civile per i licenziamenti riferibili a rapporti di lavoro instaurati dopo tale data. Con il che il legislatore, pur avendo preso atto, dopo neanche tre anni di vigenza, del sostanziale fallimento del rito Fornero, con inutile accanimento terapeutico ha deciso di tenerlo in vita ancora per un tempo prevedibilmente lungo, così complicando ulteriormente la già sofferente condizione del contenzioso lavoro³².

Peraltro, con particolare riferimento alla materia dei licenziamenti collettivi, è possibile che una stessa procedura di mobilità riguardi alcuni lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del cosiddetto contratto a tutele crescenti ed altri assunti dopo, con la conseguenza che, magari a fronte delle medesime cause di illegittimità, i primi dovranno impugnare il licenziamento con il rito speciale e potranno invocare la tutela dell'art. 18 (ovviamente nella versione modificata dalla legge n. 92 del 2012), mentre i secondi dovranno accontentarsi di chiedere, con ricorso ordinario, l'applicazione dell'esangue apparato rimediabile del nuovo decreto³³. Un doppio regime – non soltanto sostanziale, ma anche processuale – che conferma, e amplifica, i già forti dubbi di legittimità costituzionale più sopra sollevati.

3.2. Il licenziamento collettivo dei dirigenti

Ulteriori criticità prodotte dalla nuova normativa riguardano la disciplina del licenziamento dei dirigenti. Infatti, l'art. 1 del d.lgs n. 23 del 2015, nel definire il campo di applicazione del nuovo regime di tutele nel caso di licenziamento illegittimo, lo limita espressamente ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro a tutele crescenti, con esclusione, dunque, dei dirigenti. Con il che, per tale categoria di lavoratori, si viene paradossalmente a creare una situazione di maggiore favore rispetto al radicale arretramento dei rimedi attuato con il *Jobs Act*: in generale, il dirigente può contare, di regola (in forza della disciplina del

30. In tal senso, appare decisivo l'argomento testuale del secco disposto dell'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, secondo cui la domanda «si propone» con ricorso. Cfr. ad es. Trib. Taranto 30.11.2012; Trib. Milano 25.10.2012; Trib. Roma 28.11.2012; Trib. Perugia 23.10.2012. L'obbligatorietà del rito appare d'altra parte coerente con la finalità perseguita dal legislatore di evitare che i lunghi tempi della decisione comportino, per il caso di accoglimento del ricorso, un eccessivo *vulnus* ai diritti del datore di lavoro, costretto ad un enorme esborso per retribuzioni e relativi contributi previdenziali ed assistenziali, nonché versamenti fiscali, senza usufruire della prestazione lavorativa.

31. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 12.11.2012; Trib. Reggio Calabria 5.11.2012; Trib. Roma 21.1.2014. Per ampi riferimenti dottrinari, cfr. N. Frasca, *Applicabilità ai licenziamenti collettivi del rito Fornero e delle tutele previste dall'art. 18 Stat. Lav.*, in *Arg. Dir. lav.* 2014, 1195 ss...

32. In questi termini si è espresso anche Romeo, 2015, cit..

33. È facilmente ipotizzabile che, per questa seconda categoria di lavoratori, la prospettiva di un allungamento dei tempi processuali, unitamente alla consapevolezza di poter conseguire alla fine soltanto una tutela economica depotenziata, li spingerà ad accettare, nella maggior parte dei casi, l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs n. 23 del 2015.

preavviso e dell'indennità supplementare, prevista dalla contrattazione collettiva applicabile al rapporto di lavoro), di una tutela economica più intensa contro i licenziamenti privi di giustificazione.

Tuttavia, con specifico riferimento al nostro tema, occorre tenere nella debita considerazione le novità apportate dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161. A seguito del noto esito condannatorio della procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana³⁴, il legislatore nazionale è infatti intervenuto includendo i dirigenti nella disciplina dei licenziamenti collettivi. Più in particolare, l'art. 16 della legge n. 161 del 2014 ha modificato l'art. 24 della legge n. 223 del 1991, stabilendo che i dirigenti debbono essere computati sia nella soglia dimensionale aziendale dei quindici dipendenti, sia nel numero dei lavoratori interessati dalla riduzione di personale.

La comunicazione di avvio della procedura dovrà pertanto indicare anche le posizioni dirigenziali interessate ed essere inviata anche alle rappresentanze sindacali dei dirigenti o alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative della categoria del settore; all'esame congiunto della posizione dei dirigenti eccedenti si procederà in «appositi incontri»³⁵. Inoltre, si prevede espressamente che, quando risulti accertata la violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, il datore di lavoro sia tenuto al pagamento, in favore del dirigente, di un'indennità in misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione, fatte salve le diverse previsioni della contrattazione collettiva. Peraltro, il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro dei dirigenti industriali, in vigore dal 1° gennaio 2015, ha espressamente stabilito che le indennità supplementari in esso previste per il caso di recesso del datore di lavoro non si applichino nel caso di licenziamento collettivo, ipotesi in cui, pertanto, troverà applicazione soltanto la tutela risarcitoria prevista dalla legge n. 161 del 2014.

Ma si tratta – evidentemente (e paradossalmente) – di una tutela risarcitoria più favorevole di quella applicabile ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, giacché, da un lato, risulta decisamente più elevata la misura minima dell'indennizzo risarcitorio (dodici, anziché quattro mensilità) e, dall'altro, la concreta commisurazione della somma dovuta

a tale titolo, entro il comune tetto massimo delle 24 mensilità, non è determinata – nel caso dei dirigenti – dal rigido automatismo meccanicistico correlato alla sola anzianità di servizio, ma deve essere decisa dal giudice facendo applicazione – si deve ritenere – dei più ampi criteri discrezionali di valutazione stabiliti dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. Onde anche sotto questo profilo traspare la irrazionalità di una scelta legislativa che – capovolgendo, paradossalmente, la logica dell'art. 3, comma 2, Cost. – finisce per dare una tutela maggiore alla categoria più forte, che – anche in virtù della più elevata capacità di auto-protezione contrattuale della quale dispone – è stata tradizionalmente esclusa dalla disciplina limitativa dei licenziamenti di fonte legale.

Conclusioni

Preme svolgere qualche sintetica considerazione conclusiva sull'incidenza che questo diversificato sistema di tutela contro il licenziamento collettivo illegittimo ha sulla possibilità di rintracciare una qualche *ratio* unitaria nella costruzione della fattispecie. In tale ottica, se si assume che il momento rimediabile ha un sicuro rilievo nella ricostruzione sistematica della fattispecie, è anche necessario concludere che, soprattutto con la forte innovazione e differenziazione del regime sanzionatorio introdotta dal d.lgs n. 23 del 2015, ma in realtà già in forza delle innovative previsioni della legge n. 92 del 2012, una tale possibilità risulta oggi del tutto incompatibile con il frammentato assetto normativo dell'istituto.

Superata, almeno formalmente, la distinzione, peraltro del tutto priva di conseguenze sul piano dei rimedi invocabili, tra collocamento in mobilità e licenziamento collettivo, il legislatore introduce ora una forte differenza di regime sanzionatorio interna alla fattispecie, unicamente in ragione della data di assunzione del lavoratore. Una tale scelta rende semplicemente vano qualunque sforzo di razionalizzazione e di lettura unitaria del licenziamento collettivo: che, se rimane lo stesso in termini di disciplina sostanziale e procedurale, imbecca poi strade diversissime (con ovvia tensione con i principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.) allorché vengano in rilievo i rimedi attivabili da «vecchi» e «nuovi» assunti in caso di violazione di quella stessa disciplina. Ma già la legge n. 92 aveva incrinato la coerenza delle ricostruzio-

34. La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 13.2.2014 (C-596/2012), ha come noto censurato il nostro Paese per avere escluso i dirigenti dalla normativa nazionale sulla riduzione collettiva del personale, in violazione della direttiva 98/59/Ce.

35. È stato giustamente osservato che ciò potrebbe comportare uno sdoppiamento della consultazione su due binari paralleli, con il rischio di uno sfasamento dei tempi di conclusione delle due fasi sindacali e che una si possa concludere con un accordo e l'altra no (cfr. D. Colombo, *Licenziamento collettivo dei manager*, in *Dir. prat. Lav.*, 2015, 285 ss.).

ni prevalenti in dottrina e recepite dalla giurisprudenza, laddove ha escluso la tutela reintegratoria in ipotesi di mera violazione delle regole procedurali, evidentemente ignorando che su quelle regole – dopo la riforma del 1991, e sviluppando la nota intuizione ricostruttiva di Massimo D'Antona³⁶ – è stato edificato il baricentro del controllo di legittimità (*ex*

ante del sindacato ed *ex post* del giudice) sul licenziamento collettivo.

Possiamo dunque concludere che è proprio sul fronte della disciplina del licenziamento collettivo che la controriforma attuata nelle due tappe del 2012 e del 2015 finisce per scaricare le sue più evidenti contraddizioni e incoerenze sistematiche.

36. V. *supra*, nota 1.

Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo

di Francesco Buffa

Gli strumenti internazionali pongono vari principi rilevanti in materia di tutela del lavoratore avverso i licenziamenti illegittimi, imponendo da un lato il rispetto del principio di parità di trattamento, dall'altro lato il principio di adeguatezza ed effettività della tutela, aspetti questi che implicano una valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto ai fatti in relazione alla situazione concreta, tenuto conto di situazioni comparabili.

Il saggio esamina la compatibilità delle novità normative dettate dal Jobs Act con le varie fonti internazionali e verifica le conseguenze ipotizzabili di un contrasto tra norme, sia in termini di legittimità costituzionale delle norme interne sia in relazione alla loro (dis)applicazione.

1. Rimodulazione verso il basso delle tutele

Il contratto a tutele crescenti introdotto dal cd Jobs Act (ossia dal d.lgs n. 23 del 2015) non è altro che un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con una speciale disciplina del recesso datoriale. E due sono le principali novità della disciplina sui licenziamenti rispetto a quella applicabile ai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato: il definitivo superamento della correlazione automatica tra illegittimità del licenziamento e sanzione reintegratoria e la previsione di quest'ultima quale sanzione residuale e marginale; la forfetizzazione e riduzione del danno risarcibile in caso di licenziamento illegittimo e la previsione di somme modeste dovute al lavoratore per un atto datoriale che è e resta illegittimo.

Sotto il primo profilo, passa ormai definitivamente il principio della sostanziale monetizzazione del posto di lavoro, benché esso sia incongruo alla luce della funzione del lavoro e del posto che ha nel nostro ordinamento anche costituzionale; viene positivizzato addirittura (art. 3) il superamento del principio di proporzionalità, principio fondamentale nella disciplina legale (art. 2106 cc) e nell'elaborazione giurisprudenziale ultraquarantennale in materia disciplinare, e si stabilisce l'esclusione espressa di

un giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, affermandosi espressamente che «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», sicché il costo del recesso illegittimo viene determinato in chiave puramente economica e senza riferimento all'entità dello scostamento dell'atto illegittimo dal modello legale; infine, la nuova disciplina ha espressamente abbandonato il vincolo della sanzione reintegratoria in ragione delle previsioni conservative della contrattazione collettiva (che possono rilevare solo per il giudizio di legittimità del licenziamento *ex art. 30* collegato lavoro, ma non per l'individuazione della sanzione applicabile al licenziamento illegittimamente irrogato).

Sotto il secondo profilo, sul piano della sanzione, il decreto predetermina legalmente e riduce l'indennità risarcitoria dovuta, prevedendo una *severance pay* forfetizzata in base all'anzianità di servizio, sottratta a qualsiasi determinazione a misura della concreta fattispecie ad opera del giudice, il cui ruolo viene ridotto ad un elementare computo dell'anzianità: si può così estinguere illegittimamente un rapporto di lavoro con un piccolo costo fisso, già preventivato e probabilmente assorbito con traslazione sui prezzi delle merci, un costo nel cui calcolo non ha nessun rilievo l'entità dell'accusa rivolta, gli effetti prodotti, la mancanza di colpevolezza, ma solo l'anzianità di servizio dell'accusato.

Va qui sottolineata la complessiva contrazione della misura delle indennità risarcitorie, indennità addirittura inferiori all'indennità sostitutiva del preavviso mediamente prevista dai contratti collettivi di categoria, ma anche alla tutela obbligatoria in precedenza disciplinata e financo alle indennità previste per l'abuso del termine dall'art. 32 co. 4 collegato lavoro 183/00 (che a loro volta non avevano soddisfatto Cass. ord. n.2112/11).

La predeterminazione legale dell'indennità non ne esclude l'iniquità, non solo perché l'indennità è ancorata a fattore (anzianità di servizio) estranea al disvalore del comportamento datoriale ed ad ogni valutazione giudiziale delle particolarità del caso concreto, ma anche per la disciplina del tetto massimo dell'indennità, corrispondente a 12 anni di servizio, ma applicabile quale costo (modesto) per licenziare (illegittimamente, è sempre il caso di rimarcarlo) lavoratori anche con quarant'anni di servizio.

Come efficacemente detto¹, si potrà estinguere in modo illegittimo ogni rapporto di lavoro, pagando una somma modesta con offerta di conciliazione esentasse che la stessa legge prevede: «una potente arma di ricatto che eserciterà un influsso moderatore su tutto il rapporto. Gli effetti di questa normativa non vanno perciò riguardati solamente in relazione alla tutela irrisoria, e persino offensiva, che è stata introdotta nell'ordinamento a proposito dei licenziamenti; ma in relazione agli effetti perniciosi che essa genera su tutto il sistema di legalità del lavoro, con una nuova ulteriore marginalizzazione del giudice del lavoro, al quale il lavoratore non ha più alcun interesse per doversi rivolgere».

2. Nuove ingiustizie e disparità

È inevitabile un disorientamento derivante da una disciplina del tutto sfavorevole al lavoratore dettata da un governo di sinistra, un governo che ha fatto ciò che nemmeno vent'anni di destra (per di più aziendalista) al potere avevano fatto, financo dettando una disciplina più regressiva di quella *ex lege* Fornero (che pure già aveva "massacrato", per dirla con Romagnoli, l'art. 18, superando l'equilibrio che per

decenni la norma aveva garantito², e dettato una disciplina confusa e tecnicamente eccipibile sotto vari profili).

Certo, si è consapevoli che la reintegra (che peraltro si applica da tempo –per volontà parlamentare e popolare- solo a metà della forza lavoro in Italia) non ha copertura costituzionale (C. Cost. 46/00), né si vuole qui correre il rischio di difendere "con le unghie e con i denti e fino all'ultima virgola le vecchie posizioni degli *insiders*, indicate come oggetto di un diritto fondamentale dei lavoratori, abbandonando al proprio destino centinaia di migliaia di collaboratori autonomi continuativi, in forma di lavoro a progetto e di partita IVA, in situazioni di monocommittenza ed a basso reddito, tutti soggetti che di questi diritti fondamentali possono fare a meno"³.

Si vuole solo sottolineare che i profili di ingiustizia della nuova disciplina sono notevoli, mentre gli effetti economici della maggiore flessibilità in uscita sulle nuove assunzioni restano del tutto indimostrati ed anzi smentiti⁴, e comunque va rilevato che il precario assunto a tempo indeterminato vede nell'immediato una notevole riduzione delle tutele.

Le nuove regole urtano, invero, la sensibilità di chi è abituato a pensare da decenni che solo in presenza di una reale, proporzionata e comprovata giustificazione causale il licenziamento possa produrre effetti estintivi del rapporto di lavoro (di un rapporto che ha forti implicazioni esistenziali, essendo intimamente connesso con la persona), e si fa fatica a concepire che –a fronte di un inadempimento di esigua importanza o anche di un atto del lavoratore non costituente adempimento - un atto unilaterale invalido della parte più forte possa provocare effetti dirompenti nella vita di una persona, affatto compensati da indennità anche irrisorie e financo offensive.

Resta però in ogni caso paradossale l'esclusione nel rapporto di lavoro -in netta controtendenza rispetto alla natura del rapporto ed alle esigenze di protezione della parte debole che la giurisprudenza in blocco, anche a livello costituzionale, ha da sempre salvaguardato e promosso- dell'applicazione delle regole operanti per tutta la disciplina dei contratti, con particolare riferimento sia al principio di rilevanza dell'inadempimento contrattuale (che l'art. 5

1. R. Riviero, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in *Questione Giustizia online*, 2015, http://questionegiustizia.it/articolo/i-licenziamenti-disciplinari-tra-jobs-act-e-riforma_23-02-2015.php.

2. R. Sanlorenzo, *Il licenziamento nullo tra tutela antidiscriminatoria e casi espressamente previsti dalla legge*, relazione al corso *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 13-15 aprile 2015

3. P. Ichino, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, pag.1545.

4. V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, 2.

l. 604/66 declinava, anche ai fini della applicazione della sanzione, in chiave derogatoria –ma in senso opposto- rispetto a quanto disposto dall'art. 1455 cc), sia all'applicabilità del rimedio generale della tutela in forma specifica (che costituisce la regola per il risarcimento del danno ex art. 2058 cc, essendo quella per equivalente l'eccezione).

L'esclusione (quasi completa) della tutela reale trova applicazione in relazione ai nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti ed altresì in relazione ai vecchi assunti (art. 1 co. 3) nel solo caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, stat. lav.; a tutti gli altri dipendenti privati si applicano le vecchie norme della legge Fornero e per i dipendenti pubblici⁵ il vecchio testo dell'art. 18 Stat. lav.. La disciplina dunque sancisce una differenziazione nel trattamento normativo garantito a lavoratori, senza che però ne sia individuabile *la ratio* giustificatrice della deroga all'art. 3 Cost., pesando solo la natura del datore o il mero dato formale inerente la data di assunzione, aspetti questi estrinseci rispetto alla prestazione lavorativa (pur in presenza del medesimo tipo contrattuale) ovvero rispetto al fatto posto alla base del licenziamento (oggettivo o soggettivo, individuale o collettivo che sia).

La fattuale coesistenza all'interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti diversamente tutelati evidenzia una disparità di trattamento difficilmente giustificabile: e non basta affermare (come taluno fa, pur richiamando Corte cost. 254/14)⁶ che il «fluire del tempo possa costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche», in quanto rispetto al fatto disciplinarmente rilevante o al fatto alla base di un licenziamento economico la situazione dei lavoratori soggetti a diverse tutele è in tutto identica ed il fluire del tempo non riguarda la situazione posta a base del recesso (ma solo il momento genetico del rapporto, irrilevante ai fini della valutazione del fatto).

3. Il contrasto con il principio di eguaglianza dell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

L'equiparazione di situazioni dissimili contrasta con l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che stabilisce il principio di eguaglianza («tutte le persone sono eguali dinanzi alla legge»).

Il contrasto con l'art. 20 è ben più evidente rispetto a quello – più difficilmente ipotizzabile – con l'art. 30 della Carta, che – nel prevedere che «Ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario ed alla legislazione e prassi nazionale» postula una tutela effettiva, ma non precisata.

La norma dell'art. 20 ha invece un contenuto preciso e contiene un principio immediatamente precettivo, munito di efficacia diretta orizzontale (e qui la giurisprudenza comunitaria, specie nella materia antidiscriminatoria, che della parità è applicazione, è ampia).

Certo, la norma –pur contenuta in un atto che, ex art. 6 TUE, è vincolante avendo il medesimo valore dei Trattati-, ai sensi dell'art. 51 co. 1, si applica agli Stati membri esclusivamente nell'«attuazione del diritto dell'Unione» (cfr. pure sentenza Corte di giustizia Akerberg Fransson, par. 21-23); ciò implica che la protezione offerta dalla Carta viene in rilievo ogni qualvolta la misura nazionale oggetto della controversia presenta un collegamento con una disposizione di diritto Ue che è rilevante nella fattispecie, ma diversa dal diritto fondamentale che si pretende leso, non avendo i diritti fondamentali della Carta⁷.

Non sembra però potersi dubitare che nella materia dei licenziamenti si operi nel cd cono d'ombra del diritto europeo.

Quanto ai licenziamenti collettivi⁸, viene in gioco la direttiva 1998/59 relativa al «Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi»: la circostanza che la disciplina non preveda norme sul tipo di tutela assicurato ai lavoratori non è rilevante ai fini del problema in di-

5. F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, relazione al corso *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 13-15 aprile 2015.

6. C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, relazione al corso *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 13-15 aprile 2015.

7. G. Orlandini, *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

8. R. Cosio, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'Unione Europea*, relazione al convegno *Rapporti tra le fonti e rapporti tra le Corti nel diritto europeo. I licenziamenti collettivi*, Roma, 27 aprile 2015.

samina, poiché non è questione di applicazione della tutela prevista da fonti europee ma di applicazione del principio di uguaglianza in materia genericamente disciplinata dal diritto europeo.

Con riferimento ai licenziamenti individuali, va richiamato l'art. 153.1.d) del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) che attribuisce alla Ue il potere di dettare agli Stati membri regole comuni in materia di licenziamento individuale, prevedendo la competenza di adottare direttive di armonizzazione (ovvero di definire standard minimi comuni di tutela) in relazione alla «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro».

Il vero nodo interpretativo risiede nel significato dell'«attuazione» del diritto dell'Unione, e in particolare se questa debba intendersi come attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, come nell'ipotesi classica di una legge che recepisce una direttiva, ovvero se sia sostenibile un concetto più generico ed ampio di «attuazione», secondo la quale per l'applicazione dei precetti della Carta è sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel «cono d'ombra» del diritto dell'Unione anche indirettamente, sicché anche in tal caso il diritto interno può essere considerato «applicativo» di quello sovranazionale e quindi può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta.

Né mi pare rilevante il mancato esercizio della potestà legislativa prevista dal Trattato: sarebbe infatti illogico applicare la Carta ove il legislatore – europeo o nazionale – abbia dato attuazione (male) al diritto comunitario, e non invece nei casi in cui, ferma la competenza comunitaria, il legislatore – europeo e nazionale – sia rimasto inerte.

La portata espansiva e promozionale dei principi della Carta è talora emersa in modo specifico nella giurisprudenza di Lussemburgo, che nell'applicare la Carta ha ritenuto rientrante nella sua giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell'Ue⁹.

La Corte di giustizia, in particolare, ha precisato che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali opera non solo nel momento in cui il legislatore nazionale dà attuazione al diritto europeo, ma anche ove comunque si lavora nel campo di applicazione del diritto dell'Unione (sentenza Akerberg Fransson), nonché nelle fattispecie, pur estranee all'area comunitaria, che incidono su una delle condizioni di godimento dei diritti tutelati dall'ordinamento comunitario (K.B. C-117/2001; Richards).

In alcune pronunce comunitarie si assiste dunque ad un allargamento dell'ambito di intervento sulla base della Carta: si richiamano qui la sentenza Fuß, in tema di trasferimento del lavoratore; la sentenza Mangold, con riferimento alla parità di trattamento in ragione dell'età prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva in materia; la sentenza Kucukdeveci, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento; la sentenza Del Cerro Alonso, in ordine alla retribuzione dei lavoratori a tempo determinato ed, in generale, alle condizioni di impiego.

Altre volte, invece, la stessa Corte ha optato per la soluzione opposta, evidenziando un self-restraint¹⁰ quando si tratta di tutelare diritti sociali, specie se di natura collettiva, previsti dalla Carta ma estranei alle tradizioni comunitarie: si pensi alla sentenza Polier sul Contrat nouvelles embauches (CNE), o alla sentenza Nisttahuz Poclava, ove la Corte esclude l'applicazione diretta dell'art. 30 ai fini del sindacato sulla previsione del patto di prova, e ciò in quanto la fattispecie è priva di nesso con l'attuazione del diritto europeo (ma nella soluzione del problema ha certo pesato il carattere non autosufficiente della disposizione della Carta invocata, l'art. 30).

In relazione a quanto detto opera la possibilità di un'applicazione del principio di uguaglianza, destinata ad operare al di là dei divieti discriminatori, ma limitatamente a violazioni che ridondino in ingiustificate differenze di trattamento di situazioni identiche delle persone coinvolte: ad esempio, due dipendenti (illegittimamente) licenziati per il medesimo fatto in concorso, sottoposti a regimi diversi relativi alla sanzione avverso il licenziamento illegittimo; ovvero, due (gruppi di) dipendenti assunti prima e dopo il Jobs Act, licenziati per motivo economico comune, con applicazione di tutele diverse.

Ma ciò dovrebbe valere non solo in relazione ad una fattispecie concreta, ossia con riferimento alla situazione di due lavoratori nella medesima situazione, ma anche in relazione ad una mera comparazione tra la situazione concreta di un lavoratore e quella astrattamente applicabile ad altro lavoratore, pur se quest'ultimo non abbia contenzioso in corso né addirittura sia stato licenziato.

L'intera giurisprudenza comunitaria antidiscriminatoria infatti ha sempre postulato una verifica del rispetto del principio di non discriminazione non in relazione a casi concreti comparati, ma in relazione alla situazione giuridica applicabile – astrattamente dunque, secondo le previsioni positive delle norme –

9. G. Bronzini, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti fra le due Carte*, in WPCS 118/2015.

10. M. Dalfino, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, in WP CSDLE 103/2014.

ad altri soggetti per i quali non ricorre il fattore protetto dalla disciplina europea: è infatti rispetto al trattamento giuridico astratto previsto per tali soggetti che va verificata la legittimità del trattamento deteriore attribuito al soggetto appartenente a gruppo sociale svantaggiato o comunque possessore della caratteristica personale considerata fattore di discriminazione. In tali casi si potrà ipotizzare anche una disapplicazione della legge nazionale nel caso singolo, anche se sembra opportuno che comunque sia sollecitata prima la Corte di Giustizia al fine di chiarire la portata dal principio comunitario nei rapporti interprivati.

Analoghe considerazioni valgono in relazione alla misura dell'indennità risarcitoria, che nell'escludere ogni adeguamento della sanzione al fatto concreto e nel predeterminare la sanzione sulla base del dato formale dell'anzianità di servizio, dato estraneo alla natura della prestazione lavorativa come alle ragioni del licenziamento, equipara ingiustificatamente lavoratori che possono essere in situazioni completamente diverse, mentre per altro verso, con il prevedere un tetto risarcitorio massimo piuttosto basso, equipara un lavoratore con 12 anni di anzianità ad uno con 40 anni.

4. Violazioni di diritti umani fondamentali

L'esclusione di una tutela forte avverso i licenziamenti illegittimi si espone sul piano internazionale ad altri profili di criticità ove l'atto illegittimo di recesso datoriale incide su diritti fondamentali della persona protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In relazione a tali aspetti, in ragione del valore della Convenzione Edu sul piano delle fonti, il contrasto non consente la disapplicazione della norma interna contrastante, ma solo una questione di legittimità costituzionale della norma *ex art. 117 Cost.* (salve in ogni caso le misure accordate dalla Corte Edu, che possono consistere sia in indennizzi alla parte lesa, sia in misure più strutturali per il carattere sistemico della violazione riscontrata).

Vi sono infatti nella Convenzione varie norme poste a protezione dei diritti della persona che possono essere lesi da un atto datoriale di recesso: si pensi al licenziamento disciplinare per opinioni espresse dal lavoratore o per l'iscrizione a determinate associazioni o per fatti della vita privata, ove vengono in gioco il diritto del lavoratore alla libera manifestazione del pensiero (art. 10 Conv.) o il diritto di associarsi liberamente (art. 11 Conv.), o il diritto al rispetto alla vita privata (art. 8 Conv.) o, in connessione con gli anzi-

detti diritti, il divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 Conv.

E la giurisprudenza della Corte è intervenuta varie volte a sanzionare atti datoriali illegittimi (come in *Heinisch c. Germania* 2011, o in *Schuth c. Germania*, 2010), accordando al lavoratore un indennizzo¹¹.

È bene precisare peraltro che innanzi alla Cedu, che non è giudice di *quatrième instance*, non viene direttamente in gioco il comportamento o l'atto del datore di lavoro, bensì l'interferenza del godimento di diritti da parte dello Stato, che risponde delle pronunce giurisdizionali dei propri giudici del lavoro e delle norme del suo legislatore: in altri termini, la Corte valuta se la previsione normativa di una tutela avverso il licenziamento sia o meno inadeguata e se ciò implichi un'interferenza non proporzionata sul godimento dei diritti protetti dalla Convenzione; questo spiega come, in caso di accoglimento del ricorso del lavoratore, la condanna riguarda lo Stato e non il datore di lavoro privato.

In tale contesto, la mancata previsione normativa di una tutela reintegratoria non può portare alla reintegra del lavoratore, ma solo alla valutazione della mancata reintegra quale indice di inadeguatezza della protezione del diritto fondamentale, fermo restando che la pronuncia riguarderà solo lo Stato e non il datore di lavoro (e ciò anche quando la Corte Edu non accordi solo un indennizzo alla parte ma, essendo la violazione ritenuta sistemica, ed inviti il legislatore a porre rimedio alla criticità riscontrata, se del caso modificando la legge nazionale).

Se dunque una delle più significative novità del Jobs Act è consistita nella esclusione del potere valutativo del giudice in ordine alla proporzionalità della sanzione rispetto ai fatti, il principio di proporzionalità ritorna in relazione alla verifica della adeguatezza della tutela in ambito Cedu, implicando ciò una valutazione del rimedio complessivo offerto dall'ordinamento al lavoratore in relazione al caso concreto ed a tutte le sue particolarità, tenuto conto anche del trattamento riservato a situazioni analoghe: ciò può portare a ritenere non adeguata la tutela nazionale che escluda la tutela reale (o che preveda risarcimenti insufficienti) per violazioni dei diritti protetti dalla Convenzione.

5. Ineffettività ed inadeguatezza della tutela risarcitoria

Con specifico riferimento all'indennità risarcitoria si pone dunque non solo un problema di parità di

11. N. Bruun – K. Lorcher, *Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 312.

trattamento, ma anche un diverso problema di adeguatezza della tutela: una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inadeguata a garantire, non dico una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria, come prescritta dalle fonti internazionali.

Oltre che alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nei termini sopra indicati, va fatto riferimento alle Convenzioni stipulate nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro, che sono dei trattati vincolanti per gli Stati. Tra queste, oltre alle convenzioni che proibiscono il licenziamento discriminatorio e quello per gravidanza e maternità o per motivi sindacali, ratificate dall'Italia, va richiamata la Convenzione n. 158 del 1982, sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro, adottata nel 1982 ed entrata in vigore nel 1985: questa, oltre alla *valid reason* per il recesso, si occupa dei rimedi a disposizione del lavoratore illegittimamente estromesso lasciando agli Stati un ampio margine di discrezionalità, prevedendo in caso non vi sia la reintegra, una "*adequate compensation*" o un "*other relief*", dunque un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata.

La fonte ha rilevanza sul piano internazionale: ciò vuol dire da un lato che le Corti internazionali possono ben far riferimento alla stessa nell'interpretazione di altre norme vincolanti; dall'altro lato, che l'Italia ha firmato la Convenzione e sul piano dei rapporti con gli altri Stati si è così impegnata a ratificarla (fino a tale momento, però, resta esclusa una portata preceettiva delle norme della convenzione all'interno del nostro ordinamento).

Il principio dell'adeguatezza ed effettività della tutela avverso i licenziamenti illegittimi, infine, è contenuto nell'art. 24 della Carta sociale europea (trattato del Consiglio d'Europa, che garantisce i diritti umani sociali ed economici, adottato nel 1961, firmata dall'Italia nel 1996 e ratificata nel 1999), che

prevede il diritto ad una tutela in caso di licenziamento ed enuncia tre principi: causalità del licenziamento, congruo indennizzo al lavoratore illegittimamente licenziato, diritto del lavoratore ad impugnare il provvedimento davanti ad un organo imparziale.

La giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali (che vigila sull'osservanza delle disposizioni della Carta da parte degli Stati) ha affermato il principio di effettività (*effectiveness*), per il quale la sanzione per la violazione di un diritto deve avere il carattere dell'"adeguatezza, effettività e dissuasività" ovvero essere tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro.

In ogni caso, va evidenziato che una norma di legge nazionale che contrasti con la Carta espone l'Italia a procedura di infrazione ed è affetta da vizio di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost.

6. Leggi nazionali ed impegni internazionali dell'Italia

In conclusione, gli strumenti internazionali stabiliscono vari principi rilevanti in materia di tutela del lavoratore avverso i licenziamenti illegittimi, imponendo da un lato il rispetto del principio di parità di trattamento, dall'altro lato il principio di adeguatezza ed effettività della tutela, aspetti questi che implicano una valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto ai fatti in relazione alla situazione concreta, tenuto conto di situazioni comparabili.

L'applicazione di questi principi potrà portare, a seconda delle fonti, ad un sindacato più o meno penetrante sulle norme nazionali, con conseguenze sia sulla valutazione di legittimità costituzionale di queste ex art. 117 Cost., sia sulla valutazione della compatibilità comunitaria (e dunque dell'applicabilità) delle norme interne, fermi restando, in ogni caso, gli impegni dell'Italia sul piano dei rapporti con gli altri Stati e la responsabilità internazionale dello Stato per le relative violazioni.

La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali¹

di *Andrea Lassandari*

L'insieme delle disposizioni del *Jobs act* dà vita ad un disegno cui è sottesa una idea piuttosto precisa del ruolo da attribuire alle "parti sociali" ed alla autonomia collettiva, che per un verso vedrà ridimensionato il suo ruolo, per altro sarà piuttosto "utilizzata", nelle fattispecie di rinvio ancora rimaste, all'interno di operazioni eminentemente connesse alla introduzione di deroghe *in pejus*. La stessa funzione derogatoria sembra in buona parte indebolita proprio dalle dosi già massicce di flessibilità assicurate direttamente dal legislatore: il quale comincia quindi a non lasciare più spazi, giuridici o comunque politico-sindacali, neanche per interventi *in pejus*. Ciò che rivela un disegno generale che punta alla marginalizzazione dell'autonomia collettiva: ed in particolare, alla riduzione dell'importanza del contratto collettivo nazionale.

1. L'Esecutivo Renzi ed i sindacati dei lavoratori: dall'indifferenza all'ostilità?

La serie di provvedimenti normativi sul lavoro proposti ed introdotti dall'Esecutivo Renzi, nota come *Jobs act*, individua una soluzione di continuità con il passato, anche per quel che concerne il rapporto con le organizzazioni sindacali ed in particolare con i sindacati dei lavoratori. Può dirsi che al momento ci si collochi in effetti agli antipodi, rispetto alle esperienze di cd "concertazione" caratterizzanti, pur con momenti di crisi anche molto acuta, grosso modo il ventennio finale del secolo scorso: restando da stabilire se il modello si caratterizzi per (ostentata) indifferenza o addirittura ostilità, come a chi scrive peraltro appare, nei confronti appunto dei sindacati dei lavoratori.

Il fatto che ciò però avvenga nel momento in cui al Governo siede come presidente del Consiglio il segre-

tario del partito politico di gran lunga più importante, nell'area storicamente appartenente alla sinistra politica, rende la fase contemporanea del tutto inedita. Costringendo comunque tutti a confrontarsi con il dato di fatto che il sindacato dei lavoratori non ha più, al momento, in Italia (ma altrettanto è già accaduto pure in altri Paesi europei) - e potrebbe a lungo non avere - "governi amici", secondo formula di grande successo, sempre nel secolo scorso.

Per il vero segnali di discontinuità rispetto alle prassi pregresse sono ben visibili fin dall'insediamento, nel 2001, dell'Esecutivo Berlusconi. Si fa riferimento al transito, forse più chiaro e significativo sul piano politico-sindacale che strettamente tecnico, dalla "concertazione" al "dialogo sociale"; inoltre alla dichiarata vicinanza con i punti di vista delle organizzazioni sindacali dei datori; ancora ai rinvii sistematicamente rivolti "a", piuttosto che "ai", sindacati rappresentativi. Con il palese intento, in quest'ultimo caso, di legittimare solo alcuni interlocutori, tra gli

1. L'articolo costituisce approfondimento ed elaborazione della relazione dal titolo "*Jobs Act e sistema di relazioni sindacali*", tenuta a Roma, il 19 febbraio 2015, in occasione del seminario "*Il Jobs Act. Quale progetto per il diritto del lavoro?*", organizzato dalle riviste *Diritti, lavori, mercati, Lavoro e diritto* nonché *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, presso la Sala del Refettorio della Camera dei Deputati.

storici referenti sindacali: in particolare emarginando la Cgil. A sua volta peraltro dichiaratamente ostile.

Ma si trattava appunto di un Esecutivo appartenente alla destra politica: le reazioni e gli effetti non sembrando conseguentemente così anomali. D'altra parte l'Esecutivo Berlusconi non aveva affatto rinunciato ad una interlocuzione con le organizzazioni sindacali, come si diceva: l'esclusione della Cgil rappresentando una novità, certo assai considerevole, che forse aveva allora addirittura rafforzato l'interesse ad interagire con gli altri soggetti.

Si devono poi al cd "governo tecnico" di Monti ulteriori e forse anche più significative evoluzioni, nei rapporti con le organizzazioni sindacali. Perché solo in questa fase è smentita anche sul piano formale la prassi concertativa: così l'accordo sulla "produttività e competitività" del novembre 2012, nonostante il forte ruolo di promozione svolto dall'Esecutivo, non vede ad esempio la sottoscrizione formale di quest'ultimo. Contemporaneamente la "disparità di trattamento" tra organizzazioni sindacali viene pressoché eliminata: con un generalizzato ridimensionamento però del ruolo di tutti i soggetti.

Di nuovo poteva tuttavia sostenersi che l'Esecutivo fosse appunto presieduto da un esponente di formazione tecnica, non uso alle consuetudini e liturgie politico-sindacali; facesse inoltre riferimento in Parlamento ad una ampia quanto anomala coalizione, comprendente tutte le principali forze politiche. Anche se il profilo dominante questa esperienza istituzionale, legato all'emergenza economica, in altri momenti storici aveva al contrario condotto ad una forte integrazione proprio con le "parti sociali": si pensi solo alle scelte fatte, ad inizio degli anni novanta, dal tecnico Ciampi.

L'Esecutivo Renzi comunque va nettamente oltre tutti questi precedenti. Oggi infatti, esclusa qualunque sede di formalizzazione di impegni con le organizzazioni sindacali e dei datori², vengono addirittura negati, stando almeno alla comunicazione ufficiale, momenti informali di confronto: nei pochissimi incontri fino ad oggi realizzati, gestiti peraltro in modo da sottolinearne, anche in termini simbolici, l'irrilevanza, l'Esecutivo si è in effetti limitato a fornire informazioni, tra l'altro a quel che pare molto generiche e parziali, sulle decisioni già prese.

Con tutta probabilità consultazioni informali sono

però intervenute con le sole associazioni di rappresentanza dei datori di lavoro, a partire da Confindustria: ciò emergendo in modo facilmente verificabile, se si considera la notevole vicinanza nei contenuti tra un documento contenente proposte di modifica della disciplina sul mercato del lavoro nonché della contrattazione collettiva, reso pubblico da quest'ultima organizzazione nel maggio 2014, e lo stesso *Jobs act*. Oltre ovviamente al plauso generalizzato che le sole organizzazioni datoriali hanno riservato sempre al *Jobs act*.

Si deve poi tener conto di due interventi normativi, penalizzanti entrambi soprattutto le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori.

Con il d.lgs n. 23/2015, ai sensi dell'art. 9, co. 2, le organizzazioni di tendenza sono per la prima volta equiparate a tutti gli altri datori di lavoro, nella regolamentazione del licenziamento. Non ne derivano significativi effetti concreti negativi per le prime, considerato che il nuovo regime operante nelle unità produttive ed imprese più grandi, già soggette all'art. 18, l. n. 300/1970, concernente gli assunti dopo il 6 marzo 2015, risulta piuttosto vicino a quello fino ad oggi previsto, ai sensi ora della l. n. 604/1966, per i piccoli datori e per le organizzazioni di tendenza: anche quanto agli importi delle indennità da corrispondere a titolo sanzionatorio³. Nello stesso tempo le organizzazioni di cui si parla comprendono ovviamente molteplici soggetti, andando ben oltre i sindacati.

Sul piano mediatico il provvedimento è stato però presentato come rivolto proprio od innanzitutto alle organizzazioni sindacali dei lavoratori: con l'obiettivo di eliminare una storica distinzione, per il vero con solide radici e giustificazioni nel sistema costituzionale⁴, presentata tuttavia come contraddittorio "privilegio". Contestandosi in buona sostanza ai sindacati di pretendere di far applicare ad altri datori ciò che non valeva per loro.

I principali sindacati dei lavoratori sono stati però significativamente penalizzati soprattutto dalle misure volte a ridurre il finanziamento pubblico degli enti di patronato, i più importanti dei quali costituiscono espressione dei primi. In un momento di grande debolezza sindacale come l'attuale il provvedimento risulta assai incisivo, qualunque cosa si pensi del ruolo di questi enti, comunque tutt'altro che inutili a parere di chi scrive. Sembrando in grado di rappresentare

2. C. Romeo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs act*, relazione al convegno su «Jobs act: il diritto del lavoro tra tutele crescenti e nuove regole sui licenziamenti», tenutosi il 6 marzo 2015 presso l'Università degli studi di Bergamo.

3. A. Lassandari, *L'ordinamento perduto*, di prossima pubblicazione in *LD*, n. 1, 2015.

4. M. Pedrazzoli, *Tutela della tendenza e Tendenzschutz*, in *DLRI*, 1987, p. 749 ed F. Santoni, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, 1983, Giuffrè: Milano.

meglio di altri, anche perché non si è al corrente di precedenti storici, lo stato delle relazioni qui analizzato.

All'interno del descritto complessivo approccio, ulteriori e specifici riscontri sono visibili e formalizzati all'interno del *Jobs act*: a questi sarà dedicata ora attenzione.

2. Il “coinvolgimento delle parti sociali” nel *Jobs Act*

I testi legislativi già vigenti mostrano in effetti, in armonia con le osservazioni avanzate, un piccolo gruppo di norme dove si prevede un'esplicita interazione con le organizzazioni sindacali o con la contrattazione collettiva. Se ne presenta l'elenco, dedicando di seguito sommaria attenzione anche a previsioni ritenute significative, tuttavia non ancora approvate.

2.1. segue: poche fattispecie normative e limitatissimi casi di rinvio formale al contratto collettivo nella disciplina vigente

Il primo dei provvedimenti è costituito dal dl n. 34/2014, convertito con l. n. 78, cd “decreto Poletti”: in tal caso le disposizioni che mostrano una connessione con le organizzazioni sindacali sono state introdotte pressoché tutte in sede di conversione⁵.

Ebbene qui si coinvolge allora l'autonomia collettiva, all'interno delle fondamentali modificazioni riguardanti il contratto a termine, solo stabilendo che la prima possa disporre «un limite percentuale od un termine più favorevole» (alle imprese) di quello legale, fissato al 31 dicembre 2014, per quel che concerne l'adeguamento al vincolo del venti per cento tra assunti a tempo determinato ed indeterminato (art. 2 bis).

Il contratto collettivo è inoltre più volte nominato, a proposito dell'apprendistato (art. 2). In particolare consentendo ad esso di «individuare limiti diversi da quelli» legali, vincolanti l'«assunzione di nuovi apprendisti» alla prosecuzione di una percentuale dei rapporti di apprendistato in essere: «esclusivamente» però per i datori con più di cinquanta dipendenti; facendone «salva l'autonomia», quanto alla disciplina della retribuzione nell'«apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale»; permettendo infine

di «prevedere specifiche modalità di utilizzo» sempre della figura ora menzionata di apprendistato, «anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali», nelle «regioni e province autonome ... che abbiano definito un sistema di alternanza scuola-lavoro». A proposito dell'apprendistato professionalizzante si stabilisce invece che le regioni, comunicando alle imprese «le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica», si avvalgano “anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili”.

L'art. 5 del dl n. 34, nel recare modifiche alla disciplina dei contratti di solidarietà e soprattutto nel finanziario (momentaneamente) i medesimi, coinvolge d'altra per definizione l'autonomia collettiva.

La legge delega n. 183/2014, se si considera l'amplessissima area di temi ed istituti investiti⁶, risulta d'altra parte ancora più avara di indicazioni⁷. Ecco allora che tra i «principi e criteri direttivi» sono indicati, quanto agli strumenti di tutela del reddito «in costanza di rapporto», la necessità di esaurire le «possibilità contrattuali di riduzione dell'orario», anche destinando risorse «a favore dei contratti di solidarietà», prima di accedere alla cassa integrazione guadagni (co. 2, lettera a, numero 3); ancora la «revisione dell'ambito di applicazione e delle regole di finanziamento dei contratti di solidarietà» (co. 2, lettera a, numero 8).

A proposito invece degli interventi concernenti la «politica attiva del lavoro», vengono stabiliti un «coinvolgimento delle parti sociali nella definizione delle linee di indirizzo generali» della costituenda agenzia nazionale per l'occupazione (co. 4, lettera d) nonché la «valorizzazione della bilateralità», con «riordino della disciplina vigente in materia» e definizione di «un sistema di monitoraggio e controllo sui risultati dei servizi di *welfare* erogati» (co. 4, lettera o).

In relazione ancora allo «scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro ... nonché riordinare i contratti di lavoro vigenti», si dispone che «la contrattazione collettiva ... possa individuare ulteriori ipotesi» di «revisione della disciplina delle mansioni», rispetto a quelle già previste (co. 7, lettera e). È inoltre qui regolamentata l'introduzione, «eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo»: specificando che ciò debba avvenire «nei settori non regolati da contratti collettivi» e «previa consultazione delle parti sociali comparativa-

5. Cfr. gli autori intervenuti *Sul decreto-legge n. 34/2014 (cd riforma Poletti)*, in *RGL*, I, 2014, p. 679.

6. V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT- 2014, 244.

7. F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it>, sezione “from our users”, 15 dicembre 2014.

mente più rappresentative sul piano nazionale» (co. 7, lettera g).

Infine per quel che concerne «la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», è prevista l'«incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego dei premi di produttività» (co. 9, lettera d); sono stabilite possibilità di «cessione fra lavoratori dipendenti dello stesso datore di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposo aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale» (co. 9, lettera e); si parla di «integrazione dell'offerta di servizi per le cure parentali forniti dalle aziende e dai fondi o enti bilaterali nel sistema pubblico-privato dei servizi alla persona in coordinamento con gli enti locali» (co. 9, lettera f).

Il successivo d.lgs n. 22/2015, di attuazione della legge delega n. 183/2014, concernente disposizioni di riordino della normativa sugli ammortizzatori sociali «in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori», non contiene per parte sua alcuna norma, in cui solo si nominino le organizzazioni sindacali od i contratti collettivi.

Mentre altrettanto dovrebbe essere detto anche a proposito del d.lgs n. 23/2015, sempre di attuazione della legge delega n. 183/2014, sul «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», se si eccettua quanto già precisato a proposito delle organizzazioni di tendenza. Tuttavia risulta interessante in questo caso segnalare un rinvio indiretto e nascosto, per così dire, connesso alla individuazione del parametro di riferimento per le indennità dovute dal datore, composte da un numero variabile di «mensilità», in caso di licenziamento invalido od inefficace.

Si menziona infatti ora «l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». Ebbene la nozione di «retribuzione annua», rilevante appunto per il calcolo del trattamento di fine rapporto, individuata ai sensi dell'art. 2120 cc, risulta estremamente ampia: ma può essere modificata, plausibilmente solo in senso peggiorativo per i lavoratori, considerata la normale grande estensione, da «diversa previsione dei contratti collettivi».

Il *corpus* normativo già piuttosto considerevole entrato in vigore mostra in effetti al momento solamente queste disposizioni, ove emerge una interazione, talora anche molto vaga, con le organizzazioni sindacali e l'autonomia collettiva, se non si va errati.

Limitando d'altra parte l'attenzione alle previsioni di rinvio in senso proprio al contratto collettivo, con devoluzione cioè ad esso di funzioni regolative, anche secondo le peculiari modalità individuate ai sensi della legge delega n. 183/2014, co. 7, lettera g, quanto al «compenso orario minimo», le fattispecie si riducono ancora, sembrando possibile individuarne solo sei.

Una delle quali appunto «clandestina», rinvenibile attraverso il richiamo implicito dell'art. 2120 cc

In tali casi emerge una direttrice prevalente, anche se non esclusiva, per quel che concerne la selezione dei soggetti legittimati a stipulare il contratto collettivo, individuati per lo più nei «sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale». Ciò avviene ai sensi delle due norme ritenibili significative sull'apprendistato, contenute nel dl n. 34/2014 (art. 2). Inoltre delle due sole ipotesi emergenti ora nell'intera legge delega n. 183/2014, concentrate entrambe nel co. 7: con una ulteriore specificazione, visibile esclusivamente nella lettera e (a proposito della «revisione della disciplina delle mansioni»), dove si parla di «organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria».

Tuttavia non c'è alcuna precisazione sul sindacato contraente nelle «disposizioni transitorie sul contratto a termine» sopra riportate (art. 2 bis, dl n. 34/2014); tantomeno secondo la previsione piuttosto risalente dell'art. 2120 cc

Analizzando poi il livello di contrattazione coinvolto, si rinvia una sola volta al contratto nazionale: nel dl n. 34/2014, in una delle ipotesi concernenti l'apprendistato. In tutte le altre invece ora l'assenza di qualunque criterio selettivo (art. 2 e 2 bis, dl n. 34/2014; co. 7, lettera g, legge delega n. 183/2014; art. 2120 cc) ora una specifica puntualizzazione (co. 7, lettera e, legge delega n. 183/2014) estendono la possibilità di intervento pure alla «contrattazione collettiva ... aziendale ovvero di secondo livello», ai sensi della norma da ultimo citata.

Infine quasi tutti i casi di rinvio risultano funzionali ad introdurre deroghe *in pejus* rispetto alla legge: così accade innanzitutto in applicazione del co. 7, lettera e, della legge delega n. 183/2014, a proposito delle mansioni; anche però ai sensi dell'art. 2120 cc; infine in due norme del dl n. 34/2014, concernenti rispettivamente il contratto a termine e l'apprendistato.

L'ipotesi ulteriore, contenuta nel dl ora citato, sempre concernente il contratto di apprendistato, se non consente deroghe in peggio individua limitazioni rispetto alla funzione storica svolta dal contratto collettivo: impedendo cioè di incrementare i vincoli per i datori (introducibili solo se questi hanno più di cinquanta dipendenti).

Alla norma sul «compenso orario minimo», nevralgica per gli impatti sul sistema di contrattazione collettiva, sarà invece dedicata ora specifica attenzione.

2.2. segue: la previsione sul «compenso orario minimo»

Tra i «principi e criteri direttivi» connessi al vasto e generico «scopo di rafforzare le opportunità di in-

gresso nel mondo del lavoro ... nonché riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo», nel co. 1, lettera g, della legge delega n. 183/2014, viene individuato pure il seguente: «introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti di lavoro subordinato nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Le connessioni tra salario minimo fissato dalla legge e contrattazione collettiva sono palesi e tutt'altro che semplici da gestire, per quest'ultima. Sottrarre infatti alla dinamica contrattuale – ed in particolare al contratto nazionale di categoria – la funzione di determinazione della retribuzione certa e minima, può ulteriormente rafforzare la già assai avanzata tendenza in atto, che conduce verso la cd “aziendalizzazione”: ovverosia l'individuazione dell'impresa come sede prevalente ed in prospettiva pressoché esclusiva di contrattazione collettiva, oltre che di manifestazione delle prerogative come dei poteri unilaterali del datore⁸.

Tuttavia nel complesso dibattito sul salario minimo non mancano opinioni che valorizzano invece l'istituto, pensando di ovviare in tal modo alle difficoltà sempre maggiori mostrate proprio dal contratto nazionale di categoria, nel garantire importi accettabili ai lavoratori; nonché di assicurare una qualche protezione a chi non beneficia di alcuna norma o clausola collettiva vincolante, concernente la remunerazione, in particolare tra i prestatori non subordinati⁹.

Risulta comunque ovviamente decisiva l'analisi della specifica regolamentazione. Non apparendo affatto peregrino il rischio che la medesima non risolva alcuno dei problemi ora segnalati: avendo piuttosto l'unico effetto di assestare il colpo decisivo al contratto nazionale di categoria, come si diceva¹⁰.

Ebbene la norma della legge delega n. 183/2014 forse si confronta proprio con quest'ultima problema-

tica, attraverso una formulazione che può apparire volta ad evitare impatti negativi sull'assetto esistente della contrattazione collettiva¹¹: si hanno però molti dubbi sulla buona riuscita (come sulla reale intenzione).

La previsione secondo cui il “compenso orario minimo” deve operare «nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» sembra in effetti escludere la possibilità per qualunque datore di transitare dal regime contrattuale a quello legale del salario, per così dire, semplicemente lasciando la propria organizzazione datoriale di rappresentanza o smettendo di applicare i contratti collettivi in particolare nazionali (anche se la norma non si rivolge esclusivamente ad essi!). D'altra parte non si vede al momento quali siano, per quel che riguarda il lavoro subordinato, “i settori non regolati” dai più di quattrocento contratti nazionali esistenti.

Tuttavia lo scenario contemporaneo è in forte e continuo movimento. Rivelandosi proprio in questo momento, attraverso dichiarazioni ma anche comportamenti quanto mai espliciti, l'intenzione delle organizzazioni dei datori di non procedere al rinnovo dei contratti nazionali.

Ebbene in tal caso le clausole di ultrattività normalmente presenti nei contratti nazionali garantirebbero la permanente vigenza della disciplina, sia normativa che obbligatoria, anche dopo la scadenza. Ma se intervenisse in seguito un recesso unilaterale, da parte delle organizzazioni datoriali, rispetto a clausole nel frattempo divenute a tempo indeterminato, si porrebbero questioni giuridiche assai delicate sul rilievo e l'efficacia della parte normativa: mentre le clausole obbligatorie molto probabilmente cesserebbero di operare.

Ci si potrebbe però in quel caso appunto chiedere, tornando alla norma commentata, se il “settore”, costituente l'ambito di applicazione del contratto collettivo scaduto, risulti ancora “regolato” o meno da quest'ultimo. La risposta negativa legittimando l'introduzione del “compenso orario minimo”.

Se poi in qualche caso e/o dopo qualche tempo alcuni contratti nazionali fossero sottoscritti – e se la regolamentazione ovvero la sua interpretazione,

8. V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, 2012, Cacucci: Bari.

9. G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in *RDSS*, 2014, p. 1; nonché *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in *RDSS*, numeri 1 e 2, 2014.

10. V. Bavaro, (2014), *Jobs act, salario minimo legale e relazioni industriali*, in *Il Diario del lavoro*, www.ildiariodellavoro.it, 20 ottobre; F. Carinci, 2014, cit.; A. Lassandari, *Il reddito, il salario e la “mossa del cavallo” (a proposito di un recente convegno su reddito di cittadinanza e salario minimo)*, in *RDSS*, 2014, p. 49 nonché C. Romeo, 2015, cit.

11. V. Speciale, *Il salario minimo legale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2015, 244.

come plausibile, consentissero la convivenza tra previsioni legali e collettive sul salario - merita chiedersi se la storica giurisprudenza sull'art. 36, volta a garantire l'efficacia generale della parte retributiva del contratto nazionale e quindi a promuovere l'applicazione dell'intero contratto, resterebbe presente, a fronte ad es. della individuazione di un "compenso orario minimo" con importi inferiori¹².

La disposizione contenuta nella legge delega, lungi dall'evitare interferenze negative con la contrattazione, in particolare nazionale, potrebbe allora essere ritenuta perfettamente armonica rispetto ad una precisa e tutt'altro che rassicurante strategia in atto.

Ma la medesima appare anche del tutto inidonea a risolvere i problemi di cui si diceva. Perché gli importi individuati, di cui già si ipotizzano quantificazioni, saranno con tutta probabilità meno elevati di quelli oggi presenti nei contratti collettivi nazionali. Ciò comportando rischi di trascinarsi verso il basso pure del salario regolato dai contratti collettivi eventualmente sottoscritti: sempre immaginando una convivenza tra clausole contrattuali e norme sul salario.

Mentre l'esigenza di protezione a beneficio di lavoratori esterni ai «settori ... regolati da contratti collettivi», in particolare nell'area non subordinata, non è certo soddisfatta dalla norma commentata: che infatti menziona i soli «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa» ma «fino al loro superamento». Il punto è che tale superamento potrebbe essere ritenuto realizzato a breve, secondo lo "schema" di un ulteriore decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 183/2014, «recante il testo organico delle tipologie contrattuali»¹³: ciò quindi potendo virtualmente eliminare qualunque applicazione tra i lavoratori non dipendenti.

Né va dimenticato che le complesse modalità attraverso cui il superamento stesso viene appunto, a quel che pare, effettuato - il quale conduce ad un problematico transito dalle collaborazioni "ricordate a progetto" alle collaborazioni non "organizzate dal committente", restando "salvo quanto disposto" dall'art. 409 cpc - una cosa sicuramente producono: proprio l'eliminazione del compenso minimo legale, fissato attraverso rinvio ai contratti collettivi, già operante a beneficio dei collaboratori a progetto!

Non è allora realisticamente immaginabile, a ben vedere, alcun avanzamento, a beneficio dei lavoratori, subordinati e non, rispetto alla storica giurisprudenza già formatasi in applicazione dell'art. 36 della Costituzione. In carenza invece di un rafforzamento legale dei contratti collettivi, in particolare nazionali, può ben essere sottolineato come l'introduzione di un "compenso orario minimo" rischi seriamente di risultare esiziale per i medesimi.

2.3. Le disposizioni più significative concernenti «il testo organico delle tipologie contrattuali»

Merita infine dare conto molto brevemente almeno delle norme in corso di approvazione, contenute nello "schema" di decreto legislativo «recante il testo organico delle tipologie contrattuali» diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, poco sopra nominato: senza procedere ora ad una analisi puntuale, impossibile per ragioni di spazio e forse pure inopportuna, a proposito appunto di testi non ancora vigenti¹⁴.

Ecco allora che nella disciplina sul contratto a termine assumono rilievo centrale le possibilità attribuite ai "contratti collettivi, anche aziendali", di derogare agli unici due limiti legali rimasti: concernenti rispettivamente la durata massima di trentasei mesi e la percentuale del venti per cento tra assunti a tempo determinato ed indeterminato.

Altrettanto va detto per la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, dove però emerge uno dei pochissimi riferimenti rivolti esclusivamente ai "contratti collettivi nazionali": nel caso della somministrazione a termine, istituito oggi quasi del tutto lasciato alla autonomia individuale, si prevede invece che i medesimi contratti collettivi possano introdurre "limiti quantitativi" (nel rispetto però di vincoli legali).

A proposito del lavoro intermittente viene riproposto l'assetto della legislazione vigente, anche quanto ai "casi di ricorso": tuttavia - fermi l'intervento del decreto ministeriale, "in mancanza" di previsioni collettive; inoltre e soprattutto il fatto che la stipulazione con persone di determinate età è consentita "in ogni caso" - il pregresso rinvio al "contratto collettivo na-

12. Crf. V. Bavaro, 2014, cit e Speciale, 2015, cit.

13. Qui e di seguito si fa riferimento a norme poi confluite nel decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015, recante «Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa, in materia di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183».

14. Le norme poi approvate, contenute nel decreto legislativo n. 81 del 2015, su cui vedi la nota precedente, hanno talora in parte modificato i riferimenti già contenuti nello "schema" di decreto e citati nel testo. Senza tuttavia che sia mutato lo scenario generale descritto. Tra le principali modificazioni, si segnalano l'eliminazione del riferimento al contratto collettivo nazionale, già presente a proposito della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato; l'introduzione invece del riferimento ad "accordi collettivi nazionali", per quel che concerne le deroghe alla normativa sulle "collaborazioni organizzate dal committente".

zionale”, ai sensi dell’art. 40, d.lgs n. 276/2003, diviene ora al “contratto collettivo”.

Nella regolamentazione sul lavoro a tempo parziale si permette d’altra parte al datore, in carenza di disciplina del “contratto collettivo”, sia di «richiedere al lavoratore prestazioni di lavoro supplementari», in misura (rilevante) e con oneri economici già prefissati; sia di pattuire in sede individuale, «avanti alle commissioni di certificazione di cui all’articolo 76» del d.lgs n. 276/2003, clausole flessibili nonché elastiche.

Il contratto di apprendistato, la cui vigente disciplina costituisce frutto di un accordo con le principali organizzazioni sindacali e dei datori, continua invece a mostrare un ruolo rilevante esercitato da parte della contrattazione collettiva, anche nazionale, nella regolamentazione. Tuttavia le annunciate previsioni sulle figure, fino ad oggi assai poco utilizzate, dell’«apprendistato per la qualifica, il diploma e la specializzazione professionale» e dell’«apprendistato di alta formazione e ricerca», evidenziano pure in questo caso una riduzione del ruolo svolto dalle menzionate organizzazioni.

Rimasto infine del tutto assente l’intervento dell’autonomia collettiva, a proposito del lavoro accessorio, sono sempre “accordi collettivi” a poter introdurre significative clausole in deroga, rispetto alla normativa concernente le nuove «collaborazioni organizzate dal committente».

3. La gestione unilaterale dell’impresa assicurata per legge e la marginalità del contratto collettivo (soprattutto) nazionale

In effetti il disegno cui dà vita l’insieme delle disposizioni del *Jobs act*, comprese quelle note ma non ancora approvate, pare esprimere una idea piuttosto precisa del ruolo da attribuire alle “parti sociali” ed alla autonomia collettiva.

Si tratta di una impostazione volta per un verso a ridimensionare ulteriormente il ruolo di quest’ultima; sotto altro profilo invece ad “utilizzarla”, nelle fattispecie di rinvio ancora rimaste, all’interno di operazioni eminentemente connesse alla introduzione di deroghe *in pejus*. In tale ultimo caso normalmente senza selezionare il livello di contrattazione coinvolto: e quindi legittimando senz’altro il contratto aziendale o di secondo livello, secondo un indirizzo oggi del tutto radicato.

Il punto è però che la stessa funzione derogatoria sembra in buona parte indebolita proprio dalle dosi

già massicce di flessibilità assicurate direttamente dal legislatore: il quale comincia quindi a non lasciare più spazi, giuridici o comunque politico-sindacali, neanche per interventi *in pejus*. In tal modo tornandosi, per una via in buona misura ora invece ignota, alla considerazione iniziale sulla marginalità dell’autonomia collettiva: che appare forse l’aspetto centrale da considerare.

Questi rilievi, formulati alla luce delle disposizioni analizzate, risultano d’altra parte rafforzati, ove si tenga conto dei caratteri della nuova disciplina.

Si colloca in effetti esattamente nei canoni ora precisati la regolamentazione sulla «revisione della disciplina delle mansioni», cui pure dà attuazione lo “schema” di decreto in precedenza citato: secondo quest’ultimo infatti “contratti collettivi, anche aziendali” sono legittimati a prevedere possibilità di adibizione a “mansioni appartenenti al livello inferiore”, già peraltro del tutto notevoli in virtù del disposto legale. Mentre l’ipotizzata “revisione della disciplina dei controlli a distanza”, che la legge delega n. 183/2014 stabilisce avvenga senza coinvolgimento sindacale (co. 7, lettera f), potrebbe ridurre od anche eliminare il ruolo fino ad oggi riconosciuto agli accordi collettivi sottoscritti dalle Rsa¹⁵.

La stessa abrogazione delle causali nel contratto a tempo determinato e nella somministrazione di lavoro nonché l’eliminazione dell’ipotesi di violazione dei codici disciplinari, quale presupposto per l’applicazione della reintegrazione, a fronte di licenziamento ingiustificato, nel “contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti”, per citare ulteriori disposizioni di centrale importanza, incidono d’altra parte negativamente sul ruolo svolto dalla autonomia collettiva¹⁶.

Il contratto collettivo, sempre più lasciato a sé stesso dal Legislatore e dall’Esecutivo, torna pertanto ad essere protagonista nel solo sistema di relazioni industriali. Come forse accaduto, all’interno della storia repubblicana, esclusivamente negli anni cinquanta del secolo scorso: prima che sorgessero e si sviluppasse le “partecipazioni statali” nonché gli specifici connessi sistemi di contrattazione collettiva e relazioni industriali, così importanti per le complessive dinamiche successive. Ma nel contesto contemporaneo, come già è stato detto a proposito dei difficili rinnovi dei contratti nazionali e si tornerà a precisare, è proprio il sistema di relazioni industriali a mostrare evidenti elementi di difficoltà e cedimento.

Il *Jobs Act* comunque realizza il proprio disegno non solo abrogando od introducendo ma anche con-

15. V. Speciale, 2014, cit..

16. F. Carinci, 2014, cit..

servando le disposizioni: ed in effetti la permanente vigenza dell'art. 8, dl n. 138/2011, convertito con l. n. 148, appare tutt'altro che casuale. Pur facendosi riferimento ad un provvedimento, distanziato oramai di quasi un lustro, con logica ed ispirazione probabilmente non identiche.

Ebbene questa constatazione - unita al ruolo preferenziale che sembra senz'altro confermato al contratto aziendale e di secondo livello, da parte delle norme vigenti od in corso di approvazione; oltre che ai preconizzati effetti dipendenti dal "compenso orario minimo" legale - induce a ritenere intanto o soprattutto perseguito l'obiettivo di ridurre l'importanza del contratto collettivo nazionale. Non sembrando però affatto esclusa la possibilità e prospettiva di un significativo ridimensionamento della autonomia collettiva in generale.

4. Una legge di sostegno del sistema sindacale?

Se quanto detto è corretto, appare allora estremamente improbabile immaginare un intervento dell'Esecutivo e del Legislatore volto a sostenere l'autonomia collettiva, risolvendo in particolare le numerose questioni problematiche che da ultimo riguardano quasi tutte le sue espressioni.

Con il nuovo secolo, per individuare uno schematico ma chiaro termine di riferimento temporale, può dirsi in effetti che gli equilibri già costituiti nel diritto sindacale italiano del periodo repubblicano siano pressoché tutti venuti meno. I principali elementi perturbatori sembrano dati dal chiaro evolvere dei rapporti di forza, nel sistema di relazioni industriali, a vantaggio delle imprese: a propria volta comunque impegnate in una serrata competizione operante virtualmente nell'intero mercato mondiale; dal progressivo indebolimento di tutte le organizzazioni di rappresentanza, sindacali e datoriali: con rapporti tra di esse, anche interni ai rispettivi "campi", sempre più difficili; dallo stesso mutare infine dei caratteri dell'intervento pubblico, a sua volta manifestamente restio a sostenere l'autonomia collettiva ed a promuovere la tutela dei lavoratori.

In carenza di una legge in effetti solo la sostanziale condivisione, tra tutti i protagonisti ora citati, di alcuni rilevanti aspetti di fondo concernenti il sistema sindacale, aveva consentito a quest'ultimo di svilup-

parsi, apparendo ai più nel complesso adeguato. Minoritario invece risultava, in sede sindacale, politica e parlamentare, il punto di vista convinto, già più di trenta anni addietro, dell'opportunità di un intervento normativo¹⁷.

Scomparso però tale comune sentire, si è assistito ad uno sfaldamento quanto mai rapido del sistema.

Anche se non va dimenticato come in altri ordinamenti, ad esempio lo spagnolo, il francese ed il tedesco stesso, l'esistenza di una regolamentazione legale non abbia certo impedito dinamiche tutto sommato simili: dovendosi però in tali casi transitare per interventi legali, in Italia indubbiamente non necessari. Ciò si dice anche per ribadire lo scetticismo sulla plausibilità di un intervento nazionale di sostegno della autonomia collettiva.

Merita comunque dedicare brevi cenni pure a tale, pur improbabile, ipotesi: la quale è da ultimo tornata protagonista quantomeno nel dibattito dottrinale¹⁸. Ambito in cui sono emerse pure diverse specifiche proposte e testi di riforma.

4.1. Segue: le grandi questioni aperte

Tra le principali questioni irrisolte, (anche) sul piano giuridico, concernenti il sistema sindacale, può essere fatto riferimento alla regolamentazione dell'organismo di rappresentanza dei lavoratori in azienda: a proposito sia della Rsa che della Rsu. In effetti la disciplina legale sulla costituzione delle Rsa, come trasformata dopo il referendum del 1995 e soprattutto applicata, secondo stretta interpretazione letterale, dalla Fiat (poi Fca), ha evidenziato il dato paradossale, quantomeno in relazione alla configurazione originale del testo, che pure organizzazioni incontestabilmente rappresentative possano all'occorrenza essere escluse dal novero dei diritti e benefici sindacali connessi. Ciò dipendendo, come noto, dalla sottoscrizione o meno di contratti collettivi: profilo a sua volta ovviamente condizionabile dai datori come dalle loro associazioni di rappresentanza.

La più recente delle sentenze della Corte costituzionale concernente l'art. 19, l. n. 300/1970, la n. 231 del 2013, cercando di porre rimedio a parte di tali incongruenze, ha d'altra parte valorizzato, attraverso una sentenza "additiva", pure la partecipazione alle trattative, al fine di individuare appunto il sindacato nel cui ambito risulta possibile costituire le Rsa¹⁹. Ma l'integrazione così realizzata non appare certo ri-

17. G. Ghezzi, *Dopo l'XI legislatura: la rappresentanza sindacale tra iniziativa legislativa e referendum*, in *LD*, 1994, p. 351.

18. L. Zoppoli, *Impresa e relazioni industriali dopo la "guerra dei tre anni": verso una nuova legge sindacale?*, in *DLM*, 2013, p. 581.

19. Cfr. gli autori intervenuti in *Opinioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: "sentieri" e "cantieri" per una nuova stagione sindacale*, 2013, in *DLM*, 2013, p. 671.

solutiva: posto che la selezione dei partecipanti alle trattative - su cui pure la Corte cerca di intervenire, attraverso però alcuni controversi *obiter dicta* - ma soprattutto e sicuramente la decisione di aprire le medesime restano sempre fortemente condizionabili dalla parte datoriale.

Anche a proposito delle Rsu, che secondo l'accordo regolatore sottoscritto dalle principali organizzazioni sindacali e datoriali dovrebbe operare nelle aziende in alternativa alle Rsa, non mancano d'altra parte problemi. Legati intanto alla ridotta vincolatività dell'obbligo di istituzione, concernente appunto le sole imprese aderenti alle associazioni stipulanti. Inoltre al fatto, sul fronte ora della rappresentanza dei lavoratori, che la recente modificazione della disciplina collettiva, contenuta nel «testo unico sulla rappresentanza» del gennaio 2014, cui si deve pure l'opportuna eliminazione della cd «clausola del terzo», vincola la partecipazione alla competizione elettorale e la stessa presentazione di liste alla accettazione di tutte le clausole del medesimo, alcune delle quali oggetto di serrata polemica. Cosicché risulta certo che parte, pur minoritaria, delle organizzazioni, non potrà partecipare alle elezioni.

Si rischia allora di perdere uno strumento generale di verifica del consenso di cui godono, tra i lavoratori, le diverse associazioni sindacali: ciò potendo rendere tra l'altro più difficile la costituzione delle stesse Rsu, visto che resta fermo il vincolo della partecipazione alle elezioni di almeno il cinquanta per cento dei lavoratori.

Mentre i sindacati non partecipanti alla competizione elettorale potrebbero provare a costituire la Rsa, se rappresentativi anche solo in azienda, secondo possibili interpretazioni della citata sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: a questo punto però in aggiunta alla Rsu dei tre sindacati confederali storici! L'ipotesi, pur priva al momento di riscontro concreto, è ben in grado di illustrare le incoerenze esistenti, a proposito tra l'altro di uno dei pochi aspetti del sistema sindacale normato dalla legge e dal contratto collettivo.

Portando invece l'attenzione su profili mai o poco regolati, comunque solo in sede collettiva oltre che giurisprudenziale, si propongono sempre più di frequente e/o con modalità inedite vicende da sempre irrisolte. Resta in tal modo più che mai aperto il problema della verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali: sia nei confronti del Legislatore ed Esecutivo, per quel che concerne la selezione tra di esse nelle diverse possibili sedi (prassi comunque in fase di chiara riduzione, come si diceva); sia e forse oggi soprattutto all'interno della dialettica collettiva, nell'obiettivo di giungere alla stipulazione di contratti, da parte di soggetti radicati tra le parti rappresentate.

Allo stesso modo ci si continua a confrontare, specie a fronte di divisione pressoché sistematica, almeno in taluni ambiti, tra le principali organizzazioni dei lavoratori, con i ben noti problemi di efficacia del contratto collettivo, sia aziendale che nazionale di categoria. Tenendo presente che in quest'ultimo caso, accanto al fenomeno da sempre esistente, ed anzi in probabile incremento, del rifiuto di applicazione da parte del datore, il quale si manifesta sempre più anche con la fuoriuscita dalle associazioni, si assiste a molteplici destabilizzanti novità: dalla compresenza di contratti nazionali di categoria, sottoscritti da diverse organizzazioni sindacali e datoriali, con ambiti applicativi in parte o in tutto sovrapposti; all'esistenza di un solo contratto nazionale, non sottoscritto però da organizzazioni di grande o addirittura prevalente rappresentatività.

4.2. Alcune possibili direttrici di soluzione

A ben guardare nella fase contemporanea il problema principale, di carattere giuridico ma prima ancora politico-sindacale, sembra comunque concernere proprio il contratto collettivo nazionale: da tempo messo in discussione e delegittimato, nel sistema di relazioni industriali come nell'indirizzo politico; oggi però a forte rischio di vero e proprio «accantonamento» e superamento, se troveranno conferma le contemporanee dichiarazioni ostili ai rinnovi, da parte delle organizzazioni datoriali. Per cui si ritiene che una ipotetica legislazione volta a sostenere il sistema di relazioni sindacali dovrebbe innanzitutto concentrarsi proprio su di esso.

Al di là però della plausibilità politica dell'ipotesi, un intervento della legge concernente il contratto nazionale, se non si limita ad individuare misure tradizionali di sostegno indiretto, certamente utili ma forse oggi non più sufficienti, risulta estremamente difficoltoso pure sul piano tecnico-giuridico.

In effetti la regolamentazione legale di soggetti, procedimento di sottoscrizione nonché della efficacia del contratto nazionale appare impedita dall'art. 39 della Costituzione: salvo non si abrogano, come pure a suo tempo ipotizzato e proposto, tutti i commi successivi al primo. Ovvero ed al contrario non si dia all'articolo attuazione in senso pieno e proprio.

Non si è d'altra parte convinti del fatto che introdurre una normativa vincolante esclusivamente i datori, come emerge in alcuni disegni di legge depositati in Parlamento nonché di origine dottrinale, consenta di ovviare al problema di legittimità.

Mentre immaginare di valorizzare le clausole dei contratti nazionali di categoria, rinviando in particolare ad essi, nell'individuare per legge un «salario equo», ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, non è a sua volta scevro di problemi: questa volta fonda-

mentalmente legati al sistema di relazioni industriali. Infatti oggi occorrerebbe immaginare, se sono più di quattrocento i contratti nazionali di categoria esistenti, più di quattrocento “salari equi” fissati per legge!

A proposito delle forme di rappresentanza dei lavoratori in azienda, altro aspetto al momento assai controverso, la legge dovrebbe d'altra parte intervenire, eliminando qualunque ruolo di accreditamento del datore. In proposito si pone però anche la questione della opportunità di convivenza tra due organismi, Rsa e Rsu, i quali sono simili, realizzando entrambi una sintesi tra punto di vista dei lavoratori e dei sindacati, ma nel contempo estremamente diversi. Infatti la sintesi in oggetto avviene con modalità che rivelano concezioni ben distinte della rappresentanza e democrazia sindacale.

L'ipotetica soluzione legale della convivenza in alternativa tra i medesimi appare allora quella più semplice e plausibile, in sede politica, perché su di essa è emerso il consenso delle quattro importanti organizzazioni sottoscrittrici del «testo unico sulla rappresentanza». Non però la più convincente, sembrando invece preferibile sceglierne uno: a parere di chi scrive la Rsu, se si vuole permettere ai lavoratori di esprimersi adeguatamente.

Potrebbe invece avere senso far riferimento a due organismi, a quel punto molto meglio differenziate rispetto agli interessi di cui si fanno interpreti, all'interno di uno scenario del tutto innovativo ed assai più complesso, qui certamente non analizzabile, volto ad introdurre pure in Italia il cd “doppio canale” di rappresentanza.

Le verifiche di rappresentatività, secondo il modello di nuovo individuato nel “testo unico sulla rappresentanza”, sembrano a propria volta richiedere un supporto legale, per poter concretamente operare: come pare confermato dalla stasi pressoché totale, dal gennaio 2014 ad oggi, concernente l'elemento cardine su cui regge l'intero accordo.

Infine le questioni concernenti l'efficacia del contratto aziendale sono forse le più antiche ed analizzate: anche con numerosi contributi dottrinali, i quali non hanno tuttavia consentito di giungere ad acquisizioni convincenti per la giurisprudenza²⁰. In materia peraltro c'è anche stato un intervento, come noto, da parte del pur contestatissimo art. 8, dl n. 138/2011, convertito con l. n. 148.

Questo precedente - e forse più ancora l'esistenza di un punto di vista rilevante soprattutto in dottrina, che tende ad escludere o ridurre il rilievo “preclusivo” dell'art. 39 della Costituzione in materia – potrebbero comunque rendere tecnicamente meno difficile intervenire con legge. Ipotesi anche politicamente meno

complessa, posto che l'approccio delle organizzazioni datoriali dovrebbe essere diverso da quello visibile a proposito del contratto nazionale.

L'efficacia generale è prospettabile, in presenza di rappresentatività verificata dei soggetti stipulanti. Sembrando però ora opportuno prevedere, con qualche differenza rispetto a quel che stabilisce di nuovo il «testo unico sulla rappresentanza», due soggetti distinti, nel procedimento che conduce alla sottoscrizione: senz'altro l'organismo di rappresentanza dei lavoratori; anche però l'organizzazione sindacale territoriale, chiamata a garantire la complessiva coerenza del sistema.

Infine chi scrive ha sempre ritenuto opportuno e corretto che gli stessi lavoratori si esprimano sull'accordo: riscontro che il “testo unico sulla rappresentanza” prevede sempre per il contratto nazionale ma non, contraddittoriamente, per l'aziendale.

4.3. segue: la libertà sindacale senza articolo 18 e la necessità di seri ripensamenti

A ben riflettere però l'entrata in vigore del *Jobs act* sembra richiedere un ripensamento delle tecniche e modalità, se non proprio dell'approccio, di un eventuale intervento legislativo: il cui impianto risulta condizionato, pressoché secondo tutte le ipotesi di cui si discute, dalla regolamentazione operante nel pubblico impiego, poi confluita nel “testo unico sulla rappresentanza”.

Cosa è cambiato ce lo continua ad indicare in modo chiaro lo Statuto dei lavoratori: il cui titolo secondo, dedicato alla “libertà sindacale” di tutti i lavoratori, si conclude con l'art. 18. In tal modo sancendosi che l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro, a fronte di licenziamenti invalidi ed inefficaci, sia strettamente connesso alla libertà sindacale: altrimenti a rischio di forti limitazioni, da parte del potere unilaterale dell'imprenditore.

Per altro verso, posto che l'art. 18, l. n. 300/1970, ha sempre garantito una forte protezione solamente ai dipendenti delle imprese ed unità produttive più grandi, nello Statuto dei lavoratori si assume tuttavia pure che la libertà sindacale di tutti sia sostenuta da un presidio concernente una percentuale (rilevante) di prestatori. Ma non appunto tutti.

In totale controtendenza con i noti sviluppi del dibattito, oramai a sua volta ventennale, sulla contrapposizione tra lavoratori cd *insiders* ed *outsiders*. Ma con una inferenza del tutto plausibile, anche secondo acquisizioni di semplice senso comune: infatti risulta piuttosto evidente che l'art. 18 costruisca in realtà uno *standard* regolatore di carattere generale, operante

20. A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, Milano.

sull'intero mercato; e che l'indebolimento o l'eliminazione di questo si rifletta negativamente, esattamente al contrario di quanto da tempo prospettato, pure sui dipendenti delle piccole imprese e sugli stessi prestatori cd "atipici"²¹.

Dopo l'attribuzione al lavoratore della «facoltà di chiedere» al datore una significativa indennità, «in sostituzione della reintegrazione», avvenuta con la legge n. 108/1990, si può forse accogliere una modificazione dell'indicazione statutaria: in particolare precisando come - se non proprio la reintegrazione almeno - una adeguata sanzione, a fronte di licenziamenti invalidi ed inefficaci, sia strettamente connessa alla libertà sindacale.

Tuttavia gli interventi già realizzati dalla l. n. 92/2012 hanno fortemente indebolito il ruolo dell'ordine di reintegrazione. Mentre le previsioni del *Jobs Act*, contenute nel d.lgs n. 23/2015, sono andate ben oltre, quasi eliminando le sanzioni, ora costituite da indennità economiche di importo modestissimo, se non irrisorio²².

In questo nuovo contesto, dove si è appunto realizzato un fortissimo rafforzamento dei poteri unilaterali dell'imprenditore, avente il proprio fulcro nella recuperata libertà di licenziare, più di una acquisizione storica ed anche convinzione, concernente pure i possibili contenuti di un intervento legale, deve essere allora adeguatamente vagliata.

Basti pensare ad esempio all'opportunità di attribuire rilievo al punto di vista espresso dai lavoratori, intendendolo come giuridicamente rilevante per la validità ed efficacia del contratto collettivo aziendale od anche nazionale nonché ovviamente decisivo sul piano politico-sindacale. Ebbene oggi non ci si può permettere di trascurare le possibilità enormemente più elevate che i datori realisticamente hanno di condizionare le opinioni e soprattutto espressioni dei lavoratori.

Mentre in un contesto di lavoro con tali caratteristiche occorre pure chiedersi fino a che punto il fondamento di verifica della rappresentatività possa continuare a consistere nella raccolta delle cd "deleghe" sindacali nonché nel riscontro elettorale, al momento della costituzione o del rinnovo delle Rsu. In futuro in effetti può essere ragionevolmente immaginato che molti lavoratori esitino a provvedere al pagamento della quota associativa tramite il datore: preferendo eventualmente iscriversi presso le sedi sindacali (se sono motivati). Allo stesso modo l'obiettivo del raggiungimento del cinquanta per cento dei partecipanti al voto, cui viene condizionata la costituzione delle Rsu (e lo stesso utilizzo del dato, sempre a fini di verifica della rappresentatività), può diventare molto meno semplice da raggiungere, ove il datore lo contrasti.

Si tratta solo di riflessioni iniziali, evidentemente tutte da approfondire: ma non pare oggi possibile prescindere.

21. A. Lassandari, 2015, cit.

22. F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* ("a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014), in <http://csdle.lex.unict.it>, sezione "from our users", 13 gennaio, di prossima pubblicazione in *LG*, 2015, n. 2; A. Lassandari, 2015, cit..

La nuova figura delle “collaborazioni organizzate dal committente”. Prime osservazioni

di *Domenico Mezzacapo*

Il superamento del lavoro a progetto da parte del d.lgs n. 81 del 2015 non comporta il venir meno delle collaborazioni coordinate e continuative, che escono da questa riforma rivitalizzate quanto alla possibilità di instaurazione e ridimensionate sul versante delle tutele.

Nel contempo, a far data dal 1° Gennaio 2016, viene disposta l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. La distinzione tra etero-organizzazione della prestazione lavorativa e coordinamento rischia di rivelarsi quanto mai evanescente nella pratica, a scapito della certezza del diritto.

1. Il superamento del “lavoro progetto” da parte del d.lgs n. 81 del 2015

Nonostante le modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012 alla disciplina del lavoro a progetto¹ al fine di limitare ulteriormente il ricorso abusivo ai rapporti di collaborazione, restava diffusa la convinzione sociale che quelli a progetto fossero rapporti “precarî”, quasi sempre utilizzati al fine di eludere lo statuto protettivo del lavoro subordinato

In questo contesto si collocano le dichiarazioni del Governo sulla “rottamazione” di un certo modello di diritto del lavoro e sul superamento delle co.co.pro. e delle co.co.co.², con l'obiettivo di eliminare il precariato e favorire assunzioni a tempo indeterminato.

Il decreto legislativo n. 81 del 2015, tuttavia, non sembra aver perseguito questo obiettivo fino in fondo.

Il lavoro a progetto è stato effettivamente supe-

rato attraverso l'abrogazione della relativa disciplina, ma detto superamento non comporta anche il venir meno delle collaborazioni coordinate e continuative³.

Nel contempo, le nuove disposizioni pongono l'attenzione sulle «collaborazioni organizzate dal committente»⁴, definite come «rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». A queste collaborazioni, a far data dal 1° gennaio 2016, «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato».

L'obiettivo delle nuove disposizioni, dichiarato nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo è «estendere le tutele del lavoro subordinato ad alcuni tipi di collaborazioni morfologicamente conti-

1. Per un riepilogo delle varie questioni sollevate dalla disciplina del lavoro a progetto cfr., per tutti, G. Santoro-Passarelli, voce Lavoro a progetto, in *Enc. dir.*, annali IV, 2011, p. 667 e ss. e, più recentemente, Id., *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, Napoli, 2015.

2. Cfr. le dichiarazioni del Presidente del Consiglio rilasciate in conferenza stampa al termine del consiglio dei Ministri del 20 febbraio 2015. L'audiovisivo è disponibile sul sito del Governo, www.governo.it.

3. Cfr. l'art. 52, comma 2, d.lgs n. 81 del 2015.

4. Art. 1, comma 2, d.lgs n. 81 del 2015.

gue al lavoro subordinato e di sopprimere l'istituto del lavoro a progetto (...) sovente abusat(o) a fini elusivi».

2. La riproposizione delle tradizionali collaborazioni coordinate, continuative e prevalentemente personali

Lungi dall'essere "rottamate", in realtà, le tradizionali co.co.co. escono da questa riforma rivitalizzate quanto alla possibilità di instaurazione e ridimensionate quanto al regime di tutela.

Da un lato, il superamento del contratto di lavoro a progetto è accompagnato dall'espressa salvezza di quanto disposto dall'art. 409 cpc.

Dall'altro lato, l'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto comporta il venir meno dei trattamenti economici e normativi che la stessa garantiva ai collaboratori autonomi. Per le collaborazioni non etero-organizzate ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015, si realizza, pertanto, un netto passo indietro sul versante delle tutele, con un ritorno allo scarno regime protezionistico già proprio delle tradizionali co.co.co. prima del 2003⁵. Ma non solo, tali collaborazioni potranno essere instaurate anche a tempo indeterminato⁶, con un ulteriore effetto precarizzante per i collaboratori.

Se è così, non solo l'originale idea della rottamazione delle co.co.co. risulta non attuata, ma anzi è espressamente contraddetta dalle nuove disposizioni.

È opportuno, allora, ritornare sui tratti caratterizzanti di tali collaborazioni, in modo da poter meglio comprendere i rapporti tra l'art. 409, n. 4, cpc e l'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015.

Tale analisi appare ancora attuale e necessaria: in particolare, sebbene l'art. 2 non contenga alcun riferimento alla coordinazione, tale nozione continua ad esistere nel nostro ordinamento non solo attraverso l'art. 409, cpc, ai fini dell'applicazione della discipli-

na processuale, ma anche in altre disposizioni che espressamente la richiamano ai fini dell'applicazione di importanti discipline sostanziali⁷ e previdenziali⁸.

2.1. Continuità

La continuità, riferita nell'art. 409 cpc, alla prestazione d'opera, dovrebbe connotare le collaborazioni in termini di rapporti di durata in senso tecnico⁹, funzionali, cioè, alla soddisfazione di un interesse durevole del committente.

La continuità sarebbe esclusa, pertanto, dalla unicità dell'*opus*. L'esecuzione di un singolo *opus*, infatti, anche quando si protragga per un certo periodo di tempo, non rende continuativa la prestazione, perché l'interesse del committente non è durevole ma è soddisfatto istantaneamente al momento della realizzazione dell'opera, indipendentemente dal tempo necessario per eseguirla¹⁰.

Un rapporto di durata potrebbe casomai configurarsi solo laddove la collaborazione presupponga una pluralità di *opera* collegati temporalmente o la ripetizione periodica dello stesso *opus* nel tempo o per un periodo determinato¹¹.

Questa rigorosa ricostruzione è stata però disattesa dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha interpretato il requisito della continuità in modo piuttosto elastico, tanto riferendolo all'adempimento dell'obbligazione, nel senso di caratterizzare un rapporto tecnicamente di durata, quanto correlandolo alla sola esecuzione della prestazione, individuando, in quest'ultima accezione, un rapporto ad esecuzione tutt'al più prolungata ma sempre caratterizzato dall'istantaneità dell'adempimento¹².

La continuità di cui all'art. 409 cpc, n. 3, è stata riscontrata anche con riferimento al mero tempo necessario per produrre un unico risultato. L'unicità dell'*opus* deve, però, essere accompagnata, dopo la conclusione del contratto, da una «interazione tra le parti» «non limitata ai momenti dell'accet-

5. A. Perulli, *Il "falso" superamento dei cococo nel Jobs Act*, in www.nelmerito.com, 6 marzo 2015.

6. P. Ichino, *Appunti irriverenti sui decreti attuativi del Jobs Act*, in www.pietroichino.it.

7. Cfr., per esempio, l'art. 32, comma 2, lett. b, della legge n. 183 del 2010 in materia di termini di impugnazione del recesso; o all'art. 3, comma 7, con riguardo all'applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

8. Cfr., da ultimo, l'art. 15 del d.lgs n. 22 del 2015 con riferimento alla DIS-COLL.

9. Cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 149.

10. Cfr. Cass. n. 1495/1996, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 256.

11. Cfr. G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro a progetto*, *op. cit.*, p. 667-668.

12. In dottrina cfr. M.V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, 61. In giurisprudenza cfr. Cass. n. 14722/1999; Cass. n. 7288/1998.

tazione dell'opera e del versamento del corrispettivo»¹³.

Ancora, secondo la giurisprudenza il requisito della continuità ricorre quando la prestazione non sia occasionale ma perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente¹⁴.

2.2. Coordinamento

Il coordinamento esprime il collegamento funzionale tra la prestazione predeterminata contrattualmente e l'organizzazione del committente¹⁵.

La collaborazione coordinata e continuativa, infatti, realizza il protratto inserimento del collaboratore nell'organizzazione aziendale o, più in generale, consente al committente di avvalersi di una prestazione strumentale alla realizzazione delle proprie finalità.

Il coordinamento dovrebbe distinguere le collaborazioni autonome dal rapporto di lavoro subordinato, da un lato, e da quello autonomo "in senso puro", dall'altro.

Infatti, mentre il potere direttivo consente al datore di lavoro tanto di individuare di volta in volta il contenuto dell'obbligazione di lavorare quanto di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, il potere di coordinamento del committente si atteggia come potere di conformare la prestazione dovuta senza possibilità di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della stessa¹⁶ ma, tutt'al più, concordando tali modifiche volta per volta con il collaboratore.

Il lavoratore coordinato presta la propria attività in vista della realizzazione di un programma definito consensualmente e cristallizzato all'atto della

conclusione del contratto; il committente può solo concorrere a determinare le modalità di esecuzione di una prestazione predeterminata, coordinandola, appunto, con le proprie esigenze economico-produttive¹⁷.

Anche il potere di conformazione del committente, però, può manifestarsi in un potere di ingerenza sull'attività del collaboratore, potere di ingerenza riconosciuto, del resto, dalla giurisprudenza¹⁸, seppur «non senza qualche ambiguità»¹⁹.

Detta ingerenza, «non esclude che la prestazione sia resa in regime di autonomia, non potendosi confondere l'ingerenza da parte del committente al fine di coordinare continuativamente l'attività dell'impresa con quella del prestatore di lavoro autonomo, con il potere di conformazione della prestazione da parte dell'imprenditore nel lavoro subordinato»²⁰.

In altri termini, l'ingerenza da parte del committente insita del coordinamento non può sfociare in un potere di conformazione della prestazione resa dal collaboratore tale da comprometterne l'autonomia.

È agevole rilevare, tuttavia, che, nella pratica, la distinzione teorica tra subordinazione e coordinamento, è destinata, in molti casi, a sfumare²¹.

Tenuto conto della elasticità della nozione di subordinazione può essere arduo distinguere il potere di ingerenza del committente nell'ambito di un rapporto coordinato e il potere direttivo proprio del datore di lavoro subordinato.

La distinzione, seppur difficile nella pratica, si fonda sulla compatibilità del potere di ingerenza con l'autonomia della prestazione.

Comunque si manifesti, infatti, detta ingerenza non deve compromettere la possibilità del collaboratore di auto-organizzare la propria prestazione la-

13. Cass. n. 14722/1999, cit.; Cass. n. 7288/1998, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1584.

14. Cass. n. 3113/2009.

15. G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, p. 67.

16. Cfr., da ultimo, G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, op. cit., p. 5.

17. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, 208. Ciò distingue, parimenti, il lavoratore coordinato dal prestatore d'opera di cui all'art. 2222 c.c., perché quest'ultimo si obbliga soltanto ad osservare le condizioni pattuite nel contratto, organizzando autonomamente il proprio lavoro. Eventuali ingerenze del committente circa le modalità di realizzazione dell'opera, infatti, potrebbero mettere a repentaglio l'esecuzione della stessa "a regola d'arte".

18. Sul punto cfr. *ex plurimis*, Cass. n. 3113/2009; ; Cass. n. 3485/2001; Cass. n. 6752/1996.

19. G. Santoro-Passarelli, op. ult. cit., p. 9.

20. Cass. n. 3485/2001.

21. Cfr. G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro a progetto*, cit., 669. Si veda anche A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, ai sensi del quale «il lavoro autonomo continuativo e coordinato è difficilmente distinguibile dal lavoro subordinato».

vorativa²², ma non vi è dubbio che l'individuazione di tali limiti sia tutt'altro che agevole e debba essere operata caso per caso alla luce delle concrete modalità di esecuzione della prestazione e del complessivo atteggiarsi del rapporto.

Le questioni risultano oggi ancor più complicate, come vedremo, dalla necessità di distinguere non solo il coordinamento dalla subordinazione, ma anche il coordinamento dalla nuova nozione di "etero-organizzazione". Quest'ultima rileva, infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015, ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente.

2.3. Prevalente personalità

Le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 4, cpc si caratterizzano, infine, per la prevalente personalità della prestazione.

Tale requisito presuppone la prevalenza del lavoro personale sull'opera altrui e sulla utilizzazione di una struttura di natura materiale²³.

Il giudizio in merito alla prevalente personalità della prestazione eseguita dal collaboratore non si esaurisce, però, in una valutazione quantitativa del lavoro svolto da quest'ultimo rispetto all'attività ausiliaria prestata da altri, ma deve tener conto dei fattori di produzione impiegati e dell'incidenza qualitativa dell'attività altrui. Se, infatti, la prestazione degli ausiliari, pur rilevante in termini quantitativi, assume una portata secondaria o meramente esecutiva, è ugualmente irrilevante ai fini del requisito della prevalente personalità di cui all'art. 409 cpc.

Il carattere prevalentemente personale della prestazione viene meno, invece, quando il collaboratore si avvale di una struttura organizzativa piramidale, con diversi livelli di operatività, e la presenza di collaboratori in posizione subalterna²⁴.

Analogamente, vale ad escludere la prevalente personalità della prestazione e, dunque, la tutela processuale di cui all'art. 409 cpc, lo svolgimento di

un'attività non da parte di una persona fisica, ma da una società, anche se di persone o irregolare ovvero di fatto²⁵.

Anche quando l'attività sia svolta personalmente da uno o più soci, infatti, la suddetta attività viene mediata dalla società, che, benché priva di personalità giuridica, costituisce comunque un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, comportando il venir meno del carattere della personalità della prestazione nei confronti del committente²⁶.

Lo stesso dicasi, a maggior ragione, quando la società è dotata di personalità giuridica e di autonoma struttura imprenditoriale.

Al contrario, il collaboratore coordinato e continuativo, può essere, invece, un piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 cc, quando la sua attività è svolta prevalentemente con il proprio lavoro²⁷.

3. L'introduzione di nuovi elementi volti a selezionare le collaborazioni meritevoli di particolari tutele

Tracciati, seppur sinteticamente, i tratti caratterizzanti delle collaborazioni di cui all'art. 409 cpc è necessario valutare come questi si rapportino con i requisiti individuati dall'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015.

Come già accennato, quest'ultima disposizione delinea i tratti distintivi che determinano l'applicazione al rapporto di collaborazione della disciplina del lavoro subordinato.

Si tratta, in particolare, delle collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro:

- esclusivamente personali;
- continuative;
- le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Può essere interessante rilevare, in prima battuta, che detti requisiti sono riferiti alla "prestazione di lavoro" e non alla "prestazione d'opera", come invece previsto dall'art. 409 cpc.

22. Cfr. Cass. n. 3485/2001, che considera compatibile con l'autonomia della prestazione la continua ingerenza del committente sull'attività del collaboratore, al fine di coordinare continuativamente l'attività del collaboratore con quella del committente. Nel caso di specie il collaboratore doveva curare la promozione giornalistica dell'immagine e del prodotto del committente. Quest'ultimo, pertanto era continuamente in contatto con il collaboratore al fine di verificare, *step by step*, i tipi di comunicazione da fornire ai giornalisti.

23. Cass. n. 3113/2009.

24. Cass. n. 8214/2009.

25. Cass. n. 9273/2011; Cass. n. 2509/1997. Si veda, però, Cass. n. 4928/1997.

26. Cass. n. 15535/2011; Cass. n. 18023/2003, con riferimento ad una s.n.c.

27. Cass. n. 12309/2003.

Tale precisazione porta senz'altro ad estendere la portata del requisito della continuità e a riferirlo anche a prestazioni non collegate alla realizzazione di un *opus* o di più *opera*.

Il concetto di prestazione di lavoro appare, del resto, più ampio di quello di “prestazione d'opera”.

Inoltre, se la *ratio* della norma è apprestare una adeguata tutela alle collaborazioni morfologicamente più contigue al lavoro subordinato, non stupisce che il riferimento vada inteso soprattutto ai rapporti caratterizzati da obbligazioni di mera attività, nell'ambito delle quali il collaboratore mette a disposizione principalmente le proprie energie lavorative.

3.1. L'esclusiva personalità della collaborazione

La prestazione deve essere “esclusivamente personale”, diversamente dall'art. 409, n. 3, cpc, che richiede la prevalente personalità.

Ciò significa, in definitiva, che il collaboratore non potrà farsi sostituire né potrà avvalersi a sua volta di collaboratori, neppure se il loro apporto sia suvalente rispetto alla propria attività.

Resta da chiedersi se l'esclusiva personalità della prestazione debba tradursi anche nell'assenza di una struttura di natura materiale di cui il collaboratore si avvale, anche nell'ipotesi in cui questa sia suvalente.

Un'indicazione, seppur di massima, potrebbe essere tratta dalla giurisprudenza che, ferma restando l'assenza di una struttura aziendale, considera compatibile con la prevalente personalità il ricorso da parte del collaboratore a macchinari e strumenti, ancorché di ingente valore²⁸.

Se ne potrebbe dedurre, *a contrariis*, che una prestazione possa essere considerata esclusivamente personale quando la stessa viene resa con l'ausilio di strumenti e macchinari di valore non ingente (si pensi, ad esempio, ad un'attività di tenuta della contabilità svolta dal collaboratore utilizzando un proprio pc dotato di apposito *software*).

3.2. Le collaborazioni “organizzate” dal committente. Etero-organizzazione, subordinazione e coordinamento

Ulteriore requisito delle collaborazioni ricondotte dal d.lgs n. 81 del 2015 alla disciplina del lavoro subordinato è l'organizzazione da parte del commit-

tente delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Questo è senza dubbio il requisito che suscita maggiori incertezze interpretative.

Il riferimento all'organizzazione appare piuttosto generico: l'imprenditore deve necessariamente organizzare l'attività che intende esercitare coordinando i fattori produttivi, “capitale” e “lavoro”²⁹.

Tutte le prestazioni di lavoro di cui l'imprenditore si avvale sono, dunque, “organizzate”, in special modo quando si tratta di rapporti di collaborazione, subordinata o coordinata, in relazione ai quali è più marcato il profilo “organizzativo”³⁰.

Si tratta di capire, allora, ai fini dell'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 81 del 2015, in cosa consista, più in particolare, l'etero-organizzazione della prestazione lavorativa, per tracciare l'eventuale linea di confine con la subordinazione, da un lato ma, soprattutto, con la coordinazione, dall'altro.

Per compiere questa operazione un buon punto di partenza potrebbe essere quell'orientamento giurisprudenziale che verifica la sussistenza o meno della subordinazione «in relazione alla intensità della etero-organizzazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento (...) oppure ecceda le esigenze di coordinamento»³¹.

Certamente, laddove l'organizzazione ecceda le esigenze del coordinamento per sfociare nell'etero-direzione della prestazione lavorativa, il rapporto sarebbe subordinato.

L'aspetto nuovo, come già accennato, riguarda però la distinzione tra coordinamento ed etero-organizzazione ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato prevista dall'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015.

Dall'affermazione giurisprudenziale presa come punto di partenza, infatti, si ricava che anche il coordinamento può sostanziarsi in una forma di etero-organizzazione.

Non a caso un tratto comune dei rapporti di collaborazione è il cd potere di conformazione della prestazione lavorativa in capo al datore di lavoro/committente.

Tale potere, in definitiva, è lo strumento attraverso il quale l'imprenditore riesce ad organizzare il fattore “lavoro”, garantendo il collegamento funzionale tra l'attività del collaboratore (subordinato o auto-

28. Cass. n. 6398/1998,

29. Cfr. V. Buonocore, voce *Imprenditore*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, , par. 3.

30. Cfr., con riferimento al profilo organizzativo del contratto di lavoro, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

31. Cfr. Cass n. 12572/2013; Cass. n. 14573/2012; Cass. n. 190/2011; Cass. 9894/2005; Cass. 3471/2003.

mo) e il contesto organizzativo nel quale detta attività si inserisce.

Questo potere, come già accennato, si atteggia in modo diverso a seconda della natura della collaborazione: attraverso l'esercizio del potere direttivo, se subordinata; attraverso la coordinazione, se coordinata e continuativa.

Se, infatti, il coordinamento, «mette in evidenza il profilo organizzativo del rapporto di collaborazione»³², esso costituisce, in definitiva, la modalità di esercizio del potere di conformazione nelle ipotesi di collaborazioni autonome ed assume esso stesso una funzione organizzativa.

In conclusione, l'organizzazione, in senso lato, può sfociare nella subordinazione o nel coordinamento, sulla base di modelli di collegamento funzionale e poteri di ingerenza, più o meno intensi ma compatibili con l'autonomia.

Sembra allora possibile affermare che tutte le prestazioni organizzate sono subordinate o almeno coordinate; ma non tutte le prestazioni coordinate sono necessariamente etero-organizzate, ai fini dell'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015.

La prestazione sembra potersi considerare etero-organizzata solo in presenza di un potere di ingerenza unilaterale; non si ha etero-organizzazione quando le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate di volta in volta o predeterminate direttamente nel contratto. Solo il potere di ingerenza unilaterale, infatti, rende le collaborazioni etero-organizzate morfologicamente contigue al lavoro subordinato ai fini dell'applicazione della relativa disciplina.

In definitiva, la nozione di coordinamento contribuisce a definire quella di etero-organizzazione contemplata dall'art. 1, comma 2 del d.lgs n. 81 del 2015: quest'ultima è per un verso più ampia, perché suscettibile di ricomprendere anche le collaborazioni subordinate; per altro verso, più ristretta, perché limitata, nell'ambito di quelle autonome, alle ipotesi di coordinamento che si sostanziano in un potere di ingerenza unilaterale sulla prestazione lavorativa compatibile con l'autonomia (c.d. coordinamento intenso).

Sembrano escluse, invece, le ipotesi, per così dire, di co-organizzazione, che pure possono integrare la coordinazione, come il concordare volta per volta le modifiche alla modalità di esecuzione della prestazione, o la specificazione di tali modalità direttamente nel contratto di collaborazione.

E' evidente che anche la distinzione teorica tra coordinazione ed etero-organizzazione nella pratica

rischia di rivelarsi estremamente evanescente. Si tratta, però, di un rischio inevitabile se la finalità dell'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del 2015 è isolare alcune collaborazioni coordinate e continuative suscettibili di particolare tutele per la loro morfologica contiguità con il lavoro subordinato.

Come già evidenziato, è già difficile distinguere tra subordinazione e coordinamento. Quest'ultimo elemento è considerato, non a caso, il "meno efficiente e il più insincero come criterio di differenziazione dei rapporti"³³.

A maggior ragione sarà difficile differenziare subordinazione, coordinamento ed etero-organizzazione. Quest'ultima, infatti, si pone, in definitiva, quale figura intermedia tra subordinazione e coordinamento, andando a circoscrivere ipotesi di coordinamento particolarmente intenso.

E, dunque, se, prima del 2015, le tappe del processo di qualificazione del rapporto erano tre: autonomia c.d. pura – coordinazione – subordinazione; con il d.lgs n. 81 del 2015 tale processo si articola ora in quattro tappe: autonomia "pura" – coordinazione – etero-organizzazione (coordinamento intenso) – subordinazione, con tutte le difficoltà di tradurre nella pratica le distinzioni teoriche tra elementi sempre più contigui.

Prima di proporre alcuni esempi è necessario soffermarsi sull'oggetto dell'etero-organizzazione: le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

3.3. L'etero-organizzazione della prestazione anche con riferimento ai tempi

L'etero-organizzazione della prestazione quanto al tempo è sicuramente il profilo maggiormente problematico.

Un primo spunto di riflessione può essere tratto dalla previgente disciplina del lavoro a progetto: ai sensi dell'art. 62, comma 1, lett. d, del d.lgs n. 276 del 2003, il contratto doveva indicare le forme di coordinamento «sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa», che in ogni caso non potevano "essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa".

La questione assumeva una particolare rilevanza soprattutto con riferimento alla possibilità di prevedere per il collaboratore a progetto un orario di lavoro vincolante, alle ipotesi in cui il vincolo di orario tende ad imporsi "di fatto" per le modalità di coordinamento con l'organizzazione del committente (si pensi, per

32. Cfr., da ultimo, G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, op. cit., p. 5.

33. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, op. cit., p. 11.

esempio, ad attività da espletarsi durante l'orario di apertura di un ufficio).

Una pronuncia giurisprudenziale³⁴ aveva ritenuto l'imposizione di un orario di lavoro compatibile con l'autonomia della prestazione, distinguendo tra "assenza dell'orario" e "irrilevanza dell'orario". L'irrilevanza dell'orario starebbe a significare che l'orario può essere previsto o non essere previsto, senza conseguenze in ordine alla qualificazione del rapporto. Secondo questa ricostruzione, allora, al collaboratore a progetto avrebbe potuto legittimamente essere imposta una durata predeterminata della prestazione, quando ciò fosse indispensabile ai fini della realizzazione del progetto. Anche secondo alcune pronunce della Corte di Cassazione, del resto, la fissazione di un orario per lo svolgimento della prestazione potrebbe non essere necessariamente indicativa della subordinazione³⁵.

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, tende ad escludere la compatibilità tra l'autonomia della prestazione e la continuità della disponibilità del collaboratore da parte del committente. Conseguentemente, non sarebbero legittime modalità di coordinamento che impongono al collaboratore il rispetto di un orario di lavoro vincolante predeterminato o articolato su turni³⁶.

Il ricorso ad una collaborazione autonoma anche laddove l'attività del collaboratore debba svolgersi durante l'orario di apertura degli uffici del committente è possibile solo se l'esigenza di presenza del collaboratore sul luogo di lavoro non si riveli incompatibile con l'autonomia della prestazione.

Si potrebbero ammettere, ad esempio, obblighi di rispondere ad una chiamata entro periodi di tempo predeterminati, o stabilire requisiti di durata minima della prestazione nell'ambito di fasce orarie più ampie. In queste ipotesi l'autonomia del collaboratore appare sufficientemente garantita.

Si tratta di valutare, adesso, se queste conclusioni siano ancora valide con riferimento al dettato normativo dell'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 81 del 2015, ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni in cui la prestazione è etero-organizzata dal committente quanto ai tempi di lavoro.

Come già evidenziato, infatti, il problema, infatti, si presenta oggi diverso: non si tratta più di valuta-

re se il coordinamento si svolga con modalità tali da sfociare nell'etero-direzione, ma se, piuttosto, le modalità di coordinamento temporali compatibili con l'autonomia della prestazione rientrano nella nozione di etero-organizzazione.

Per quanto evidenziato in precedenza, e nel tentativo di delineare una distinzione tra etero-organizzazione, etero-direzione e coordinamento, l'etero-organizzazione sembra configurarsi tutte le volte in cui il potere di coordinamento temporale, pur non sfociando nell'etero-direzione e ferma restando l'autonomia del collaboratore, si traduca in un potere unilaterale di ingerenza del committente sui tempi di esecuzione dell'attività del collaboratore.

Forme di ingerenza che ben potrebbero essere individuate, per restare agli esempi già proposti, alla predeterminazione di fasce orarie o di limiti di durata minima che inevitabilmente porterebbero a poteri unilaterali di controllo sui tempi di esecuzione della prestazione.

Dette forme di controllo sono state talvolta ritenute compatibili con l'autonomia se, non sfociando nell'esercizio del potere direttivo, potevano essere ritenute non eccedenti le esigenze di coordinamento³⁷.

Si pensi, ad esempio, ad un collaboratore tenuto a svolgere la propria prestazione per almeno due ore al giorno, liberamente collocabili nell'ambito di più ampie fasce orarie (es. mattina o pomeriggio) di volta in volta determinate dal committente.

L'autonomia del collaboratore potrebbe risultare salvaguardata, ma la determinazione unilaterale da parte del committente della fascia oraria o il controllo sul rispetto dei tempi di esecuzione della prestazione potrebbero essere considerata forme di ingerenza idonee ad integrare il requisito della etero-organizzazione.

Le collaborazioni resterebbero autonome in quanto non etero-dirette, ma alle stesse troverebbe comunque applicazione la disciplina del lavoro subordinato.

Quando, invece, le modalità di esecuzione temporali della prestazione sono concordate, di volta in volta, o predeterminate nel contratto, non sembra potersi ravvisare etero-organizzazione, ma, tutt'al più, co-organizzazione. Non si rientrerebbe, pertanto, nel

34. Cons. Stato n. 1743/2006.

35. Cfr. Cass. n. 14573 del 2012; Cass. n. 9894 del 2005.

36. Con riferimento specifico ai collaboratori a progetto cfr., ad esempio, Trib. Torino 5 aprile 2005, 25 gennaio 2006 e 16 maggio 2006; Trib. Pavia 13 febbraio 2007; Trib. Benevento 29 maggio 2008. Più in generale cfr., da ultimo, *ex multis*, Cass. n. 7024/2015, con riferimento all'osservanza di un orario di lavoro; Cass. n. 12572 del 2013, con riferimento alla previsione di turni lavorativi predisposti dal committente.

37. Cfr., ad esempio, Cass. n. 3594/2011; Cass. n. 9894/2005.

campo di applicazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 81 del 2015 e la disciplina del lavoro subordinato non troverebbe applicazione³⁸ (per tornare all'esempio precedente, si pensi alla indicazione della fascia oraria di riferimento già nel contratto, con possibilità di modifica della stessa solo con il consenso del collaboratore).

Ancora, l'etero-organizzazione da parte del committente non è senz'altro configurabile quando i tempi di lavoro sono rimessi all'esclusiva autonomia del collaboratore.

Ciò avviene nelle ipotesi di coordinamento temporale più blando: si pensi alla fissazione di termini periodici di adempimento (ad esempio, per la revisione della contabilità in relazione alle scadenze fiscali periodiche previste dalla legge).

Quello che la nuova normativa sembra voler evitare, in conclusione, sono le collaborazioni che si concretano in prestazioni di lavoro a coordinamento temporale, per così dire, intenso, in linea con la *ratio* di approntare una specifica tutela a quelle morfologicamente più contigue al lavoro subordinato.

3.4. (segue) e al luogo di lavoro

L'organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione quanto al luogo di lavoro resta in astratto organizzazione della prestazione: dovrebbero, pertanto, essere riproposte le considerazioni già svolte circa la non configurabilità dell'etero-organizzazione in caso di determinazione consensuale o di richiesta da parte del collaboratore di svolgere la prestazione presso la sede aziendale.

Tuttavia, se il tempo è un elemento immateriale, il luogo è la sede fisica nella quale il collaboratore svolge la propria attività: la più spiccata materialità della sede di lavoro rispetto al tempo, potrebbe anche ingenerare qualche deriva interpretativa e portare a valutare, in concreto, l'etero-organizzazione del luogo stesso in cui la prestazione viene svolta.

Sul piano pratico non si può escludere che l'etero-organizzazione della prestazione quanto al luogo venga verificata empiricamente tutte le volte in cui il luogo fisico nel quale la prestazione di lavoro viene svolta risulti alieno al collaboratore ed ascrivibile all'organizzazione produttiva del committente, indipendentemente dalla circostanza se il luogo di lavoro sia stato concordato, predeterminato nel contratto, o

se si tratti di un luogo messo a disposizione dal committente su richiesta del collaboratore.

Ancora più complessa potrebbe rivelarsi l'ipotesi in cui il collaboratore svolga la prestazione lavorativa in un luogo ascrivibile al committente in virtù di un autonomo titolo giuridico (es. locazione). Nella sua materialità, infatti, l'etero-organizzazione del luogo potrebbe prescindere dal titolo giuridico in relazione al quale il collaboratore vi si trova, almeno nelle ipotesi in cui il luogo risulti già organizzato dal committente quanto agli arredi e alle attrezzature necessarie per l'attività lavorativa. In questa ipotesi anche la locazione dello spazio già pre-organizzato potrebbe apparire sufficiente ad integrare il requisito della etero-organizzazione quanto al luogo di lavoro³⁹.

In ogni modo, la nuova normativa sembra chiara nel voler applicare al disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni che, sulla base di un coordinamento temporale intenso, si svolgono in azienda e non presso strutture o uffici propri del collaboratore.

Altro problema ancora è valutare l'etero-organizzazione della prestazione quanto al luogo di lavoro nelle ipotesi in cui la prestazione stessa venga svolta in azienda solo occasionalmente o in maniera discontinua.

Si penso ad esempio alle attività di manutenzione, che possono richiedere, a seconda di casi, lo svolgimento della prestazione in loco oppure presso la struttura del collaboratore.

In queste ipotesi, di svolgimento solo parziale della prestazione presso sedi organizzate dal committente, non sembra sussistere il requisito dell'etero-organizzazione quanto al luogo di lavoro. Tale requisito potrà dirsi integrato, ragionevolmente, solo laddove la prestazione lavorativa del collaboratore si svolga in modo esclusivo o prevalente, dal punto di vista qualitativo e quantitativo, presso strutture ascrivibili all'organizzazione produttiva del committente e tali strutture siano utilizzate per lo svolgimento della prestazione.

4. La necessaria presenza di tutti gli elementi e la delimitazione dell'area delle collaborazioni non etero-organizzate

È molto importante sottolineare che tutti i requisiti, previsti dall'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81 del

38. Se sul piano formale tale conclusione può apparire convincente, sul piano sostanziale è evidente che, in tali ipotesi, il problema diventa più che altro probatorio: dovrà essere il collaboratore a dimostrare che quanto formalmente concordato, di volta in volta o preventivamente nel contratto, sia frutto, in realtà di un atto organizzativo unilaterale del committente.

39. Secondo Cass. n. 1045 del 2008, del resto, la locazione finanziaria di un autoveicolo da parte del committente al titolare di un contratto di lavoro autonomo per trasporto merci ha contribuito a configurare il rapporto come di lavoro subordinato. Quand'anche si dimostrasse l'autonomia della prestazione questo elemento potrebbe essere sufficiente a dimostrare l'etero-organizzazione.

2010 ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle "collaborazioni organizzate" da committente devono coesistere.

La necessaria compresenza di tutti i requisiti consente di circoscrivere un'area di collaborazioni autonome più ristretta rispetto a quella delineata dall'art. 409, n. 3, cpc: gli elementi volti a selezionare le collaborazioni meritevoli della particolare tutela accordata dalla legge sono l'esclusiva personalità della prestazione e, in definitiva, la sussistenza dell'etero-organizzazione della prestazione riferita ad entrambi gli aspetti dei tempi e del luogo di lavoro.

Il risultato di questa nuova operazione di delimitazione del più ampio campo di applicazione dell'art. 409, n. 4, cpc porta a ritenere escluse dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato le collaborazioni che presentino anche uno solo dei seguenti requisiti:

- prevalente personalità della prestazione;
- modalità di esecuzione temporale della prestazione concordate o determinate unilateralmente dal collaboratore;
- modalità di esecuzione della prestazione quanto al luogo concordate o determinate unilateralmente dal collaboratore.

In conclusione, come già accennato, la nuova normativa interessa le collaborazioni effettivamente più contigue al lavoro subordinato: quelle esclusivamente personali, che si svolgono prevalentemente presso l'azienda committente, spesso con la fissazione di orari di lavoro per i collaboratori o, comunque, di forme di coordinamento temporale particolarmente intense.

5. Dubbi sulla certificazione dell'assenza dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, ai fini di una maggiore certezza del diritto

La valutazione del grado di intensità del coordinamento ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2, comma 1 del d.lgs n. 81 del 2015 resta un accertamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato.

E certamente le già evidenziate difficoltà pratiche di distinguere tra subordinazione, etero-direzione e

coordinamento, indipendentemente dalle possibili opzioni interpretative⁴⁰, rischiano di alimentare l'incertezza del diritto e di dilatare eccessivamente i margini di discrezionalità del giudice.

Né le "sofferenze esegetiche"⁴¹ che la nuova normativa evidenzia potranno essere agevolmente temperate dalla possibilità di certificare l'assenza dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1⁴².

Fermo restando l'effetto preclusivo della certificazione nei riguardi della diversa qualificazione del rapporto operata dagli enti previdenziali, tra le parti non sembra realizzarsi nemmeno quella funzione latamente deterrente del contenzioso che deriva dall'autorevolezza della Commissione.

I requisiti di cui all'art. 2, comma 1, infatti, sono requisiti della prestazione: la certificazione, invece, avrà ad oggetto, nella maggior parte dei casi, la conformità del documento contrattuale alle prescrizioni di legge.

E sotto questo punto di vista tutti i contratti presenteranno clausole inattuabili, che evidenzieranno l'assoluta auto-organizzazione delle modalità di esecuzione di tempo e di luogo della prestazione lavorativa da parte del collaboratore.

Questa certificazione sarà, allora, del tutto irrilevante in caso di contenzioso, perché la controversia riguarderà la difformità dell'attuazione del rapporto rispetto a quanto esplicitato nel documento contrattuale.

Sarà importante, invece, che la giurisprudenza riesca ad esprimere quanto prima orientamenti sufficientemente consolidati al fine di delineare con maggior certezza le linee di confine tra subordinazione, etero-organizzazione, e coordinamento.

Affinché ciò sia possibile devono, però, continuare ad essere previsti sgravi contributivi che rendano più convenienti le assunzioni a tempo indeterminato, dando così il tempo alla giurisprudenza di contribuire a creare maggiori certezze.

In caso contrario, i problemi si ripresenteranno e le tradizionali collaborazioni coordinate e continuative torneranno prepotentemente a diffondersi.

Come già avvenuto per il lavoro a progetto all'indomani della emanazione della relativa disciplina, infatti, basterà solo un minimo di "verbosa estrosità"⁴³ per evidenziare nei testi contrattuali l'assenza di qualsiasi etero-organizzazione della prestazione lavorativa da parte del committente.

40. Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2015, cap. XLIII.

41. L'espressione è di A. Perulli, op. cit.

42. Art. 2, comma 3, del d.lgs n. 81 del 2015.

43. U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 32.

La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act

di Giovanni Orlandini

L'intervento legislativo sugli ammortizzatori sociali, dichiaratamente volto a realizzare quell'obiettivo di "flessicurezza" in grado di compensare l'indebolimento della condizione del lavoratore nel mercato del lavoro, non solo non annulla gli squilibri che caratterizzano il sistema pregresso, ma mette in ancora maggiore evidenza la sua più evidente lacuna: la mancanza di strumenti di tutela non a base occupazionale, destinati a tutti i cittadini che si trovino in condizioni di bisogno economico.

1. Introduzione

A dispetto della scarsa attenzione ricevuta sia sul piano mediatico che nel confronto politico-sindacale, la materia degli ammortizzatori sociali occupa uno spazio di assoluta centralità nel complessivo progetto di riforma del mercato del lavoro del Governo Renzi. Lo stesso giudizio sulla parte più discussa e dibattuta di tale progetto - quella relativa al superamento dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori - è necessariamente condizionato dal modo con cui vengono ridisegnati gli istituti destinati a tutelare chi si trova in stato di disoccupazione, se è vero che la più profonda e nobile *ratio* ispiratrice del Jobs Act si coglie - a detta dei suoi stessi promotori - nei principi di "flexicurity"; quei principi cioè assunti dall'Ue a stella polare per guidare i governi nazionali nell'ardua impresa di traghettare il Modello sociale europeo nel terzo millennio, tenendo insieme solidarietà e competitività dei mercati.

I due primi decreti attuativi della l. n.183/14 rappresentano plasticamente l'idea di *flexicurity*, che come noto sta ad indicare la necessità di spostare il fulcro delle tutele sociali - ovvero dei diritti sui quali il Modello sociale europeo si fonda - dal rapporto di

lavoro al mercato del lavoro, compensando la maggior flessibilità necessaria per la competitività delle imprese con efficaci politiche attive del lavoro ed estese misure di sostegno del reddito. Non appare allora casuale che nella l. n.183/14 le deleghe relative alla "security" siano collocate prima di quelle relative alla "flexibility"¹, né che il decreto sugli ammortizzatori (d.lgs n.22/15) preceda numericamente gli altri attuativi della delega: sia quello, coevo, sul licenziamento (d.lgs n.23/15) sia quello, recentissimo, sulle tipologie contrattuali (d.lgs n.81/2015). Prima, sembra suggerire il legislatore, si configurano i nuovi istituti della "sicurezza", poi si rende possibile una maggior flessibilità, evento che proprio tali istituti privano dei suoi caratteri di drammaticità sociale. Spetterà a successivi decreti (in corso di adozione al momento in cui si scrive) completare il quadro, con la definizione delle tutele in costanza di lavoro (ovvero le nuove regole della Cassa integrazione) e soprattutto con la costruzione di un più efficiente sistema di servizi per l'impiego².

C'è da dire che la stessa logica riformatrice aveva ispirato la riforma del mercato del lavoro promossa dalla ministra Fornero ed attuata solo tre anni fa con la l. n. 92/2012. Il fatto che si intervenga di nuovo

1. A. Alaimo, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, W.P. CSDLE "Massimo D'Antona". IT - 249/2015, p. 3.

2. Lo schema di decreto legislativo recante *Disposizioni per il riordino della normativa in tema di ammortizzatori sociali in costanza di lavoro* e lo schema di decreto legislativo recante *Disposizioni per il riordino della normativa in tema di servizi per il lavoro e di politiche attive* sono stati trasmessi alle competenti commissioni parlamentari l'11 giugno 2015.

sulla materia a così breve distanza di tempo sta evidentemente a segnalare che tale riforma – pur se ancora in fase di attuazione - non si ritiene abbia intrapreso la strada riformatrice con sufficiente decisione. In effetti la l. n. 92/12, se da una parte ha lasciato in vita –pur indebolendolo - il meccanismo della tutela reale, dall'altra ha riformato il sistema degli ammortizzatori sociali senza modificarne i tratti di fondo. In particolare, da essa è uscito confermato l'impianto rigidamente mutualistico-assicurativo del sistema, non corretto né integrato da misure universalistiche di sostegno del reddito.

Proprio questo profilo della riforma del 2012 impedisce di ascriverla alla logica della flessicurezza, che imporrebbe di rafforzare i profili universalistici del sistema di protezione sociale contro la disoccupazione, non potendosi altrimenti garantire prestazioni economiche capaci di tutelare chiunque si trovi privo di lavoro - a prescindere dalla sua storia professionale - e per un tempo necessario ad accompagnarlo verso una nuova occupazione. Si tratta cioè di improntare maggiormente il sistema al principio di solidarietà, sia dotandosi di strumenti a carico della fiscalità generale, sia sganciando i regimi previdenziali dalla stretta osservanza del criterio di corrispettività tra prestazioni e contributi versati, in nome di una più ampia solidarietà professionale. Insomma, la flessicurezza chiede di ispirarsi più a Beveridge che a Bismarck nel configurare gli strumenti di tutela per la disoccupazione; il che rende indubbiamente problematico il suo recepimento nel nostro ordinamento, in ragione del suo storico fondarsi su basi assicurative e professionali.

Se quanto detto è vero, ci si dovrebbe attendere che proprio su questo piano la nuova riforma segni uno scarto rispetto alla precedente. Ma già la lettura della legge delega delude una simile aspettativa e segnala l'intenzione del legislatore di percorrere altre strade. La nuova disciplina si ispira alla logica assicurativa in maniera ancora più rigida rispetto alla riforma del 2012. Si legge infatti tra i principi della delega che il legislatore è chiamato a rimodulare le tutele legandole alla «*pregressa storia contributiva del lavoratore*», di modo che ne esca incrementata la «*durata massima*» del trattamento «*per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti*» (art.1, lett. b), punti 1 e 2). Ovvio l'attenzione agli equilibri di bilancio dei fondi previdenziali; meno ovvio in che modo con tali principi s'intenda estendere le tutele per la disoccupazione a chi ne è rimasto privo fino ad oggi.

L'«universalizzazione» delle tutele è in effetti richiamata nella delega, ma solo a proposito dell'esten-

sione dell'assicurazione contro la disoccupazione ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (art. 1, lett. b), punto 3). Si svela da subito l'uso equivoco che del concetto di «universalità» fa il legislatore italiano. Questa non segnala la volontà di garantire a tutti i cittadini privi di occupazione un reddito, secondo appunto una declinazione del concetto in chiave Beveridge; ma piuttosto è intesa – in chiave strettamente Bismarckiana - come sinonimo dell'estensione dell'ambito di applicazione dell'assicurazione sociale, in modo da renderne beneficiari anche lavoratori sino ad oggi da essa non coperti.

La via italiana alla flexicurity si profila dunque *ab origine* tortuosa, condizionata com'è da un approccio quanto meno anomalo. Nelle pagine che seguono si analizza in che modo essa è stata percorsa dal legislatore delegato, per capire se, nonostante le premesse di principio indichino il contrario, si è, se non completata, almeno resa più ampia la rete di protezione del reddito che, nel nostro mercato del lavoro, dovrebbe compensare le massicce dosi di flessibilità introdotte dalle riforme degli ultimi anni.

2. La Nuova ASpI: l'ampliamento dell'ambito soggettivo

Lo strumento principale di tutela contro la disoccupazione è la Nuova ASpI (Assicurazione sociale per l'impiego), che sostituisce dal maggio 2015 quella «vecchia», introdotta dalla l. n.92/12. Si compie così il processo di razionalizzazione che aveva già portato ad articolare le previgenti indennità di disoccupazione in due tipologie di prestazioni: la principale a «requisiti pieni» (ASpI), e la «minore» a requisiti ridotti (mini-ASpI), destinata ai lavoratori disoccupati con carriere lavorative discontinue. Questa distinzione viene adesso superata, grazie all'assorbimento dei due regimi in un'unica assicurazione. La novità non è solo nominalistica, anche se gli elementi di continuità con il precedente regime sono molti ed evidenti.

Non cambiano le tipologie di lavoratori assicurati né l'evento protetto. Quanto ai primi, già grazie alla Legge Fornero la tutela è garantita a quasi tutta l'area del lavoro subordinato (apprendisti, personale artistico e soci-lavoratori delle cooperative inclusi), con la rilevante eccezione del pubblico impiego, che viene confermata. Un'eccezione, questa, che suscita perplessità e che si giustifica solo con l'idea (giuridicamente infondata e, ormai, smentita anche nei fatti) che il lavoratore pubblico non sia esposto al rischio del licenziamento³.

3. Cfr. F. Liso, *Il "nuovo" trattamento di disoccupazione*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2013, p. 15, critico già nei confronti della riforma Fornero.

Quanto all'evento protetto, la prestazione resta associata allo stato di disoccupazione "involontaria", vale a dire conseguente al licenziamento o allo scadere del termine di durata del contratto, e non dovuta a dimissioni⁴ o a risoluzione consensuale; a meno che quest'ultima non sia avvenuta nell'ambito della procedura di conciliazione davanti alla DTL, che (di nuovo) la riforma Fornero ha reso obbligatoria prima di procedere ad un licenziamento economico (*ex art. 7, l. n.604/66*)⁵. È stata persa l'occasione per fare definitiva chiarezza sulla questione (oggetto di una controversa giurisprudenza) della tutela dei lavoratori impiegati in regime di *part-time* verticale; questione che la giurisprudenza prevalente risolve negativamente in ragione del carattere "volontario" dello stato di non occupazione negli intervalli tra un periodo di lavoro ed il successivo⁶.

Sembrano invece cambiare sostanzialmente i requisiti di accesso alla prestazione, in virtù dell'acorpamento in un unico regime dei due preesistenti. Proprio la modifica dei requisiti di accesso sarebbe la spia dell'intento universalistico della riforma, che – pur mantenendo l'impianto assicurativo – avrebbe ampliato significativamente il numero dei soggetti destinatari della prestazione, a beneficio dei lavoratori precari e discontinui.

Per capire la portata della nuova disciplina è però necessario tener presente che l'ambito soggettivo di applicazione dell'assicurazione era stato già ampliato nel 2012 con la creazione della mini-ASpI, la quale aveva modificato il precedente regime assicurativo "a requisiti ridotti" eliminando il gravoso requisito delle 52 settimane di anzianità contributiva (cioè di iscrizione al regime stesso) e subordinando l'accesso alla prestazione al solo versamento di tredici settimane di contribuzione nell'ultimo anno di lavoro. La mini-A-

SpI dava accesso a prestazioni di importo ridotto ed erogate per un numero di settimane pari alla metà di quelle di contribuzione; mentre l'accesso alle più generose prestazioni ordinarie corrisposte tramite l'ASpI restava condizionato da requisiti ben più gravosi, pari a due anni di anzianità contributiva complessiva dei quali uno (52 settimane) maturato nel biennio precedente la perdita dell'occupazione.

La valutazione in merito all'ampliamento dell'ambito soggettivo operato dalla Nuova ASpI va dunque fatta tenendo conto dei requisiti della mini-ASpI, che hanno evidentemente costituito il riferimento obbligato per operare la fusione tra i due regimi. Ciò detto, i nuovi requisiti in effetti rendono più accessibile la prestazione, dal momento che le 13 settimane di contribuzione sono oggi calcolate nell'arco di quattro anni (e non più di uno). È vero che si introduce un filtro aggiuntivo rispetto al monte contributivo precedente, prevedendo che negli ultimi 12 mesi il disoccupato debba anche far valere 30 giorni di "lavoro effettivo"⁷; ma ciò non sembra sufficiente per escludere che il bacino potenziale dei beneficiari sia destinato ad aumentare. È difficile però quantificare in che termini tale aumento si configuri⁸; e perfino se, per effetto della riforma, aumenti effettivamente la percentuale dei disoccupati tutelati, dal momento che questo dato dipende non tanto dai requisiti di accesso alla prestazione, quanto piuttosto dalla durata della sua erogazione a ciascun soggetto assicurato. Ciò è vero non solo e non tanto rispetto allo scenario prefigurato dalla riforma Fornero, quanto rispetto al regime ad essa precedente, avendo detta riforma decretato - a partire dal 1 gennaio 2017- la fine dell'indennità di mobilità, che per i lavoratori delle imprese medio-grandi ha sino ad oggi assicurato prestazioni più generose e di lunga durata⁹.

4. Resta comunque tutelato il lavoratore dimessosi per giusta causa (Corte cost. 24.6.2002, n.269).

5. Sembra invece non beneficiare dell'indennità il lavoratore che abbia accettato la proposta di risoluzione consensuale offerta dal datore in base all'art. 6, d.lgs 22/15 (cioè ai sensi della nuova disciplina del licenziamento associata al c.d. contratto a tutele crescenti); una lacuna che meriterebbe essere superata, se, com'è nella *ratio* del dlgs 22/15, s'intende incentivare questa forma di conciliazione.

6. In questo senso, sia Corte Cost. 24.3.2006, n. 121 che Cass. SS. UU. n. 1732/2003; in assenza di una espressa disposizione in merito, difficile dedurre il superamento implicito di tale giurisprudenza dalla norma (art. 9, comma 3, d.lgs 22/15) che, senza distinguere tra le diverse forme di *part time*, ne regola le condizioni di compatibilità con il beneficio dell'indennizzo (come suggerisce M. Miscione, *Jobs Act: il decreto delegato sulle indennità di disoccupazione e la ricollocazione dei disoccupati*, *Quotidiano giuridico.it*).

7. Un simile requisito va a detrimento di chi ha visto il rapporto sospeso per una delle ragioni previste dalla legge (maternità, congedi, malattia...); discutibile soprattutto il mancato computo dei periodi di malattia, che può escludere chi perde il lavoro per superamento del periodo di comperto.

8. Le stime del Governo, riportate nella relazione illustrativa del decreto delegato, sono analizzate criticamente da D. Mesiti, *Le nuove prestazioni previdenziali in caso di disoccupazione involontaria ed il contratto di ricollocazione*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 4/2015, spec. p. 330.

9. L'indennità di mobilità è corrisposta ai lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione della CIGS per un minimo di 12 mesi (per i lavoratori con meno di 40 anni) e fino a un massimo di 48 mesi (per i lavoratori ultracinquantenni impiegati in aziende del Mezzogiorno).

2.1. Segue: la durata della prestazione

Proprio in relazione alla durata della prestazione si manifestano gli effetti della logica mutualistico-assicurativa che si è detto ispirare la riforma. L'unificazione dei trattamenti si è tradotta infatti anche in questo caso nella generalizzazione della disciplina della mini-ASpI, con il conseguente superamento dei tratti "egualitari" che caratterizzavano il precedente regime dell'ASpI¹⁰. Quest'ultima, al pari della storica indennità di disoccupazione, aveva una durata stabilita dalla legge e legata all'età del lavoratore: 12 e 18 mesi rispettivamente per i lavoratori *infra* e *ultra* cinquantacinquenni. La logica era quella, propriamente solidaristica, di assicurare prestazioni di maggior durata ai soggetti considerati in stato di maggior bisogno, in ragione della difficoltà di ricollocazione nel mercato del lavoro dovuta all'età. Il nuovo regime abbandona tale logica rapportando la durata della prestazione alla pregressa storia contributiva del disoccupato, che beneficerà di prestazioni di durata pari alla metà delle settimane di contribuzione accreditate negli ultimi quattro anni, con un massimale fissato - a partire dal 2017- in settantotto settimane (18 mesi). L'emanando decreto in materia di Cassa integrazione dovrebbe eliminare tale massimale, portando il tetto a 24 mesi (art. 42, comma 3 dello schema di decreto)¹¹, compensando così in parte l'effetto del superamento dell'indennità di mobilità previsto proprio per il 2017. Il costo del prolungamento della durata delle prestazioni dovrebbe essere coperto con i risparmi conseguenti alla riforma del regime della Cassa integrazione, con una clausola di salvaguardia che ne rende incerto il futuro: è previsto infatti il ripristino del massimale dei 18 mesi in caso di scostamenti rispetto alle previsioni di spesa, a riprova di come la riforma sia ispirata ad una rigorosa logica di contenimento dei costi

Le nuove prestazioni tutelano quindi più a lungo non chi è in stato di maggior bisogno, ma chi ha versato più contributi. Ne consegue che, per chi ha lavorato in maniera continuativa negli 4 anni precedenti alla cessazione del rapporto, la durata del beneficio aumenta sensibilmente rispetto alla disciplina

previgente; ma per chi ha svolto attività di carattere discontinuo le prospettive possono essere opposte. Si è osservato che viene replicata sul piano previdenziale quella logica delle tutele crescenti che caratterizza la nuova disciplina del licenziamento, finendo così per alterare in modo opinabile il concetto stesso di adeguatezza dei mezzi cui l'art. 38 della Costituzione impone sia parametrata la prestazione previdenziale¹². Non è agevole in effetti giustificare sul piano dei principi costituzionali una prestazione calcolata prescindendo dalla condizione di effettivo bisogno del beneficiario e considerando quale unico criterio di "adeguatezza" quello meritocratico del versamento dei contributi. Né regge, sotto questo profilo, il parallelo con il criterio contributivo di calcolo delle pensioni, posto il carattere temporaneo del bisogno cui fanno fronte le prestazioni per la disoccupazione; tanto più se si considera che più volte la Corte costituzionale ha ricordato al legislatore come anche per le prestazioni pensionistiche il principio di corrispettività non possa far totalmente aggio su quello di solidarietà¹³. I nuovi ammortizzatori invece abbracciano una logica individualista che trova la sua giustificazione unicamente nelle esigenze di riduzione e di controllo della spesa previdenziale.

Si è detto che questa logica va a detrimento proprio dei lavoratori precari e discontinui, ai quali possono spettare prestazioni per periodi più brevi che in passato. Ciò è vero non tanto per i lavoratori saltuari o con carriere fortemente discontinue, per i quali la durata resta calcolata con criteri analoghi al precedente regime della c.d. mini ASpI; quanto per chi aveva accesso alle più generose prestazioni dell'ASpI. Gioca in senso loro sfavorevole anche il fatto che (come precisato dallo stesso art. 5) per calcolare la durata non sono computati i periodi contributivi che hanno già dato luogo all'erogazione di prestazioni. L'effetto più eclatante di tale regola si manifesta nei confronti dei lavoratori stagionali, per i quali il nuovo regime prospetta una drastica riduzione dei benefici; se infatti il previgente regime ad un lavoratore impiegato per 6 mesi l'anno garantiva la copertura per i restanti 6 mesi, il nuovo la dimezza riducendola a tre¹⁴.

10. Così P. Capurso, *Assicurazione Sociale per l'Impiego 2.0: cambia ancora la tutela per la disoccupazione*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* 4/2015, p.345.

11. Lo schema di decreto sugli ammortizzatori in costanza di lavoro, nelle norme rubricate alle "disposizioni finanziarie" contiene anche alcune puntuali modifiche del d.lgs. 22/15 tese a correggerne le più evidenti sperequazioni emerse all'indomani della sua attuazione.

12. Capurso, *Assicurazione Sociale per l'Impiego 2.0*, cit., p. 345

13. Tra le tante, cfr. la celebre Corte Cost. 23.1.1986, n. 31.

14. Con l'art. 42, comma 4 dell'adottando decreto sulla Cassa integrazione si intende coprire questa falla della riforma, assicurando per il 2015 il mantenimento della durata semestrale ai lavoratori stagionali del settore del turismo, che si trovino entro il 31 dicembre 2015 in stato di disoccupazione; resta da vedere cosa accadrà a partire dal 1 gennaio 2016, posto che comunque la "toppa" non vale neppure per l'anno in corso per i lavoratori impiegati in altri settori.

2.2. Segue: l'importo delle prestazioni

L'attenzione agli equilibri di bilancio si svela anche nel nuovo sistema di calcolo dell'importo delle prestazioni ed ancor più nel regime della contribuzione figurativa. Aumenta infatti da due a quattro anni l'arco temporale per determinare la retribuzione media assunta come base di calcolo dell'indennità. La portata di tale modifica si coglie ancora più chiaramente leggendola in una più lunga prospettiva temporale, visto che prima della riforma del 2012 la retribuzione parametro era quella media degli ultimi tre mesi di occupazione. Non viene poi considerata la retribuzione effettivamente corrisposta al lavoratore, bensì la base imponibile che, come noto, non comprende una pluralità di voci che incidono significativamente sul suo importo complessivo.

La retribuzione parametro produce un indennizzo pari al 75% della stessa, percentuale che si riduce per le retribuzioni superiori ai 1.195 euro¹⁵, fermo il massimale mensile di 1.300 euro. L'importo così calcolato decresce in misura pari al 3% per ogni mese di godimento successivo al terzo, cioè secondo un meccanismo di abbattimento più penalizzante rispetto a quello dell'ASpI¹⁶. Il che prospetta significative compressioni delle prestazioni di più lunga durata, fino al toccare il 63% per quelle erogate per 24 mesi.

Gli effetti della riduzione progressiva delle prestazioni si ripercuotono in maniera più rilevante che in passato sulle tutele pensionistiche del lavoratore, visto che la riforma ridefinisce il regime della contribuzione figurativa in senso peggiorativo. Le nuove regole penalizzano sia i percettori di retribuzioni più alte (in virtù di un nuovo massimale di maturazione della contribuzione) sia quelli con retribuzioni più basse (in virtù di un minimale che esclude l'accredito al di sotto di un certo importo) (art.12, d.lgs n.22/15). L'obiettivo di risparmio di spesa in questo caso va ad incidere indirettamente sul calcolo contributivo della pensione¹⁷, già pesantemente penalizzato dalle recenti riforme.

I risparmi di spesa che il nuovo regime comporta servono evidentemente a compensare i maggiori costi cui si prevede di dover far fronte per erogare le prestazioni a chi, in base alla previgente normati-

va, non ne avrebbe avuto diritto. L'orizzonte entro il quale ci si è mossi resta insomma quello che ha condizionato tutti gli interventi in materia di ammortizzatori sociali degli ultimi anni: modificare il sistema tendenzialmente a costo zero, ripartendo gli oneri delle riforme tra i destinatari delle stesse; ovvero tra i lavoratori.

3. L'“universalizzazione” delle tutele: la nuova assicurazione per i collaboratori

Come premesso nella legge delega l'obiettivo dell'universalizzazione delle tutele è associato all'estensione del campo di applicazione dell'assicurazione contro la disoccupazione ai lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, iscritti in via esclusiva alla Gestione separata dell'INPS. Ciò è avvenuto attraverso la creazione della cd “DIS-COLL”, che innova il quadro degli ammortizzatori sociali esistenti dal momento che la l. n.92/12 si limitava a riconoscere a tale categoria di lavoratori un'indennità *una tantum* (art. 4, comma 38 l. cit.). Tuttavia che tale novità possa iscriversi in un processo di effettiva universalizzazione è quanto meno revocabile in dubbio. In primo luogo perché anche questa prestazione è regolata secondo una logica rigidamente assicurativa, che ricalca il regime della NASpI declinandolo in termini ancor più restrittivi. L'indennità è infatti prevista in via sperimentale per il 2015, mentre per gli anni successivi la sua conferma è condizionata allo stanziamento delle “occorrenti risorse finanziarie” (comma 15); il che rischia di renderla una misura più occasionale che sperimentale¹⁸.

Che il futuro della DIS-COLL sia incerto è poi confermato dal fatto che al suo varo si dovrebbe associare il superamento di quella forma contrattuale alla quale essa è riferita, visto che con l'art.2 del d.lgs n.81/2015 sulle tipologie contrattuali ci si propone di ricondurre le collaborazioni coordinate e continuative al lavoro subordinato. Si aprono di conseguenza due possibili scenari: o l'indennità in parola nasce in pratica già morta, oppure (come si ritiene) la sua istituzione conferma piuttosto che le collaborazioni coordinate e continuative sopravviveranno al Jobs Act nonostante

15. Se la retribuzione di riferimento supera i 1.195 euro, la prestazione è incrementata in misura pari al 25% del differenziale tra la retribuzione mensile e detta soglia massima.

16. La legge 92/12 prevedeva una riduzione dell'indennità del 15% dopo 6 mesi e di un ulteriore 15% dopo 12 mesi.

17. Ne consegue una situazione potenzialmente discriminatoria rispetto ai lavoratori la cui pensione è calcolata con il retributivo (così S. Renga, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione, Lavoro e diritto*, 2015, 87).

18. Renga, *Post fata resurgo*, cit., p. 88.

i propositi sottesi alla norma che dovrebbe sopprimerle¹⁹.

Certo è che restano privi di qualsiasi misura di sostegno del reddito i lavoratori autonomi *tout court*. L'indennità non spetta infatti ai titolari di partita IVA, il cui utilizzo è per altro destinato ad aumentare con l'entrata in vigore del d.lgs n.81/2015 che elimina gli indici presuntivi di illegittimità introdotti dalla l. n.92/12 per contrastarne l'abuso. E ciò è il segno più evidente di come l'obiettivo dell'universalizzazione delle tutele "nel mercato" non rientri nell'orizzonte dell'attuale legislatore. D'altra parte aver ignorato il lavoro autonomo è – di nuovo – la logica conseguenza del non aver voluto affrontare il nodo centrale dei meccanismi di finanziamento del sistema e dell'aver impostato l'intera riforma sull'irrigidimento del tradizionale modello assicurativo, concepito per tutelare il lavoro subordinato standard.

Quanto alla regolazione della DIS-COLL, si è detto che riproduce quella della NASpI con qualche significativa differenza *in peius* relativa sia ai requisiti di accesso che alla durata delle prestazioni. L'omogeneizzazione dei regimi avrebbe potuto suggerire di prevedere la possibilità, per chi alterna periodi di lavoro subordinato a periodi di collaborazione, di cumulare la relativa contribuzione²⁰; una misura che avrebbe significativamente ampliato la fascia dei precari tutelati. Ma così non è stato. Per acquisire il diritto alla prestazione il collaboratore «iscritto in via esclusiva alla Gestione separata», deve avere versato almeno tre mesi di contributi nel periodo compreso tra il 1° gennaio dell'anno solare precedente alla cessazione del rapporto di lavoro e l'effettiva risoluzione dello stesso, nonché aver maturato un mese di contribuzione nell'anno solare in cui si è verificata la perdita del lavoro. Quest'ultimo requisito può essere sostituito dall'aver lavorato nello stesso periodo per un minimo di un mese, percependo un reddito almeno pari alla metà dell'importo che dà diritto all'accredito di un mese di contribuzione; con il che il legislatore delegato ha inteso attuare quanto prescritto dalla legge delega in merito all'estensione del principio di auto-

maticità alle prestazioni in parola, limitandone al minimo gli effetti²¹. La prestazione - d'importo calcolato con gli stessi criteri della NASpI - è erogata per una durata pari alla metà dei mesi di contribuzione nel periodo di riferimento, con un massimale di 6 mesi (dunque ben più basso rispetto a quello della NASpI).

Completa il quadro la punitiva esclusione – in questo caso totale - del beneficio della contribuzione figurativa; una previsione che rafforza il carattere già fortemente sperequativo del regime pensionistico dei lavoratori iscritti alla Gestione separata, al punto da esporlo a dubbi di legittimità costituzionale.

4. La tutela residuale: l'assegno di disoccupazione

Posti i molteplici profili di debolezza strutturale della DIS-COLL ed il suo carattere di misura mutualistico-assicurativa, la vera e unica misura universale di sostegno del reddito della riforma è rappresentata dal nuovo assegno di disoccupazione (ASDI), grazie al quale si affianca una tutela di natura assistenziale alle tradizionali tutele previdenziali (art. 16, d.lgs n.22/15). Si tratta in questo caso di un istituto indubbiamente innovativo per il nostro ordinamento, il cui alto valore ideale²² è però nei fatti contraddetto da una regolazione che ne limita fortemente l'impatto sul complessivo sistema degli ammortizzatori sociali²³.

La prestazione spetta solo a chi abbia fruito per l'intera sua durata della NASpI e, ancora privo di occupazione, si trovi in condizioni economiche di bisogno. L'individuazione delle specifiche modalità di erogazione dell'assegno sono definite da un decreto ministeriale, ma la platea dei beneficiari è limitata a monte dalla dotazione del fondo deputato a finanziarlo (gestito dall'INPS): 400 milioni di euro destinati a coprire il fabbisogno stimato per il solo 2015. Il decreto in materia di Cassa integrazione in corso di adozione ne prevede il finanziamento fino al 2019, ma resta la natura sperimentale dell'istituto, il cui incerto

19. L'art. 2, d.lgs 81/2015 elimina il lavoro a progetto ma non le co.co.co. di cui all'art. 409 cpc (espressamente richiamato dall'art. 52), ricondotte al lavoro subordinato solo quando il committente «organizza le modalità di esecuzione della prestazione» del lavoratore; cioè non sempre.

20. M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2012, p. 246.

21. La nuova disciplina può produrre effetti regressivi su quella giurisprudenza che già ha riconosciuto l'applicabilità del principio di automaticità ai regimi previdenziali dei lavoratori a progetto (Trib. Bergamo 23 dicembre 2013, n. 941).

22. Così M. Cinelli, *Diritto della Previdenza Sociale*, Torino, 2015, p. 373.

23. *Contra* F. Carinci, *Jobs Act atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in Carinci- Tiraboschi, *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, e-book Adapt n.21, 2014, p. 16 che vi coglie un'«innovazione estremamente significativa che, se attuata, metterà il nostro paese al passo con gli altri».

futuro è condizionato dall'adozione di provvedimenti che continuino a finanziarlo (art. 42, comma 5 dello schema di decreto). La modesta copertura economica che lo sorregge spiega sia il basso importo e la limitata durata (75% dell'indennità di disoccupazione, con tetto pari all'assegno sociale per un massimo di 6 mesi e di complessivi 24 in un quinquennio), sia i rigidi criteri di priorità (che premiano i nuclei familiari con minorenni e l'età prossima al pensionamento), sia il vincolante requisito di disponibilità al lavoro (definito da un "patto di servizio personalizzato" predisposto dai centri per l'impiego).

Ma tra tutti, il criterio selettivo forse più discutibile (e certamente tale sul piano sistematico) è proprio quello che lega a monte l'assegno di disoccupazione alla previa fruizione della NASpI. Trattandosi di una prestazione di base, tesa a far fronte a condizioni di bisogno dovute allo stato di disoccupazione, non si vede perché essa debba privilegiare chi ha previamente beneficiato della tutela previdenziale. L'istituto finisce in questo modo per rafforzare gli squilibri che caratterizzano il nostro sistema di ammortizzatori sociali e per evidenziare ancora di più la sua più evidente lacuna: la mancanza di strumenti di tutela non a base occupazionale, destinati a tutti i cittadini che si trovino in condizioni di bisogno economico.

5. La "nuova" Cassa integrazione

Il nuovo sistema di ammortizzatori sociali si completerà con l'adozione dei due decreti sui c.d. ammortizzatori in costanza di rapporto di lavoro (Cassa integrazione guadagni) e sui servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro.

La riforma della Cassa integrazione è ispirata ad un condivisibile intento di razionalizzazione del quadro esistente. Le novità più significative rispondono alla volontà di superare la logica emergenziale che ha portato spesso ad un uso distorto dell'istituto ed ha determinato modalità di finanziamento a dir poco opache. Il che giustifica un maggior rigore sia nella definizione delle causali²⁴ sia nella determinazione della durata complessiva dell'integrazione salariale (riducendo la possibilità di proroga²⁵) e spiega la rimodulazione degli oneri a carico delle imprese, che aumentano in ragione dell'effettivo utilizzo del trattamento.

Si tratta di modifiche che, se trovano la loro ragione di fondo -di nuovo- in esigenze di contenimento

della spesa previdenziale, sono in buona parte condivisibili in quanto orientate a riportare l'istituto nell'alveo della funzione che gli è propria: quella di uno strumento di tutela che aiuta le imprese (e indirettamente i lavoratori) a superare situazioni di difficoltà preservando i livelli occupazionali. Il problema non è dunque la stretta in sé sui margini di utilizzo della Cassa, ma la debolezza delle tutele destinate al lavoratore una volta cessato il rapporto di lavoro al termine del periodo di integrazione. L'arretramento delle tutele si coglie in questo caso con evidenza confrontando il regime dell'indennità di mobilità con quello della Nuova ASpI, destinata a subentrarvi. E la vicenda degli esodati insegna quali scenari il nuovo regime può configurare per chi perde il lavoro in età avanzata, ma non sufficientemente vicina alle nuove soglie di età pensionabile.

Resta affidata ai fondi bilaterali di solidarietà la funzione di garantire l'integrazione salariale ai lavoratori impiegati in settori che ne sono rimasti fino ad oggi privi, con la rilevante novità (rispetto alla riforma Fornero che li ha istituiti) di estendere l'obbligo di costituirli a tutte le aziende con più di cinque dipendenti (e non già di 15).

Seppur eteroregolati e posti sotto il controllo e la gestione dell'INPS, i fondi devono essere costituiti per iniziativa delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative; in caso di loro inerzia, opera il fondo residuale costituito con Dm. La loro effettiva attivazione è resa tanto più necessaria considerando il venir meno dei finanziamenti per la cd Cassa in deroga, che fino ad oggi ha permesso di contenere gli effetti della crisi sul piano occupazionale nei settori non coperti dal regime generale. I fondi per altro possono anche servire ad integrare le prestazioni per i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione della Cassa integrazione, eventualmente per sopperire alle sopra richiamate deficienze delle misure di sostegno del reddito che accompagnino alla pensione (art. 32 dello schema di decreto).

In quanto finalizzata a coprire le lacune del sistema, anche l'istituzione dei fondi bilaterali si colloca in una prospettiva di universalità, cioè di estensione e di omogeneizzazione di questa specifica forma di tutela. Tale fine - di nuovo- è perseguito adottando modelli rigidamente assicurativi, che assumono in questo caso tratti propriamente privatistici. In particolare, le prestazioni sono calcolate in pieno ossequio al principio di corrispettività rispetto ai contributi versati (ripartiti per due terzi a carico del

24. In particolare viene confermata la scomparsa della CIGS per cessazione dell'attività dell'azienda.

25. La durata massima del trattamento straordinario è fissata in 24 mesi nel quinquennio mobile, e può arrivare a 36 mesi se l'integrazione è concessa sulla base di contratti di solidarietà (art. 22 dello schema di decreto).

datore e per un terzo dei lavoratori) e sui fondi grava per legge l'obbligo del pareggio di bilancio. Ne esce confermato il profilo di maggior debolezza del nuovo "pilastro" delle tutele in costanza di lavoro creato con la riforma del 2012: il fatto cioè che i fondi «non possono erogare prestazioni in carenza di disponibilità» (art. 35, comma 1), ovvero che il lavoratore perde il diritto all'integrazione salariale se mancano le relative coperture finanziarie. Con ciò la disciplina dei fondi bilaterali entra in contraddizione con il fondamentale principio previdenziale dell'automaticità delle prestazioni²⁶; al punto da poter legittimamente dubitare si possa ancora parlare di prestazioni previdenziali e non di mere forme collettive di mutualità privata.

6. Il costo umano della condizionalità

È quasi superfluo sottolineare l'importanza della riforma delle cd politiche attive del lavoro e dei servizi per l'impiego, deputata a superare le storiche inefficienze che, nel nostro Paese, caratterizzano da sempre l'intervento pubblico nel mercato del lavoro. E nel decreto in corso di adozione dedicato alla materia (che completa la delega di cui all'art. 1, l. n.183/14) non mancano segnali che la direzione intrapresa sia quella giusta: in particolare positiva è la scelta di affidare ad una Agenzia nazionale per le politiche attive (ANPAL, vigilata dal Ministero del lavoro e partecipata da Stato e Regioni) il compito di garantire un più ordinato governo dei servizi per l'impiego e di coordinare gli interventi di politica attiva – la cui programmazione resta in mano alle regioni-integrandoli con le misure di sostegno del reddito erogate dall'INPS. I dubbi che i buoni propositi si traducano in una buona riorganizzazione del sistema derivano – al solito - dalle scarse risorse destinate a tal fine. Dubbi che aumentano considerando che alla costituzione della neonata agenzia si provvede "con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente" (art. 1, comma 4, lett. c, l. n.183/14).

Ragioni economiche e di bilancio - più che la volontà di contrastare gli abusi - spiegano anche i seve-

ri criteri di "condizionalità" cui l'emanando decreto subordina l'erogazione delle prestazioni economiche, specificando quanto in merito già previsto dal d.lgs n.22/15. In linea di continuità anche sotto questo profilo con la riforma del 2012, si prevede che il disoccupato decada dal diritto all'indennità se rifiuta un'offerta di lavoro "congrua". Il concetto andrà specificato in un futuro decreto ministeriale, ma il legislatore delegato identifica un criterio di congruità dell'offerta di lavoro nella retribuzione non inferiore del 20% rispetto all'importo lordo dell'indennità cui il disoccupato ha diritto (art. 11, d.lgs n.22/15 e art. 25 dello schema di decreto sui servizi per l'impiego)²⁷. Condizione, quest'ultima, di dubbia costituzionalità, in quanto una simile occupazione buon ben dirsi lesiva del diritto alla professionalità del lavoratore²⁸, se non della sua dignità. Penalizzazioni (che di nuovo possono arrivare fino alla perdita della prestazione) conseguono anche alla mancata partecipazione alle iniziative di carattere formativo e di riqualificazione, che il disoccupato si impegna a seguire stipulando un "patto di servizio personalizzato" con il centro per l'impiego (artt. 20 e 21 dello schema di decreto). Ed in questo caso l'attività formativa non viene neppure posta in relazione con un possibile sbocco lavorativo "congruo"²⁹.

Analoghi meccanismi di condizionalità sono previsti (ed inaspriti rispetto al passato) anche nei confronti dei beneficiari delle prestazioni di integrazione salariale, che vedano il loro orario su base annua ridotto oltre il 50% (art. 22). Ciò nonostante che il loro rapporto di lavoro sia sospeso e non cessato, in virtù di un istituto che proprio la riforma dovrebbe ricondurre alla sua specifica funzione (evitare la perdita del posto di lavoro): una funzione che non giustifica l'obbligo di attivarsi per trovare una diversa "congrua" occupazione³⁰. Tanto meno si giustifica l'utilizzo dei lavoratori in "attività socialmente utili", da svolgere sulla base di convenzioni con gli enti locali (art. 26): istituto che rievoca fallimentari esperienze del passato (i LSU ex l. n.451/94), ed attivabile anche per impiegare (sotto costo) disoccupati ultrassessantenni lasciati senza reddito dalla combinazione tra la riforma degli ammortizzatori e quella delle pensioni (art. 26, comma 5).

26. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali*, cit., p. 259.

27. La normativa previgente la l.92/12 rapportava la congruità dell'offerta alla retribuzione di provenienza e non all'indennità di disoccupazione.

28. Cinelli, *Diritto della previdenza*, cit., p. 384.

29. Da ciò i rilievi critici ancora di Cinelli, ult. cit., p. 385.

30. Spia di tale contraddizione "sistematica" si coglie nel fatto che i lavoratori in Cassa integrazione nello schema di decreto sono ricondotti nella categoria, di nuovo conio, dei "disoccupati parziali" (art. 19, comma 4, lett. c).

In generale, l'inasprimento dei meccanismi di condizionalità mal si concilia con il parallelo rafforzamento della logica assicurativa, che si è visto costituire il tratto caratterizzante del nuovo sistema di ammortizzatori. Quanto più si abbraccia quella logica, tanto più la prestazione a sostegno del reddito si configura come un diritto individuale che il lavoratore acquisisce in virtù dei contributi versati, cioè del suo lavoro. Non si vede allora perché, una volta maturato, il godimento di tale diritto debba essere condizionato da sempre più gravosi oneri di attivazione.

Naturalmente criteri ancor più rigidi di condizionalità sono applicati all'ASDI, così come la medesima *ratio* ispira il nuovo istituto del "contratto di ricollocazione" (art. 23 dello schema di decreto), i cui tratti sono già definiti nell'art. 17, d.lgs n.22/15³¹. Con esso il disoccupato (non beneficiario di indennità) riceve un *voucher* (assegno di ricollocazione) da spendere presso servizi per il lavoro accreditati (pubblici o privati); sul presupposto, appunto, che sia disponibile a rispondere a qualsiasi iniziativa mirata a sbocchi occupazionali "coerenti con il fabbisogno espresso dal mercato del lavoro".

Ciò che qui più preme evidenziare è come proprio il modo con cui viene declinata la condizionalità sia rivelatore di un approccio "ideologico" alle politiche sociali in materia di occupazione, che vuole il diritto al lavoro subordinato ad una logica economica e di mercato. Quella stessa logica che impedisce l'evoluzione del sistema in senso realmente universalistico e che rappresenta il vizio di fondo dell'intero pro-

gramma di riforma in atto. A superare tale prospettiva mira la proposta di istituzione del reddito minimo garantito, non a caso totalmente scomparso dal programma di governo³². La garanzia di prestazioni di base svincolate da draconiani requisiti di condizionalità non risponderebbe soltanto a fondamentali esigenze di equità sociale. Liberare il beneficiario dal ricatto del "lavoro purché sia" significa rafforzare la sua forza contrattuale "nel mercato", il che è il presupposto perché possano riequilibrarsi i rapporti di forza "nel rapporto", oggi clamorosamente sbilanciati a favore dell'impresa³³. Il reddito garantito in quest'ottica è una misura funzionale a rafforzare anche l'azione sindacale e con essa a favorire la ripresa delle dinamiche salariali, depresse dalla concorrenza al ribasso prodotta dall' "esercito di riserva" disponibile sul mercato. È esattamente la prospettiva opposta alla fissazione per legge dei minimi salariali (prevista dall'art. 1, comma 7, lett. g), L. 183/2015), che invece tale concorrenza alimenta.

Va da sé che una simile prospettiva richiederebbe l'adozione di coraggiose politiche redistributive e di carattere espansivo; impraticabili senza contraddire le politiche di austerità che oggi vincolano i governi nazionali, specie nel sud Europa. Il che chiama in causa l'UE che proprio in materia di reddito di base manifesta un'anima duplice (se non schizofrenica), se è vero che a raccomandare agli Stati (Italia compresa) di dotarsi di strumenti universali di sicurezza sociale, sono le stesse istituzioni responsabili dei rigidi programmi di consolidamento fiscale che quelle misure rendono inattuabili³⁴.

31. In merito, ampiamente, Alaimo, *Ricollocazione dei disoccupati*, cit., p. 11 ss.

32. G. Bronzini, *Che fine ha fatto il reddito garantito?*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2014, p. 335 ss.

33. Sostenere il reddito minimo garantito non significa porre l'enfasi sulla (illusoria) libertà di scelta del lavoro, a scapito della tutela nel lavoro (così V. Bavaro, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2014, p. 186); ma riconoscere la libertà di "rifiutare" il lavoro, se tale tutela non c'è.

34. Come chiosa a ragione S. Giubboni, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2014, p.156 le raccomandazioni delle istituzioni UE in merito al reddito minimo garantito assumono così "un amaro sapore beffardo, che aumenta, invece di ridurre, il senso di frustrazione e di risentimento di larghissimi strati delle popolazioni nazionali impoveriti nei confronti dell'Unione".

Regole, mercato, sviluppo: il punto di vista dell'economista del lavoro

di Lia Pacelli

Il Jobs Act non è la riforma strutturale di cui l'Italia ha bisogno, ma rappresenta il completamento di quel percorso di trasferimento di potere contrattuale dai lavoratori alle imprese già in corso da almeno due decenni. La flessibilizzazione del mercato del lavoro si completa a prescindere dalla pochezza dei risultati precedenti, rendendo strutturale la precarietà del rapporto. L'esperienza ha smentito ogni legame fra flessibilità e creazione netta di posti di lavoro, e la letteratura economica ha in gran parte sottaciuto questo dato: in realtà, i flussi sempre più ingenti di persone in entrata e uscita dalle imprese permettono ora di sostituire lavoratori costosi con lavoratori meno costosi, perché il salario medio dei nuovi assunti è più basso e le loro tutele (anch'esse un costo) sono sempre inferiori, ciò che rende sempre più lontano l'obiettivo del lavoro dignitoso.

Premessa

Il *Jobs Act* è «l'attuazione delle riforme strutturali che l'Europa ci chiede», nella retorica mediatica martellante che lo accompagna. Ma sono pochi gli esempi, a mia memoria, in cui la comunicazione che accompagna una scelta politica si distanzia così tanto dal contenuto effettivo di un provvedimento. Basti un cenno al fatto che le riforme strutturali non riguardano, o non dovrebbero riguardare, solo il mercato del lavoro ma dovrebbero essere tese all'aumento della concorrenza nei mercati dei beni e dei servizi. L'Europa, poi, ha a che fare con la deregolamentazione del mercato del lavoro solo in tempi recenti¹, con l'acuirsi della crisi dei debiti sovrani, mentre l'Italia ha iniziato due decenni or sono a rendere più flessibile il mercato del lavoro. Di cosa si

tratta allora? Il *Jobs Act* completa il trasferimento di potere contrattuale dai lavoratori alle imprese. Trasferimento in corso ormai da decenni, da quando il pensiero neoliberalista è diventato dominante nella politica e nell'economia dei Paesi e delle organizzazioni internazionali (la *Job Strategy* dell'OCSE (1994)², è il simbolico inizio di questo processo)³. Da allora il dibattito sulla rigidità del mercato del lavoro e la domanda pressante di flessibilità da parte delle imprese hanno stimolato la diffusione di forme contrattuali atipiche che consentono alle imprese di assumere lavoratori senza il vincolo del contratto permanente. È passata invece in secondo piano la considerazione che la legislazione a protezione dell'impiego ha anche lo scopo di riequilibrare, almeno parzialmente, lo scarso potere contrattuale di alcune categorie di lavoratori rispetto alle imprese.

1. Anche se l'Unione Europea emette direttive sui lavori atipici dalla fine degli anni '90, l'imposizione di riforme strutturali in tema di lavoro in cambio di sostegno finanziario risale al 2011. Si veda S. Sacchi (2015) *Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms in the sovereign debt crisis*, *Comparative European Politics*.

2. OCSE (1994), *Employment Outlook*, OCSE, Paris

3. Il tema è discusso più in dettaglio in G. Cavaletto e L. Pacelli (2014), *Flessibilità del lavoro e formazione dei lavoratori. Il caso italiano*, *Polis*, dal quale alcuni dei passi che seguono sono tratti.

Il trasferimento di potere da una classe economica e sociale ad un'altra ha ovviamente un senso e un valore in sé, ma quello che - da economista del lavoro - vorrei discutere è il significato economico dei provvedimenti tesi alla flessibilizzazione del mercato del lavoro. Portano crescita economica, prosperità diffusa, alti tassi di occupazione? Questa è la promessa. Ma come? A quali condizioni? Il lavoro flessibile è condizione necessaria e / o sufficiente per la crescita dell'Italia?

1. Gli effetti attesi della deregolamentazione del mercato del lavoro

Gran parte della letteratura economica, dal citato rapporto OCSE del 1994 in poi, si è concentrata sugli attesi effetti positivi della deregolamentazione: migliore allocazione dei lavoratori sui posti di lavoro e conseguente crescita della produttività del lavoro; maggiore capacità delle imprese di adattarsi alle fluttuazioni di mercato e conseguente loro maggiore competitività⁴. Ma dal punto di vista dei suoi effetti sulla produttività, e quindi sulla competitività e sulla crescita, la teoria economica ci dice che tali effetti possono avere segno diverso. Da un lato ci si attende che la produttività cresca grazie all'aumentata qualità del *match* fra lavoratore e posto di lavoro; dall'altro la produttività può ridursi a causa del disincentivo ad investire in capitale umano⁵. Quale effetto prevale? Gaëlle e Scarpetta⁶ usando dati della *World Bank* riferiti a circa 50 Paesi, rilevano che le imprese medio-grandi e le imprese innovative reagiscono a una elevata protezione dell'impiego investendo di più in formazione sul posto di lavoro, mentre le piccole imprese ricorrono più frequentemente a contratti a termine. MacLeod e Nakavachara⁷ mostrano che quando la protezione dell'impiego aumenta anche l'occupazione di lavoratori altamente specializzati aumenta, cioè cresce l'occupazione di

chi è impiegato in mansioni che richiedono elevata abilità e elevati investimenti in capitale umano specifico d'impresa; l'opposto accade per le occupazioni generiche. Dolado e Stucchi⁸ mostrano una riduzione della produttività in Spagna al crescere della quota di contratti a termine e al ridursi della probabilità che questi siano convertiti in contratti a tempo indeterminato. Lucidi e Kleinknecht⁹ in riferimento all'Italia stimano che le imprese che impiegano una elevata quota di dipendenti con contratti a termine ottengono tassi di crescita della produttività del lavoro più bassi. Vi è quindi più di un motivo per dubitare del binomio maggiore flessibilità - maggiore produttività.

Le riforme del mercato del lavoro in Italia sono comunque state implementate prima e a prescindere dai risultati delle analisi sui loro possibili effetti, con un chiaro approccio aprioristico del tutto in contrasto con l'*evidence based policy making* che "l'Europa" chiede da tempo. Negli anni '90 in Italia ci si è concentrati sulle cosiddette riforme al margine: si rende flessibile, cioè non tutelata dall'art. 18, l'occupazione solo di chi entra nel mercato del lavoro, lasciando invariate le tutele di chi è già occupato. Il lavoro precario avrebbe dovuto essere una condizione temporanea, la porta d'ingresso verso un lavoro tutelato. Questo avrebbe ridotto la disoccupazione giovanile e le difficoltà dei giovani nell'entrare sul mercato del lavoro, o nel trovare il primo impiego. I contratti di formazione e lavoro, nati negli anni '80 furono i precursori di questa strategia, seguiti nei decenni successivi dalla progressiva liberalizzazione dei contratti a termine, dall'uso sempre più ampio delle collaborazioni, delle associazioni in partecipazione e di tutte quelle forme di lavoro autonomo eterodiretto e completamente non tutelato che sono fiorite nel tempo.

La letteratura economica si è dedicata a studiare l'effettiva esistenza di questa porta d'ingresso verso il lavoro stabile, e a valutare il rischio che invece i contratti flessibili costituissero una trappola che co-

4. Per rassegne si vedano N. Nayar e G. Willinger (2001), *Financial Implications of the Decision to Increase Reliance on Contingent Labor*, in *Decision Sciences Journal*; M. De Graaf-Zijl (2006), *Economic and social consequences of temporary employment*, Tinbergen Institute Research Seriesn. 380.

5. De Graaf-Zijl (2006), cit.

6. P. Gaëlle e S. Scarpetta (2004), *Employment Regulations through the eyes of employers. Do they matter and how do firms respond to them?*, Policy Research Working Paper Series 3463, The World Bank.

7. W. MacLeod, e V. Nakavachara, (2007), *Can Wrongful Discharge Law Enhance Employment?*, *The Economic Journal*.

8. J. Dolado e D. Stucchi (2008): *Do Temporary Contracts Affect TFP? Evidence from Spanish Manufacturing Firms?*, IZA Discussion Paper No. 3832

9. F. Lucidi e A. Kleinknecht (2010): *Little innovation, many jobs: An econometric analysis of the Italian labour productivity crisis*, *Cambridge Journal of Economics*.

stringe le persone nella alternanza di lavori precari e disoccupazione¹⁰. Da questa ampia e non sempre omogenea letteratura si traggono alcune regolarità: i contratti precari hanno operato come una porta d'ingresso quasi unicamente per chi era già forte sul mercato del lavoro: i giovani più scolarizzati, nati nelle regioni più ricche d'Europa. È legittimo il dubbio che essi sarebbero entrati comunque in una buona occupazione, anche senza porte d'ingresso appositamente create. Gli altri giovani hanno continuato a rimbalzare fra lavori precari e disoccupazione, intrappolati.

Ora il *Jobs Act* ci dice che se si vuole un lavoro questo non può che essere precario, non più come condizione temporanea ma permanente, normale, per tutti. Non più riforma al margine ma strutturale.

2. La creazione di posti di lavoro

Ma in un Paese come l'Italia in cui il tasso di occupazione è basso, l'aspetto cruciale non è tanto la capacità dei disoccupati di ottenere a turno un'occupazione, ruotando su un numero di posti di lavoro costanti, ma è la creazione netta di posti di lavoro. Lo scopo dichiarato da chi promuove e implementa una maggiore flessibilità del lavoro è infatti quello di rendere le imprese in grado di adattarsi alle mutevoli condizioni di mercato modificando la forza lavoro e il costo del lavoro in tempi rapidi; questo le renderebbe più efficienti e creerebbe posti di lavoro e ricchezza per tutti. Per inciso, un aspetto trascurato dalla letteratura economica è proprio l'assunto che la maggiore competitività delle imprese sui mercati porti ricchezza per tutti. In altre parole, si è scritto poco sugli effetti allocativi di questi teorizzati aumenti di produttività e competitività, dando forse per scontata la - tutta da dimostrare - maggiore efficienza allocativa di mercati più concorrenziali. A partire dagli anni '80 abbiamo visto invece una massiccia redistribuzione

di reddito verso le fasce più ricche della popolazione¹¹; ma sul punto ritornerò più avanti.

È vero che la flessibilità del lavoro crea occupazione aggiuntiva? I posti di lavoro che osserviamo in un dato momento sono l'effetto dei posti di lavoro creati e distrutti, e dei lavoratori che ruotano fra di essi. In Italia i flussi di lavoratori fra posti di lavoro sono sempre stati ingentissimi: in media un terzo dei lavoratori lascia il posto di lavoro e un terzo viene assunto nel corso di un anno. Questo accadeva anche negli anni '80 e '90, prima della deregolamentazione del mercato del lavoro¹². Il nostro è un mercato del lavoro costituito in prevalenza da imprese molto piccole, al di sotto delle soglie dimensionali che irrigidiscono il rapporto di lavoro; ma anche le (poche) imprese grandi hanno sempre trovato il modo di modificare la loro forza lavoro quando questo è stato necessario, con prepensionamenti o incentivi di vario tipo. La rotazione fra posti di lavoro è avvenuta con un saldo occupazionale quasi nullo, per poi diventare negativo negli anni della crisi. Purtroppo la letteratura economica non si è occupata molto del legame fra flessibilità e creazione netta di posti di lavoro. Un lavoro importante pubblicato nel 1990¹³ ha mostrato anche dal punto di vista teorico che l'occupazione media non sarebbe cresciuta riducendo le tutele alla occupazione¹⁴; solo i flussi di lavoratori in entrata e in uscita dalle imprese sarebbero aumentati, e la durata dei periodi di disoccupazione si sarebbe ridotta. L'argomento non è poi stato ripreso, nemmeno per sottolineare eventualmente i rischi di una deregolamentazione spinta del mercato del lavoro, o per avvertire che questo avrebbe potuto non aumentare i posti di lavoro nella economia.

I flussi sempre più ingenti di persone in entrata e uscita dalle imprese permettono ora di sostituire lavoratori costosi con lavoratori meno costosi, perché il salario medio dei nuovi assunti è più basso e le loro tutele (anch'esse un costo) sono sempre inferiori. Nei modelli economici più semplici il minore costo

10. Per una rassegna si veda A. Booth, J. Dolado e J. Frank, 2002, *Symposium On Temporary Work Introduction*, *Economic Journal*. Per l'Italia: F. Devicienti, F. Berton e L. Pacelli (2011), *Are Temporary Jobs a Port of Entry into Permanent Employment? Evidence from Matched Employer-Employee Data*, *International Journal of Manpower*.

11. T. Picketty (2013): *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani [la versione italiana].

12. B. Contini e R. Revelli (1992), *Imprese, occupazione e retribuzioni al microscopio*, Il Mulino, Bologna. B. Contini e R. Revelli (1997): *Gross flows vs. net flows in the labour market: what is there to be learned?*, *Labour Economics*. B. Contini (2002): *Osservatorio sulla mobilità del lavoro in Italia: imprese, lavoratori e salari*, Il Mulino, Bologna. B. Contini and U. Trivellato (2005), *Eppur si muove*, Il Mulino.

13. Bentolila S. e Bertola G. (1990), *Firing Costs and Labour Demand: How Bad Is Euroclerosis?*, *Review of Economic Studies*.

14. Alcuni lavori o rassegne confermano il risultato previsto da Bertola e Bentolila, ovvero un effetto a priori indeterminato, molto spesso nullo: Cazes, S. (2013), *Labour market institutions*, in S. Cazes a S. Verick (a cura di) *Perspectives on labour economics for development*, Geneva: ILO; OECD (2004), *Employment Outlook*, Paris: OECD; C. Noeke (2011), *The consequences of employment protection legislation for the youth labour market*, *MZES Working Paper* no. 144.

del lavoro si riflette automaticamente in un aumento della domanda di lavoro da parte delle imprese, ma la realtà è ben più complessa. La domanda di lavoro dipende dai salari ma anche e soprattutto dalle aspettative sulla evoluzione dei mercati dei prodotti, dalla capacità di posizionarsi sui mercati in crescita o su quelli stagnanti. E dipende quindi anche dalla politica industriale (non solo dalla politica del lavoro) e dalla capacità di innovare processi, prodotti e organizzazione da parte delle imprese.

3. Gli effetti negativi della deregolamentazione

La letteratura economica ha scritto molto poco fino a tempi recentissimi e a crisi iniziata sui possibili effetti negativi della deregolamentazione del mercato del lavoro: minori investimenti in formazione specifica d'impresa, minori capacità di innovare da parte delle imprese. Pochissimo si è scritto sui possibili risultati nel medio/lungo periodo della conseguente possibile riduzione della produttività del lavoro¹⁵. La letteratura sulla gestione delle risorse umane si è invece occupata diffusamente degli effetti della riduzione della tutela della occupazione, senza la sudditanza culturale che molta della letteratura economica ha dimostrato rispetto alle teorie neoclassiche. In particolare la letteratura sulla gestione delle risorse umane sottolinea il legame fra una forza lavoro stabile nell'impresa e la capacità di accumulare conoscenze e di innovare; afferma che una elevata rotazione dei lavoratori in entrata e in uscita dall'impresa penalizza lo sviluppo di nuove idee e dell'innovazione; documenta altresì che i dipendenti sono disposti ad accettare i rischi intrinseci ad una attività innovativa solo se si sentono sicuri della loro relazione occupazionale¹⁶.

Infine, le riforme al margine creano necessariamente una segmentazione fra lavori protetti e lavori non protetti, nonché fra i lavoratori che occupano

i posti protetti e non, soprattutto se la “porta d'ingresso” costituita dai lavori flessibili verso quelli protetti non funziona come ci si aspettava. La segmentazione dei mercati del lavoro è sempre stata una preoccupazione esplicita della Unione europea, anche prima della crisi. L'Ue evidenzia due strade possibili¹⁷: la riduzione delle tutele per tutti i lavoratori, accompagnata da forti ed inclusivi sistemi di welfare (il modello della *flexicurity*), oppure l'aumento delle tutele per chi ne è escluso. In Italia, gli interventi legislativi hanno ridotto la segmentazione riducendo le tutele per tutti i lavoratori, senza però che vi si sia accompagnato il richiesto contemporaneo rafforzamento del welfare¹⁸. Quindi la flessibilità di cui si parla tende a non configurarsi come *flexicurity*, bensì come precarietà occupazionale cui sono correlati disinvestimenti in formazione e perdita di professionalità specifiche¹⁹.

4. Due modelli di sviluppo

Due modelli di sviluppo sono possibili (per semplificare ed estremizzare il confronto): vogliamo competere sui costi o sulla qualità dei prodotti? Competere sui costi significa ridurre i costi di produzione e vendere a prezzi bassi. Non servono conoscenze diffuse, costosi investimenti in capitale umano generale o specifico d'impresa, innovazioni; servono produzioni su larga scala, mansioni parcellizzate. Ma servono anche mercati delle materie prime, dei fattori e dei beni intermedi competitivi, sui quali non pagare rendite. E' evidente che abbassare solo il costo del lavoro non è sufficiente se le imprese italiane devono pagare più dei loro concorrenti stranieri l'energia, i trasporti, i finanziamenti delle banche, per citarne solo alcuni. Competere sulla qualità dei prodotti invece significa puntare sulla capacità di innovare, sull'uso delle tecnologie più avanzate, sull'accumulazione delle conoscenze dei lavoratori.

15. Per rassegne si vedano N. Nayar e G. Willinger (2001), cit; De Graaf-Zijl M. (2006), cit..

16. Per rassegne si vedano J. Storey, P. Quintas, P. Taylor e W. Fowle (2002), *Flexible employment contracts and their implications for product and process innovation*, *The International Journal of Human Resource Management*; V. Hailey (2001), *Breaking the mould? Innovation as a strategy for corporate renewal*, *The International Journal of Human Resource Management*.

17. *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (2007), Varieties of flexicurity: Reflections on key elements of flexibility and security*, Dublin.

18. È vero che sia la legge Fornero che il *Jobs Act* ampliano la platea dei beneficiari dei sussidi di disoccupazione, ed il secondo aumenta un poco anche la generosità dei sussidi. Ma sussidi definiti in proporzione al salario e alla quantità di lavoro prestata evidentemente si riducono se si riducono i parametri sui quali si calcola l'ammontare e la durata della prestazione. Inoltre continuiamo a non avere nessuna tutela per i più poveri (nessuna forma di reddito minimo).

19. Il tema è discusso più in dettaglio in G. Cavaletto e L. Pacelli (2014), cit. Si veda anche M. Malgarini, M. Mancini e L. Pacelli (2012): *Temporary hires and innovative investments*, *Applied Economics*; F. Berton, M. Richiardi e S. Sacchi 2009, *Flexinsecurity*, Bologna, il Mulino; ISFOL (2007), *Investimenti in formazione e performance aziendali nelle strategie delle grandi imprese in Italia*, Roma, Isfol.

La politica dovrebbe scegliere quale modello di sviluppo è desiderabile, cioè desiderato dalla maggioranza dei cittadini se questi eleggono democraticamente chi li governa, e sostenerlo.

Dobbiamo quindi chiederci se politiche tese a ridurre i costi di licenziamento forniscano alle imprese incentivi desiderabili non solo dal punto di vista della singola impresa nel breve periodo (una riduzione dei costi) ma anche nel lungo periodo (in termini di capacità di competere, e su quali mercati) e poi dal punto di vista sociale, per la crescita del paese. Analizzando il legame fra le scelte delle imprese sul tipo di contratto (più o meno flessibile) con il quale impiegano la loro forza lavoro e sugli investimenti in capitale umano della loro forza lavoro - che sappiamo essere legati inescandibilmente a investimenti innovativi e alle attività di ricerca e sviluppo²⁰ si fa emergere se e quanto i costi di licenziamento modifichino o distorcano l'attività delle imprese per quanto riguarda l'investimento in capitale umano dei lavoratori.

In Cavaletto e Pacelli (2005) si mostra che «l'elemento dirimente è costituito dalla vocazione aziendale: propensione all'innovazione, investimenti in ricerca e sviluppo, forte capacità di essere competitivi con prodotti talvolta anche di nicchia ma esportabili sono caratteristiche delle imprese che decidono anche di investire in formazione in modo sistematico, che tendono alla fidelizzazione del lavoratore in quanto vero e proprio capitale per l'impresa al pari di quello economico e di conseguenza ad utilizzare contratti a tempo indeterminato. D'altra parte le imprese legate a modelli produttivi tradizionali, con rigida organizzazione, senza propensione all'innovazione sono quelle che si limitano a "usare strumentalmente" la forza lavoro, con effetti di demotivazione, elevato turnover negli organici ed utilizzo dei contratti a termine, limitata formazione affidata ai lavoratori più esperti nel ruolo ma senza un piano strutturato di intervento e valorizzazione delle conoscenze e competenze apprese».

Alla luce di queste evidenze possiamo immaginare quali siano le imprese che più verosimilmente traggono vantaggio da riforme come il *Jobs Act*. Inoltre, se i vantaggi non sono uniformi per tutte le imprese l'assetto competitivo fra imprese si modifica, premiando alcune imprese a detrimento di altre. Le leggi recenti in materia di lavoro (n.183/2010, n.148/2011, n.92/2012, e la legge delega n.183/2014 con i successivi decreti legislativi approvati o da approvare che costituiscono il *Jobs Act*) riducono le tutele della leg-

ge e degli accordi collettivi per i lavoratori. Il costo di questa diversa distribuzione del potere contrattuale fra le parti è costituito dalla rottura del patto di solidarietà fra datore di lavoro e lavoratore, patto che permette investimenti rischiosi e di medio-lungo periodo come quelli innovativi²¹. In assenza di una politica industriale, questa viene di fatto sostituita dalla politica del lavoro, ma il segno non pare quello più desiderabile per lo sviluppo del Paese. Infatti si incentivano le produzioni meno competitive a relativo discapito di chi innova e esporta e fornisce posti di lavoro di buona qualità.

Dobbiamo ricordare che l'Italia ha sempre percorso la prima via, quella che porta a competere sui costi. Infatti la nostra struttura produttiva è costituita in larga parte da imprese piccole e familiari, poco capaci di innovare (salvo eccezioni, ovviamente); si noti per inciso che non sono le soglie dimensionali nell'applicazione di più stringenti norme a protezione dell'impiego a disincentivarne la crescita²². Inoltre il sostegno alla ricerca di base è strutturalmente scarso e decrescente nel tempo. In passato si suppliva alla scarsa competitività nostrana con successive svalutazioni della lira. Per chi ricorda la retorica mediatica prevalente alla fine degli anni '90 (gli anni che preludevano al nostro ingresso nell'euro), questo era un tema importante: si diceva che non avremmo più potuto svalutare, ed avremmo quindi dovuto imboccare necessariamente la via virtuosa della maggiore produttività per rimanere sui mercati. Insomma, l'adesione all'euro era un modo per auto-imporci un comportamento "virtuoso". Ma questo non è accaduto, complici l'afflusso massiccio di denaro e la riduzione del servizio del debito dei primi anni 2000²³, che hanno sostenuto una economia rimasta stagnante.

Conclusioni

Rimane quindi la domanda: «perché seguiamo questo modello di sviluppo?» È un errore? Difficile sostenerlo. Ogni Paese è fatto di lavoratori, imprenditori, risparmiatori e debitori, non è monolitico. Ogni politica può difendere gli uni o gli altri, ovviamente, scegliendo chi paga e chi guadagna: il reddito reale (PIL) è stagnante o si riduce, ma la quota che va al capitale cresce e quella che va al lavoro si riduce; la quota che va ai più ricchi cresce marcatamente proprio

20. Storey *et al.* (2002), cit.

21. Storey *et al.* (2002), cit.; Hailey (2001), cit.

22. Il punto è discusso e dimostrato in A. Borgarello, P. Garibaldi e L. Pacelli (2004): *Employment Protection Legislation and the Size of Firms*, *Il Giornale degli Economisti*.

dagli anni '80²⁴; le politiche di austerità degli ultimi anni hanno difeso i creditori e i redditi da capitale²⁵. Il *Jobs Act* è coerente con questo processo, non ne è certamente l'unica determinante ma sta nel quadro della redistribuzione di potere e ricchezza fra classi sociali, come si diceva all'inizio.

Concludo con una citazione. «Il lavoro su cui si fonda la Repubblica non è, dunque, la forza-lavoro. È, invece, lo strumento di realizzazione della persona e di un'esistenza degna e dignitosa. Per riuscire nell'obiettivo, occorre, prima di tutto, riconoscere ai lavoratori un effettivo diritto al lavoro e, poi, dare loro le tutele giuridiche necessarie per lavorare in modo dignitoso, libero, e sicuro»²⁶. Così scrivono Carla Ponterio e Rita Sanlorenzo, in un passaggio che rimanda immediatamente al concetto di lavoro dignitoso (*decent work*); concetto che l'ILO promuove dal 1999 in

questo modo: «Il Lavoro dignitoso riassume le aspirazioni delle persone riguardo la propria vita lavorativa – le loro aspirazioni ad accedere ad un lavoro e ad una giusta retribuzione, a godere dei propri diritti, a poter esprimersi ed essere ascoltate, a beneficiare di una stabilità familiare e di uno sviluppo personale, a veder garantite giustizia ed uguaglianza di genere. Queste diverse dimensioni del Lavoro dignitoso rappresentano le fondamenta per una pace duratura nelle comunità e nella società»²⁷. Vi sono in questi passi due aspetti cruciali. Il primo aspetto è il binomio inscindibile fra *decent work* e democrazia, il secondo è il binomio egualmente inscindibile fra equità in campo economico e pace sociale. Il *Jobs Act*, completando il processo ventennale che ha riaffermato le ragioni del capitale su quelle del lavoro, mette (ulteriormente) a rischio, a mio parere, entrambi questi binomi.

23. Blith (2013): *Austerity, the History of a Dangerous Idea*, Oxford University Press.

24. Picketty (2013), cit..

25. Blith (2013), cit..

26. Carla Ponterio e Rita Sanlorenzo (2014): *E lo chiamano lavoro*, I Ricci, pagina 19.

27. <http://www.ilo.org/rome/ilo-cosa-fa/lavoro-dignitoso/lang--it/index.htm>, accesso del 14 giugno 2015; e D. Ghai (2003): *Decent work: Concept and indicators*, *International Labour Review*.

Le misure di *austerity* e la giurisprudenza “multilivello”. Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?

di Giuseppe Bronzini

Nonostante sia pacifico che la Carta dei diritti dell'Ue si applica ad ogni atto, anche nazionale, che è il prodotto di un'azione dell'Unione e dei suoi organi, la Corte di giustizia in una serie di decisioni “pilatesche” si è sinora rifiutata di esaminare nel merito le misure nazionali di *austerity*. Anzi in alcune sentenze sono state giudicate “proporzionate e necessarie” le durissime misure adottate da Grecia, Portogallo, Romania. Solo la Corte costituzionale portoghese in passato aveva giudicato iniqui e lesivi del contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali alcuni provvedimenti di risanamento del bilancio nazionale (inducendo così il Governo a reperire in altro modo i fondi per rispettare gli impegni europei). Con le recenti sentenze sul blocco dell'indicizzazione delle pensioni e del rinnovo dei contratti nel pubblico impiego la nostra Corte costituzionale sembra essersi allineata a quella portoghese. Tuttavia, l'azione dell'Unione che incide su diritti sociali fondamentali continua a necessitare di una verifica giurisdizionale “europea” che si saldi ed integri con i rimedi interni, se si vuole salvare il cosiddetto modello della “tutela multilivello”

«La Germania deve lo slancio della sua ascesa economica, di cui si alimenta tutt'ora, alla saggezza delle nazioni creditrici che nel 1954 le condonarono la metà dei suoi debiti»
Jürgen Habermas

«Quando sento i tedeschi dire che sono mossi solo dall'etica e che sono fermamente convinti che i debiti debbano essere pagati, penso: ma questa è una barzelletta. La Germania è esattamente il Paese che non ha mai onorato i suoi debiti»
Thomas Piketty

1. Premessa

Nel momento in cui si completa questo contributo, nonostante la chiusura per una settimana della borsa e delle banche in Grecia (sorvegliate dall'esercito), il razionamento del cibo, i consumi livellati d'autorità ai 60 euro che si possono prelevare dai bancomat e lo scarseggiare dei beni di prima necessità a cominciare dalla benzina o dei medicinali, il popolo dell'Ellade ha, con il 63,3% dei voti, appena espresso il proprio “*oxi*” alle ultime proposte dell'Europa per rinnovare il piano di aiuti. Scene che abbiamo già visto in Argentina o a Cipro, ma che questa

volta coinvolgono grandi metropoli europee come Atene, ove nacque la democrazia occidentale e ove – evidentemente – quel valore dimostra ancor oggi una particolare resistenza a ricatti e minacce. La contesa tra Ue e governo greco verte sulle misure di *austerity* così come già concordate a suo tempo con la Troika (termine che ora viene pudicamente sostituito con “istituzioni”); in questi ultimi giorni si insiste invece sul ruolo dei “creditori,” quasi a far intendere che alla fine si tratti di un normale dissidio civilistico) in cambio del “salvataggio dal “*default*”; si contesta il loro carattere iniquo ed alla fine dannoso anche al solo fine di ripagare gli aiuti concessi,

si sottolinea la poca trasparenza¹ dei meccanismi di “recovery”, attribuiti alla discrezionalità di organi “tecnici” che si sottraggono ad ogni responsabilità politica (salvo in parte - grazie alle nuove regole del Trattato di Lisbona - la Commissione). Si tratta di quel processo di “immunizzazione” delle scelte dell’Unione per gestire la crisi economica internazionale dai meccanismi di partecipazione democratica che Étienne Balibar ha definito «rivoluzione dall’alto»² e Jürgen Habermas «federalismo degli esecutivi»³; una sorta di “diritto dell’economia dell’emergenza” che schmittianamente si sottrae alle regole ordinarie europee. La situazione è ancora in pieno divenire e muta ogni momento, ma - comunque si concluda - si può certamente dire che la politica dei risanamenti dei bilanci pubblici dei Paesi in difficoltà a colpi di sacrifici e di tagli (su pensioni, stipendi, prestazioni sociali, servizi sociali etc. sino anche a provvedimenti di sterilizzazione – provvisoria - di libertà fondamentali come quelle alla contrattazione collettiva) ha condotto sino al punto di catastrofe quel processo di integrazione che si sviluppa dal 1957. Un economista progressista come Jean Paul Fitoussi si vede, così, costretto ad ammonire che «bisognava salvare l’idea di un continente che sino a pochi decenni fa era sconvolto ed oggi si trova a vivere in pace con una comune ambizione al progresso». L’integrazione europea nasce, sembra non superfluo continuare a ricordarlo proprio in questi momenti così drammatici, come una sperimentazione politico-istituzionale che vuole superare gli orrori del nazionalismo (e delle sue varianti più sanguinarie, il militarismo e il razzismo antisemita); la storia insanguinata dei confini tra Stati europei è la vera fonte per capire il successo che sino ad oggi è sembrato inarrestabile di una integrazione giuridica che - sin dall’inizio - ha cercato di declinare un’alternativa all’autodistruttività delle dinamiche di potenza degli Stati europei. Sono que-

ste *bitter experience* che spiegano in gran parte, come ha ricordato in un’amara riflessione sul voto in Francia del 2005 Christian Joerges, la forza di una *law after Auschwitz*⁴ che si adopera a «lavorare attraverso il passato» per aprire nuove possibilità per la coesistenza tra i cittadini del vecchio continente. Quel luogo che ha visto nascere lo stesso concetto di “sovranità” nazionale e ha conosciuto direttamente e con la massima intensità le conseguenze più aberranti di una nozione, costitutiva del cosiddetto *ius publicum europaeum*, e in sé matrice di inimicizia insanabile e di esclusione dei diversi, come quella di “popolo”. Bene questi fondamenti “moralì” del processo di integrazione sono stati logorati in poco più di un quinquennio nella gestione della crisi dell’euro con il varo di politiche impopolari e inefficaci nelle quali il volto dell’Europa si è trasformato in quello di un rude contabile, inflessibile non solo ad ogni considerazione di equità, ma persino a ragioni di efficienza economica. Ricorda ancora Fitoussi che «c’è una teoria economica di base che viene insegnata alle scuole medie che dice che quando hai un forte credito non ha senso accanirsi sul debitore per spillargli per intero quanto dovuto, perché così si finisce per ottenere niente»⁵. Le politiche di *austerity* hanno conosciuto in questi anni di crisi solo marginali ammorbidimenti, soprattutto dopo le ultime elezioni del Parlamento europeo con l’uscita di scena di Josè Manuel Barroso ed il formarsi di una coalizione tra PPE e socialdemocratici europei: una certa flessibilità è stata mantenuta verso l’Italia e, soprattutto la Francia, la quale però gode di attenzione “privilegiata” sin dal 2003, quando insieme alla Germania sfiorò platealmente i parametri sovranazionali e la proposta del Commissario Monti di procedere ad una procedura d’infrazione fu fermata. Nel suo complesso la metafisica influente la complessiva *governance* economica dell’Unione è rimasta la stessa: ridimensionare i bilanci pubblici

1. L’atto di accusa più radicale contro la legittimità delle “recovery measures” viene da Andreas Fischer Lescano, allievo (e spesso coautore) di Gunther Teubner: A. F. Lescano, *Competencies of the Troika. Legal limits of the institutions of the European Union*, in (a cura di I. Schoemann ed altri), *Economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Oxford, 2014 che insiste sul carattere obbligatorio della Carta in ordine a tutte le politiche che promanano direttamente o indirettamente dall’Unione.

2. E. Balibar, *A new Europe can only come from the bottom up*, in *Open democracy*, 6 maggio 2013.

3. J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012.

4. V. C. Joerges, *Working the rough bitter experiences towards Constitutionalism. A critique of the Disregard for History in European Constitutional theory*, EUI W.P. n. 14, 2005; l’Autore richiama noti passaggi adorniani ed in particolare T. W. Adorno, *The meaning of working through the past*, in T.W. Adorno, *Critical models. Intervention and catchword*, New York, Columbia University Press, 1998. V. anche i saggi adorniani raccolti in T.W. Adorno, *Contro l’antisemitismo*, Roma, Manifestolibri, 1994. Questa linea ricostruttiva della costruzione europea è, notoriamente, percorsa costantemente nei lavori di Joseph. W. Weiler e di Armin von Bogdandy (e in genere accolta dalla composita scuola del nuovo costituzionalismo europeo) nei quali si gioca il principio di tolleranza costituzionale, base del nuovo ordine sovranazionale europeo, contro quello di sovranità, proprio dello *ius publicum europaeum*.

5. J. P. Fitoussi, *Rischiamo il disastro; la Merkel poteva evitarlo se voleva salvare l’Ue*, in *Repubblica*, 1 Luglio, 2015.

attraverso risparmi il prima possibile ed ad ogni costo, anche dal punto di vista sociale. Invano economisti di fama mondiale tra cui alcuni premi Nobel hanno sottolineato come questa “cura” fosse del tutto irrazionale (e come l’istituzione della moneta comune necessariamente, per sopravvivere, dovesse completarsi con meccanismi che - almeno in parte - comportassero qualche forma di “solidarietà” tra gli Stati membri con conseguente “socializzazione” per lo meno di una quota dei deficit nazionali e la previsione di aiuti ed incentivi “sovrnazionali” a tutti gli Stati per crescere e svilupparsi. La situazione di dissesto di alcuni Paesi del sud Europa dipende certamente da errori commessi dai loro Governi (nel caso della Grecia vere e proprie truffe ai danni dell’Unione) ma anche dalla particolare fragilità dell’euro che non ha comportato, come era imprescindibile, il varo di un governo economico e sociale europeo lasciando le politiche economiche e sociali ancora (almeno nominalmente) in mano agli stati nazionali⁶. È infatti inconcepibile per questa linea critica delle politiche europee che “una moneta comune” non preveda modalità di intervento che favoriscano una convergenza tra le economie nazionali e quindi investimenti sovranazionali e qualche forma di trasferimento ai Paesi in difficoltà. Non sono bastati i moniti di Amartya Sen, di Joseph Stiglitz, di Paul Krugman, tutti premi Nobel per l’economia e di tantissimi altri economisti neokenesiani⁷; neppure l’avvertimento di Krugman già alla fine del 2009⁸ che se l’Europa non avesse riscoperto la strada della solidarietà verso i Paesi in difficoltà, si sarebbe aperto il varco verso il rafforzarsi di partiti europei xenofobi, populistici ed addirittura marcatamente fascisti, come abbiamo visto in questi anni di lugubri risultati elettorali in tantissime competizioni elettorali.

Lo spettro del ritorno alle dinamiche autoritarie degli anni ‘30, indotte questa volta da una cattiva gestione della crisi economica in chiave sovranazionale, non è riuscita a cambiare lo stato di cose se non con vaghissime promesse di un allentamento dell’*austerità*, ma non per i greci che di questa hanno pagato i prezzi più alti (caduta del Pil di oltre il 25%). Nessuna modifica si è riuscito nemmeno ad ipotizzare persino nella limitata prospettiva di una maggiore trasparenza dei meccanismi di gestione delle crisi: l’idea che le previsioni del *Fiscal compact* (Trattato internazionale) potessero - come previsto nello stesso Trattato - essere riportate nel quadro del diritto dell’Unione e che si potesse stabilire un controllo ed una verifica anche parlamentare sulle decisioni della Troika è rimasta inattuata: anzi il tanto atteso quanto deludente Report dei 4 Presidenti non offre alcuna soluzione credibile e nessun piano di interventi a breve. Inascoltato è stato anche il Parlamento europeo che è intervenuto con due Risoluzioni, la prima del 21.12.2013 sul «Potenziamento della dimensione sociale dell’Unione economica e monetaria», la seconda del 12.12.2013 sui «Problemi costituzionali di una *governance* a più livelli nell’Unione europea», che ha chiesto un radicale cambiamento di rotta e una democratizzazione del processo decisionale e gestionale dei provvedimenti anticrisi. Il Parlamento ha inoltre mosso severe critiche a quanto accaduto in questi ultimi 5 anni, sostenendo che le politiche di *austerità* e di rigore abbiano prodotto una compressione intollerabile dei livelli di prestazioni sociali. In questo modo (ha aggiunto il Parlamento) è rimasto compromesso il nucleo essenziale dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti dell’Unione europea e del diritto internazionale; si è allargato il tasso di inegua-

6. Di recente Joseph Stiglitz ha sottolineato come il termine “aiuti” sia davvero improprio visto che i fondi della Troika sono andati tutti a pagare i creditori (compreso lautissimi interessi), a cominciare dalle banche franco-tedesche: J. Stiglitz, *Europe’s Attack On Greek Democracy*, in www.socialeurope.eu.

7. Sul piano più ufficiale vanno ricordate le più recenti posizioni critiche sull’*austerità* del capo degli economisti (ora dimissionario) dello stesso Fondo monetario internazionale – Olivier Blanchard – e il molto citato studio – sempre a cura del Fondo – che dimostra come le previsioni generalmente accettate dell’impatto sul PIL interno delle misure di contenimento dei deficit pubblici fossero notevolmente errate per difetto: insomma la dimostrazione che la cura può essere più nociva dello stesso male. Sul tema cfr. da ultimo S. Caponetti, *The economic crisis and Employment*, W.P. Massimo D’Antona int. N. 121/2015; Kilpatrick, B. De Witte, *A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the eurozone*, *European Journal of social law*, n. 1-2- 2014; lo studio del Parlamento europeo del marzo del 2015, *Impact of the crisis on (social) fundamental rights in the EU*, in www.europeanrights.eu; per una ricostruzione generale delle politiche dell’Unione durante la crisi cfr. G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo o incubo? Come l’Europa potrà tornare ad essere democratica solidale e capace di difendersi dai mercati finanziari*, Fazi, 2014.

8. P. Krugman, *Come salvare l’Europa*, in *Internazionale* 28.1.2011 (in precedenza pubblicato sul New York Times Magazine). L’analisi di Krugman si tinge di nero in pochi mesi: in *Depression and democracy*, New York Times, dell’ 11.12.2011 l’insigne premio Nobel già afferma: «first of all the crisis of euro is killing the european dream. The shared currency, which was supposed to bind nations together, has instead created an atmosphere of bitter acrimony». Krugman vede ora solo politiche recessive che avvitano gli Stati europei in un destino di disoccupazione e privazioni che destabilizza i regimi politici, soprattutto quelli più fragili come l’Ungheria nella quale si sta rafforzando senza grandi contrasti, aiutato dall’ansia che monta di fronte ad una Unione che chiede solo *austerità* e sacrifici, un partito xenofobo di estrema destra.

glianza e si è incrinata la base del “modello sociale europeo”. In proposito va segnalato anche il Rapporto dell’Organizzazione internazionale del lavoro del 28.2.2014 “*The European Social Model in times of Economic Crisis and Austerity Policies*”. Una nuova Risoluzione del Parlamento europeo sull’operato della Troika del 13 marzo del 2014 ha infine stigmatizzato politiche che il relatore ha definito di «bassa macelleria sociale». Il Parlamento ha anche promosso vari studi sull’impatto delle politiche di *austerity* molto critici sull’accaduto.

Non desideriamo entrare nel dettaglio della crisi greca, ma solo sottolineare che questa crisi mette in primo piano la legittimità di provvedimenti che incidono su diritti sociali fondamentali ai danni della popolazione più povera. La rottura con la Troika è infatti avvenuta con il rifiuto del governo Tsipras di compensare gli aiuti concessi alla popolazione in difficoltà con spese di carattere umanitario con ulteriori tagli impopolari. Una delle ragioni che, però, ha portato a questa drammatica contrapposizione ci pare essere stata la sostanziale ineffettività della tutela in chiave europea di quei diritti sociali che pur appaiono consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (nota anche come Carta di Nizza) e nella Carta sociale europea (e come diremo anche in parte nella Cedu attraverso una giurisprudenza innovativa della Corte di Strasburgo). Di questo ci occuperemo per mostrare come dalle Corti europee sia mancato un contributo, come era legittimo aspettarsi, sui limiti che una politica di risanamento dei conti pubblici deve incontrare laddove incida sul nucleo essenziale di diritti sociali fondamentali di rilievo costituzionale (interno o sovranazionale).

2. La sacralizzazione del “margine di apprezzamento” nella giurisprudenza di Strasburgo

Premettiamo che per “misure di *austerity*” intendiamo unitariamente due tipi di provvedimenti che comunque mantengono una loro diversità pur nella comune dipendenza da scelte o indicazioni sovranazionali. Il primo è costituito da quelle misure che gli Stati adottano nel quadro “ufficiale” di un salvataggio effettuato su richiesta del Paese per evitare un *default*. Sino ad oggi Irlanda, Portogallo, Grecia, Cipro e Spagna (ma limitatamente alle sue banche). Le misure sono state adottate prima dal *European Financial Stability Facility* (EFSF) e poi dall’*European Financial Stability Mechanism* (EFSM) organismi varati dall’Unione nel pieno della crisi dell’euro, attraverso una interpretazione estensiva dei Trattati, ed oggi dal MES (Meccanismo europeo di stabilità),

creato da un Trattato internazionale (che si affianca al *Fiscal Compact*) come istituzione permanente. Le misure di salvataggio sono definite attraverso negoziati condotti dalla Troika (BCE, Commissione europea e Fondo monetario internazionale) che realizzano il principio della “condizionalità” degli aiuti alla definizione di un piano di rientro del Paese sui mercati e di normalizzazione del Paese in difficoltà. Pertanto queste misure sono definite e prestabilite in un *Memorandum of understanding* che, appunto, costituisce il “piano del salvataggio” che è certamente “europeo” ma che vede il concorso anche del Fondo monetario e quindi un elemento di “internazionalizzazione” degli aiuti. La Bce, dopo una prima operazione di aiuti ai Paesi periferici nell’acquisto di titoli pubblici (soprattutto BTP e Bonos), ha poi formalizzato un ulteriore programma di aiuti che si avvicina di molto alle prime misure previste dai Fondi europei di stabilità: il piano OMT (*Outright monetary transactions*) dell’estate del 2012 (recentemente avallato da un decisione della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale tedesco che ora dovrà decidere la questione) che – appunto - prevede un sostegno a Paesi in difficoltà che ne facciano formale richiesta sottoposto ad una rigida condizionalità, quindi attraverso modalità che obbligano gli Stati ad adottare provvedimenti pre-definiti di ridimensionamento dei bilanci pubblici. Questo tipo di interventi realizza, senza alcun dubbio, dal punto di vista sostanziale una parziale limitazione della “sovranità” dei Paesi sussidiati posto che gli stessi, rifiutando di adempiere agli obblighi concordati, rischiano di rimanere in balia della speculazione e, quindi, di fallire. Il secondo tipo riguarda, invece, le indicazioni che gli organi di Bruxelles rivolgono agli Stati nel quadro del coordinamento delle politiche economiche e monetarie previsto dai Trattati e rafforzato durante la crisi dell’euro sia con una serie di provvedimenti adottati nel quadro del diritto dell’Unione (con i cosiddetti *six pack* e *two pack*) sia con la predisposizione del «semestre europeo nel quale il controllo sull’operato degli Stati è divenuto preventivo e non successivo sulle varie finanziarie nazionali o addirittura al di fuori del quadro comunitario» con l’*Euro plus act* ed infine con il tanto discusso *Fiscal Compact* (che sono Trattati internazionali). In teoria qui gli organi della *governance* europea non dovrebbero dare indicazioni tassative e dettagliate agli Stati dovendo solo assicurare che gli stessi non violino le regole di bilancio europee e facciano quelle riforme che sono assolutamente necessarie all’equilibrio monetario ed economico dell’Unione nel suo complesso. In sostanza, astrattamente parlando. Il primo tipo di misure sono di *hard law*, mentre quest’ultime sono di *soft law* poiché rispettano un margine di

discrezionalità degli Stati, se non sui fini quantomeno sui mezzi. In realtà la sostanza delle cose è assai diversa perché Paesi che si trovano in situazione di emergenza economica non possono rischiare procedure di infrazione per *deficit* eccessivo e nemmeno sopportare una pressione eccessiva degli organi di Bruxelles che li mettono in una situazione ingestibile di fronte alla speculazione finanziaria. Inoltre le riforme compiute nel periodo 2010-2012 hanno reso il meccanismo di controllo sulle politiche economiche nazionali sempre più penetrante ed invasivo ed incentrato addirittura sulla valutazione delle dinamiche salariali del settore pubblico, le forme di contrattazione collettiva etc. Difficile, quindi, per Paesi non solidissimi economicamente resistere alle pressioni degli organi di Bruxelles che sono sempre più di merito, sino al dettaglio. Ricordiamo che la BCE nel 2011, prima di adottare il piano di acquisti di BTP già ricordato, mandò al Governo italiano la famosa lettera d'impegno che, peraltro, altro non era che la trascrizione delle Raccomandazioni della Commissione sul piano di riforme italiano. Esisteva una concreta possibilità di evadere le richieste avanzate tra cui quella ben nota di incrementare la flessibilità in uscita del nostro mercato del lavoro? Pertanto primo e secondo tipo di "misure di *austerità*" sembrano assomigliarsi sempre di più e pongono uno stesso meta-problema di legittimità: i provvedimenti di contenimento dei deficit statali sino a che punto possono incidere sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in articolare di quelli di natura sociale, senza compromettere quel modello di *welfare* europeo che il Trattato di Lisbona ha comunque sacralizzato con il riferimento all'«economia sociale di mercato»?

Dal punto di vista astratto la Corte di Strasburgo sembrava dover essere la sede privilegiata per valutare se le "*recovery measures*" o comunque i provvedimenti raccomandati dall'Unione nel quadro della *governance* economica e monetaria dei Trattati rispettino o meno i diritti umani (per lo meno il loro nucleo intangibile) posto che la Corte di Strasburgo eccede la dimensione regolativa dell'Unione e quindi sembrava poter essere in condizioni di autonomia e neutralità invidiabili rispetto a dinamiche così complesse e controverse come quelle affrontate per risolvere una questione che nessuno aveva previsto nel momento in cui con il Trattato di Maastricht si era varata una politica monetaria comune ed una "moneta senza stato" e cioè il possibile *default* di uno o più Paesi dell'eurozona. Naturalmente un ostacolo per questo ruolo, ma su questo aspetto torneremo a breve, deriva dal fatto che i diritti di natura sociale non hanno un riconoscimento esplicito nella Convenzione, ma da tempo la Corte aveva attratto tali prerogative nell'alveo protettivo dell'art. 1,

Protocollo n. 1, assimilandoli al diritto di proprietà. Queste attese sono però andate del tutto deluse. Per quanto riguarda il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani, con riferimento al Portogallo la Corte europea dei diritti umani (sentenza *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo*, dell'8.10.2013) ha giudicato legittime le misure di *austerità* con le quali era stata prevista per il 2012 una riduzione dei sussidi feriali e natalizi per i soli pensionati pubblici, riduzione già giudicata incostituzionale dalla Corte costituzionale portoghese, che, però, ne aveva salvato gli effetti per il 2012. La Corte di Strasburgo ha osservato che in tema di violazione di diritti pensionistici, lo Stato disponeva di un ampio margine di apprezzamento per valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla loro rideterminazione; questa, tuttavia, deve avere un fondamento ragionevole e salvaguardare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. L'essenza del diritto comunque non deve essere pregiudicata e va tenuta in conto anche la specifica natura della prestazione, apparendo inammissibile una privazione totale dei diritti che comporti la perdita dei mezzi di sussistenza. Nel caso in esame emergeva che tali misure erano state adottate in una situazione economica estrema, erano limitate nel tempo e comunque i tagli non incidevano sulla pensione-base. Pertanto la Corte ha concluso che era stato rispettato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico al risanamento del bilancio e quello alla protezione dei diritti fondamentali, così come già accertato in un caso simile, riguardante provvedimenti di *austerità* in Grecia (sentenza *Koufaki e Adedy c. Grecia* del 7.5.2013) e in uno riguardante la Romania (sentenza *Mihaies e Sentes c. Romania* del 6.12.2011). La decisione certamente lascia molto spazio al potere statale di ridefinire al ribasso le prestazioni sociali. Va però rilevato che non era stata dedotta la discriminazione per i tagli che avevano colpito i soli pensionati del settore pubblico, né problemi di retroattività degli interventi.

Queste decisioni, però, rappresentano una vera e propria "doccia scozzese" sulle speranze di una parte importante della dottrina *pro-labour* che confidava sul ricorso al diritto internazionale (in particolare alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed all'orientamento dello stesso Comitato economico-sociale del Consiglio d'Europa) per compensare la «frigidità sociale», per riprendere una celebre espressione di Federico Mancini, mostrata da numerose decisioni della Corte di giustizia, non solo con il famoso "*Laval quartet*" del 2007, ma anche nella più recente *Association de médiation social* del 15.1.2014 con la quale è stata negata l'applicabilità orizzontale dell'art. 27 della Carta dei diritti sul

diritto di informazione e consultazione nei luoghi di lavoro⁹. Senza dubbio le sentenze riflettono una notevole debolezza, in generale, della giurisprudenza di Strasburgo in materia sociale posto che, come detto, i diritti sociali per essere protetti devono essere “riconvertiti” in diritti civili e finiscono con l’acquisire una certa forza solo se sono connessi ad altri diritti come la non discriminazione o il diritto ad un giusto processo (sotto il profilo del divieto di retroattività della legge civile): il margine di apprezzamento dello Stato, fuori da queste ipotesi, è così talmente ampio da rendere la tutela fenomeno eccezionale e straordinario, in presenza di lesione dei trattamenti ad un minimo intollerabile. Ad esempio nel caso delle “pensioni svizzere” la Corte di Strasburgo nella prima sentenza *Maggio c. Italia* ha ritenuto legittima una riduzione delle pensioni di circa il 60% del trattamento spettante (pur essendo stato stigmatizzata la retroattività del provvedimento) mentre nella sentenza *Stefanetti c. Italia* la Corte ha condannato l’Italia per violazione anche dell’art. 1, del Protocollo n. 1, dopo aver accertato che la riduzione del livello delle pensioni era stata di circa l’80% e che, con tali tagli, le pensioni in godimento si erano avvicinate a quelle “minime”, pur in presenza di decenni di contributi per il lavoro prestato all’estero¹⁰.

3. Il non liquet della Corte di giustizia

Sebbene ad ogni semestrale Vertice sociale trilaterale (previsto dall’art. 152 TFUE) il sindacato europeo (Ces) non manchi mai di richiedere l’introduzio-

ne di una «clausola sociale europea»¹¹ questa clausola in realtà c’è già, per lo meno dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 1.12.2009: l’art. 9 del TFUE recita, infatti, «nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Si tratta di una sorta di generale e complessiva «clausola di non regresso sociale» di cui la dottrina non ha revocato in dubbio il carattere vincolante¹²; in ogni caso in alcuni Regolamenti, adottati nel quadro delle politiche di salvataggio dell’euro (*six pack* e *two pack*), l’art. 9 è significativamente richiamato, così come è stato richiamato in alcune conclusioni di Avvocati generali, a riprova che non si tratta di una mera norma di indirizzo e programmatica. Alla luce dell’art. 9 l’Unione, e per essa ogni suo organo (ivi comprese ovviamente la Bce e la Commissione), non potrebbero adottare o anche promuovere (visto che anche la funzione di coordinamento è prevista nei Trattati) provvedimenti che siano in tensione con la garanzia di una adeguata protezione sociale. Il termine “azioni” appare così generale da potersi applicare anche ai negoziati con i Paesi che richiedono aiuto finanziario o alle Raccomandazioni rivolte nel quadro del semestre europeo. In ogni caso va ricordato l’art. 51 della Carta di Nizza secondo il quale «le disposizioni della presente Carta di applicano alle istituzioni, organi ed organismi dell’unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell’at-

9. Questa correzione da parte del diritto internazionale, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia è sembrata una strada interessante soprattutto dopo la sentenza *Demir c. Turchia* del 2008 in materia di sciopero e di diritto alla contrattazione collettiva di Strasburgo molto più permissiva dei noti arresti *Viking* e *Laval* del 2007 della Corte del Lussemburgo. Cfr. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, p. 970. Cfr. anche S. Sciarra, *L’Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013 che sottolinea le linee divergenti in materia di sciopero e libertà sindacali tra Corte di giustizia, Corte Edu e Comitato ILO. La recente sentenza *R.M.T. v. Regno Unito* dell’8.4.2014, pur adottata con numerose opinioni dissenzienti, che ha negato la tutela dell’art. 11 della Cedu ad uno sciopero di solidarietà (nel quale vengono esaminati anche gli articoli 12 e 28 della Carta di Nizza) appare obiettivamente ridimensionare la valenza garantista del più recente orientamento della Corte di Strasburgo nella materia. Su tale ultima decisione cfr. V. De Stefano, *Cedu, Corte di Strasburgo e sciopero della solidarietà: qualche conferma e molte questioni aperte*, in RGL n. 2/2014.

10. Per una critica della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia sociale rinvio al mio, *Rapporto di lavoro diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, W.P. n. 188/2015 Massimo D’Antona, ed al mio e-book, *Limiti alla retroattività delle legge civile*, Arance, 2015. Sul ruolo di Strasburgo in materia sociale cfr., L. TRIA, *La Corte europea e i diritti socio-economici in AA.VV. La CEDU e il ruolo delle Corti* (a cura di P. Gianniti), Bologna, 2015, 1605 e ss..

11. A questa rivendicazione di recente si è aggiunta quella, più innovativa e pertinente, di un *social compact* che definisca un insieme di protezioni sociali che l’Unione dovrebbe perseguire necessariamente non solo come limite alle politiche di *austerity* ma come obiettivi dell’Unione.

12. Cfr. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in (a cura di F. Bassanini e G. Tiberi); *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2009; cfr. anche la bellissima e completissima ricostruzione dell’impatto delle *recovery measures* sui diritti sociali fondamentali di Pasquale Chieco, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Congresso Aidlass 2015, reperibile nel sito dell’Aidlass.

tuazione del diritto dell'Unione». Posto che la Carta offre un elenco completo di diritti sociali e del lavoro ci si era aspettati che le misure concordate dagli Stati con organi europei come sono la Bce e la Commissione potessero cadere, comunque, nel "cono d'ombra" del diritto europeo (e quindi potessero essere vagliate alla luce della Carta di Nizza) visto che i salvataggi di Grecia, Portogallo, Spagna ed Irlanda non sono avvenuti secondo le norme del MES e del *Fiscal Compact* (che sono Trattati internazionali) ma secondo le disposizioni previgenti dei Fondi EFSF e EFSN, adottati nel quadro dei Trattati (sia pure con qualche forzatura interpretativa). Ma così disgraziatamente non è stato. Nella sentenza *Pringle*(C-370/2012) del 27.11.2012 la Corte di giustizia non ha accolto le riserve del sig. Thomas Pringle, parlamentare irlandese che allegava che il Trattato internazionale del 2012 sul MES (Meccanismo europeo di stabilità) violasse il diritto dell'Unione, i suoi principi generali e che fosse contrario ad alcune norme della Carta dei diritti dell'Ue, come l'art. 47 sul diritto a un ricorso effettivo. In una lunghissima e molto complessa decisione la Corte ha affermato che i Trattati Ue non proibiscono ai singoli Stati di stipulare altri accordi di diritto internazionale, a condizione che questi non siano contrari al diritto dell'Unione. Questa contrarietà non può neppure ipotizzarsi, perché salvare l'euro, e salvaguardare la stabilità monetaria nell'area che lo ha scelto come moneta comune, sono obiettivi dello stesso Trattato di Lisbona. Tuttavia la Carta dei diritti è inapplicabile, mancando il nesso tra le misure eventualmente adottate alla luce del Trattato internazionale sul MES ed il diritto dell'Unione, che resta estraneo a quell'accordo internazionale. Il sistema così delineato appare fortemente irrazionale, perché i provvedimenti che vengono adottati dal MES sono diretti a salvaguardare un istituto come l'euro che è proprio dell'Unione e sono implementati anche da un organismo come la Commissione che fa parte delle istituzioni dell'Unione. Sostenere che scelte del genere non siano sindacabili alla luce della Carta dei diritti, in quanto non rientranti nel campo del diritto dell'Unione, sembra ridimensionare di molto il ruolo, attribuito alla Carta, di parametro di legittimità sostanziale per l'intera azione dell'Unione. Il 7 marzo 2013 la Corte di Giustizia (con l'ordinanza *Sindicatos Bancarios do Norte*, C-128/2012) ha affermato di non poter giudicare se le misure di *austerità* adottate dal Portogallo fossero in contrasto con la Carta di Nizza perché «non emergevano in concreto elementi»

per ritenere che la legge portoghese, colpendo esclusivamente i salari e le pensioni dei dipendenti pubblici, intendesse attuare il diritto europeo¹³. Ancora quindi una decisione di incompetenza, che però lascia salva una possibilità di intervento della Corte a seguito di un rinvio pregiudiziale più articolato e più motivato da parte dei Giudici di merito (sono infatti pendenti altre ordinanze pregiudiziale di contenuto analogo provenienti dai Giudici portoghesi). Ora la sentenza *Pringle* certamente costituisce un brutto precedente per l'avvenire: se avverranno salvataggi attraverso il MES (che ha sostituito i precedenti Fondi di salvataggio) le misure "condizionali" previste non saranno scrutinabili sotto il profilo della violazione del nucleo essenziale dei diritti della Carta (art. 52 della stessa Carta). La soluzione adottata dalla Corte è apparsa in genere molto "formalistica" posto che la stessa sentenza, come abbiamo già detto, si affanna a dimostrare che i due Trattati internazionali non violano il diritto dell'Unione visto che sono assolutamente necessari a salvaguardare una istituzione della stessa Unione come l'euro (che non è una istituzione dei 19 Paesi che in concreto l'adottano, ma "comune"). Inoltre i due Trattati (il *Fiscal compact* e quello sul MES) attribuiscono poteri decisivi proprio agli organi "di tipo quasi-federale" dell'Unione; BCE, Corte di giustizia e Commissione. La questione potrebbe, comunque mutare, se i due Trattati fossero ricondotti nell'alveo istituzionale dell'Unione, ma il recente Rapporto dei 4 Presidenti sulle riforme della *governance* europea lascia intendere che il cammino è ancora molto lungo e tortuoso. Ancora più discutibile è la seconda decisione sul Portogallo visto che le misure sindacate alla luce della Carta erano state già sottoscritte nero su bianco con la Troika (formata per due terzi da organi dell'Unione) nel quadro di un salvataggio richiesto da un paese membro ad un Fondo creato alla luce dei Trattati. Il nesso, per lo meno indiretto, con le politiche e le istituzioni europee sembra difficilmente contestabile¹⁴. Certamente ci troviamo di fronte ad una sorta di «colpo di stato sovranazionale» (per dirla con Balibar) in quanto misure che sono richieste da organi dell'Unione per salvare una istituzione comune dell'Unione sfuggono, così, al controllo parlamentare (non avendo il PE alcun ruolo) ed anche a quello giudiziario. In questo caso la Carta di Nizza (che invece su grandi temi come la tutela della *privacy*, i diritti degli immigrati, la tutela antidiscriminatoria, il diritto ad un giusto processo anche nei confronti di provvedimenti adot-

13. Sulle decisioni di competenza della Corte di giustizia in ordine alla Carta cfr. il mio, *Rapporto di lavoro...* cit.; nonché sui primi anni di applicazione della Carta, G. Bronzini, *Il Pluslavore giuridico della Carta di Nizza*, in (a cura di R. Cosio e R. Foglia), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, 2013.

14. S. Borelli, *Corte Edu versus Troika. Cronaca di una sconfitta annunciata oppure no?*, in RGL n.2/2014.

tati dall'ONU etc. ha portato ad una coraggiosa ed innovativa giurisprudenza) diventa inefficace, proprio in relazione a provvedimenti di matrice *latu sensu* sovranazionale, decisivi per le condizioni materiali di vita di intere popolazioni. Ancora meno sindacabili, alla luce del rispetto della Carta di Nizza, appaiono provvedimenti "raccomandati" "agli Stati in difficoltà (anche se non ancora costretti a chiedere aiuto) nel quadro del coordinamento delle politiche economiche e monetarie. Qui sembra davvero arduo dimostrare che lo Stato è stato costretto ad adottare proprio un certo provvedimento che finisce per ridurre il "nucleo intangibile" di un diritto sociale fondamentale protetto dalla Carta. Non essendo il Paese ancora in situazione di virtuale *default* mantiene quel margine di discrezionalità che fa apparire ancora come "proprie" decisioni anche difficili ed impopolari. Sappiamo però che anche in questo caso si tratta di considerazioni che colgono solo l'aspetto "formale" della questione; se - come si dice oggi - si acconsente ad una certa flessibilità nelle regole europee (che permette di evitare di avvitarsi nella recessione) in cambio delle cosiddette riforme, quest'ultime sono sempre più di fatto valutate nel merito e scelte, in sostanza, a livello sovranazionale. Il caso dei licenziamenti per l'Italia lumeggia bene la situazione. Ha correttamente sottolineato Stefano Rodotà (*La Repubblica*, 9 gennaio 2014): «quel che sta accadendo nell'Unione europea è appunto una decostituzionalizzazione. Il suo sistema è stato amputato dalla Carta dei diritti fondamentali, del suo *Bill of rights*, che pure com'è scritto nell'art. 6 del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati». E più avanti: «l'orizzonte è mutato, l'Unione agisce come se la Carta non vi fosse, nega ai cittadini il valore aggiunto ad essa affidato proprio per acquisire legittimità attraverso la loro adesione e muta i cittadini da attori del processo europeo in puri spettatori impotenti e sfiduciati di fronte all'arrivo da Bruxelles di imposizione di sacrifici e non di garanzie dei diritti».

4. La tutela interna. Qualcosa si muove?

In generale le Corti superiori nazionali hanno avallato le misure impopolari di ridimensionamento dei deficit pubblici attraverso tagli alle spese sociali (pensioni, stipendi dei dipendenti pubblici, servizi, aiuti agli affitti, blocco della contrattazione collettiva in ambito pubblico, contrazione della gratuità dei servizi sanitari etc.) La parola d'ordine di matrice europea del "rigore" (spesso connotato in senso morale

alla luce della nota osservazione di Friedrich Nietzsche in *Genealogia della morale* per cui in tedesco *debito* e *colpa* hanno la stessa radice) è stata, per dirla con Dworkin, la *trumping card* (carta vincente) per il ridimensionamento del *welfare* europeo e degli stessi poteri dei sindacati che pur, all'inizio del nuovo millennio, la Commissione guidata da Romano Prodi aveva individuato come un motore della costituzionalizzazione dell'Unione attraverso il cosiddetto dialogo sociale europeo. Ha fatto ben presto eccezione a questa "cedevolezza" agli imperativi sovranazionali la Corte costituzionale portoghese che con una serie di decisioni (la più nota è la sentenza n. 187/2013 del 5.4.2013 sui tagli stipendiali ai dipendenti pubblici) ha sanzionato l'illegittimità di alcune misure di austerità adottate nel contesto delle politiche di salvataggio del Paese, ma in riferimento a valori e principi costituzionali interni. La Corte portoghese ha precisato che «le norme adottate o che devono essere adottate dal legislatore nazionale al fine di perseguire gli obiettivi sopra citati si devono conformare alle norme dell'Unione europea, (ciò) non ha conseguenze riguardo all'applicazione delle disposizioni costituzionali. Al contrario, in un sistema costituzionale multi-livello nel quale si integrano i vari ordinamenti giuridici, le norme interne devono necessariamente conformarsi alla Costituzione. Inoltre proprio il diritto dell'Unione europea rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, riflessa nelle strutture politiche e costituzionali di ciascuno di essi»¹⁵. In alcuni casi la Corte ha poi modulato gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità per non compromettere il piano di risanamento; il Governo ha poi scelto alti mezzi per raggiungere gli obiettivi di risparmio concordati con la Troika.

Eccece dai compiti di questo intervento la ricostruzione dell'atteggiamento della nostra Corte costituzionale nel periodo 2010-2015 in ordine alle legittimità delle varie misure di abbassamento del livello di protezione sociale che l'Italia ha adottato per rispondere all'esigenze di rigore sollecitate dagli organi di Bruxelles e, sino a poco tempo fa, anche per uscire da una procedura di infrazione per deficit eccessivo. Certamente è assai diffusa la convinzione che la nostra Corte non abbia svolto in questi anni un ruolo analogo a quello della Corte portoghese assumendo i vincoli europei non solo come assegnazione di obiettivi e di fini, ma anche come costrizione alla scelta dei mezzi per raggiungerli. In altre parole, posto che effettivamente il nostro Paese ha un deficit astronomico e nel lungo periodo insostenibile, questa circostanza automaticamente non è una ragione per cui si possa compromettere il nu-

15. Cfr. sulla vicenda S. Borelli, *Corte Edu...*, cit. e P. Chieco, *Crisi economica...*, cit..

cleo essenziale di diritti sociali protetti in Costituzione, soprattutto senza neppure allegare e provare che sia l'unica strada percorribile. Le esigenze finanziarie e di bilancio altrimenti diventano - come hanno sottolineato insigni costituzionalisti come Gustavo Zagrebelsky commentando il "messaggio" della sentenza n. 70/2015 alla quale accenneremo brevemente - un lasciapassare per politiche inique ed impopolari e si eleva l'art. 81 della Costituzione ad una sorta di "super-norma" ordinante tutte le altre disposizioni della Carta fondamentale del 48¹⁶. Un esempio di questa arrendevolezza costituzionale a quella che Alain Supiot ha recentemente chiamato la "gouvernance par les nombres"¹⁷ è la sentenza n. 310/213 (sul blocco degli stipendi dei professori universitari): la Corte sottolinea «con particolare riferimento poi alla ragionevolezza dello sviluppo temporale delle misure, non ci si può esimere dal considerare l'evoluzione che è intervenuta nel complessivo quadro, giuridico-economico, nazionale ed europeo». La recente riforma dell'art. 81 Cost., a cui ha dato attuazione la legge 24 dicembre 2012, n. 243 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione), con l'introduzione, tra l'altro, di regole sulla spesa, e dell'art. 97, primo comma, Cost., rispettivamente ad opera degli artt. 1 e 2 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), ma ancor prima il nuovo primo comma dell'art. 119 Cost., pongono l'accento sul rispetto dell'equilibrio dei bilanci da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in ragione del più ampio contesto economico europeo. Non è senza significato che la direttiva 8 novembre 2011, n. 2011/85/UE (Direttiva del Consiglio relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri), evidenzia come «la maggior parte delle misure finanziarie hanno implicazioni sul bilancio che vanno oltre il ciclo di bilancio annuale» e che «una prospettiva annuale non costituisce pertanto una base adeguata per politiche di bilancio solide», tenuto conto che, come prospettato anche dalla difesa dello Stato, vi è l'esigenza che misure strutturali di risparmio di spesa non prescindano dalle politiche economiche europee. Ebbene, il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, attraverso cui può attuarsi una politica di riequilibrio del bilancio, implicano sacrifici gravosi, quali quelli in esame, che trovano giustificazione nella situazione

di crisi economica. In particolare, in ragione delle necessarie attuali prospettive pluriennali del ciclo di bilancio, tali sacrifici non possono non interessare periodi, certo definiti, ma più lunghi rispetto a quelli presi in considerazione dalle richiamate sentenze di questa Corte, pronunciate con riguardo alla manovra economica del 1992. Le norme impugnate, dunque, superano il vaglio di ragionevolezza, in quanto mirate ad un risparmio di spesa che opera riguardo a tutto il comparto del pubblico impiego, in una dimensione solidaristica - sia pure con le differenziazioni rese necessarie dai diversi statuti professionali delle categorie che vi appartengono - e per un periodo di tempo limitato, che comprende più anni in considerazione della programmazione pluriennale delle politiche di bilancio. Ancora nella più recente sentenza n.10/2015 con la quale si sono dichiarate incostituzionali le norme sulla cosiddetta *Robin tax* ma si è spostata per considerazioni legate alla tenuta dei conti pubblici l'efficacia della sentenza al momento della sua pubblicazione, si è affermato: «ciò chiarito in ordine al potere della Corte di regolare gli effetti delle proprie decisioni e ai relativi limiti, deve osservarsi che, nella specie, l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.. Come questa Corte ha affermato già con la sentenza n. 260 del 1990, tale principio esige una gradualità nell'attuazione dei valori costituzionali che imponga rilevanti oneri a carico del bilancio statale. Ciò vale a fortiori dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che ha riaffermato il necessario rispetto dei principi di equilibrio del bilancio e di sostenibilità del debito pubblico (sentenza n. 88 del 2014). L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime. Per-

16. Sul punto cfr. S. Giubboni, *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*; A. Lo Faro, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*; ; D. Tega, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, tutti in DLRI, n. 2/2014.

17. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

tanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost. ». Non vogliamo entrare nel merito del sinistro richiamo a Carl Schmitt (tirannia dei valori) in un'affermazione precedente per la quale «il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare una tutela sistemica e non frazionata (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»: per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sentenza n. 85 del 2013). Tali affermazioni meriterebbero una attenta riflessione anche alla luce delle recenti critiche mosse da Luigi Ferrajoli ad una cultura esaltatrice del "bilanciamento" che finisce per far perdere di prescrittività alla formulazione dei diritti fondamentali in Costituzione e per attentare alle stesse regole di partecipazione democratica¹⁸. Ci sembra però che la posticipazione degli effetti della decisione al momento della sua pubblicazione non sia, comunque, adeguatamente motivata in quanto si parla di un pericolo di squilibrio nei conti dello Stato in nulla valutato e contabilizzato, che – quindi – rimane un mero espediente argomentativo; se i nostri supremi "custodi della Costituzione" devono diventare davvero dei ragionieri, allora manca la motivazione di natura contabile. Tuttavia con la sentenza n. 70/2015 questo tipo di orientamento sembra essersi invertito: nella decisione, che ha sollevato aspre polemiche soprattutto nei media, si sono dichiarate incostituzionali le norme adottate dal

Governo di solidarietà nazionale presieduto da Mario Monti di blocco delle indicizzazioni delle pensioni eccedenti tre volte la pensione sociale per due anni e senza recuperi nel futuro. Come ha recentemente sottolineato Stefano Giubboni «l'importanza della sentenza della Corte va colta essenzialmente nel fatto che essa riafferma con forza lo statuto costituzionale, con le connesse garanzie, dei diritti sociali di prestazione, ancorandolo ai principi di eguaglianza sostanziale e solidarietà (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.), contro la tendenza ad assegnare, negli esercizi di bilanciamento, una sorta di pregiudiziale prevalenza gerarchica al principio dell'equilibrio di bilancio, che pure è stato certamente rafforzato dalla recente riforma dell'art. 81 Cost. Non a caso i critici di tale decisione ne sottolineano la incompatibilità con il percorso argomentativo che ha sorretto la non meno discussa sentenza n. 10 del 2015 sulla cd. *Robin Tax*, nella quale il principio dell'equilibrio di bilancio, inteso rigorosamente come tendenziale pareggio strutturale tra entrate e spese dello Stato, ha addirittura indotto la Corte a derogare alla regola processuale della efficacia naturalmente retroattiva della pronuncia di incostituzionalità della legge, con conseguente integrale sacrificio, quantomeno per il pregresso, dei diritti patrimoniali dei contribuenti assoggettati alla imposta dichiarata illegittima¹⁹. In estrema sintesi ci sembrano cruciali due passaggi motivazionali della sentenza; quello in cui la Corte (punto n. 10 della motivazione) afferma: «la disposizione concernente l'azzeramento del meccanismo perequativo, contenuta nel comma 24 dell'art. 25 del d.l. 201 del 2011, come convertito, si limita a richiamare genericamente la «contingente situazione finanziaria», senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011, n. 214), non è dato riscontrare alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante "Legge di contabilità e finanza pubblica" (sentenza n. 26 del 2013, che interpreta il citato art. 17 quale «puntuallizzazione tecnica» dell'art. 81 Cost.)». La Corte costituzionale evidenzia come il richiamo ai conti pubblici non possa essere generico, ma debba mostrare il nesso tra l'intervento ablativo e il ricavo atteso nel

18. Per una recente, vigorosa, critica alle teorie del bilanciamento ritenute poco compatibili con il principio democratico cfr. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con M. Barberis*, Il Mulino, 2013 e dello stesso Autore, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013.

19. S. Giubboni, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in *Etica ed economia* n. 23/2015. Sulle due decisioni, la n. 10 e la n. 70 sono già apparsi decine di commenti. Per ragione di spazio rinviamo a quelli uscite su *Forum costituzionale*, su *Federalismi* e sulla rivista dell'AIC.

rispetto dei principi di equità e proporzionalità ed anche del carattere d'urgenza dell'intervento. Il secondo passaggio da sottolineare è quello in cui la Corte ribadisce (punto 8 della motivazione) che «Il legislatore, sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali deve dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona (sentenza n. 316 del 2010). Per scongiurare il verificarsi di un non sopportabile scostamento fra l'andamento delle pensioni e delle retribuzioni, il legislatore non può eludere il limite della ragionevolezza (sentenza n. 226 del 1993)». Nella sentenza n. 316/2015 la Corte, pur valutando la costituzionalità del blocco della rivalutazione delle pensioni oltre le otto volte le pensioni minime stante l'eccezionalità dell'intervento, la durata per un solo anno e l'importo piuttosto elevato delle pensioni coinvolte (otto volte la minima), aveva già rivolto al legislatore un severo monito per cui la frequente reiterazione di misure intese a paralizzare il meccanismo di indicizzazione avrebbe esposto «il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità» poiché risulterebbe incrinata la principale finalità di tutela, insita nel meccanismo delle perequazione, quella che prevede una difesa modulare del potere d'acquisto delle pensioni. Pertanto, a ben guardare, l'incostituzionalità dichiarata era già implicita nei principi espressi nel 2010 dalla Corte le cui indicazioni reiterando il blocco, per ben due anni, senza meccanismi di recupero ed estendendolo a pensioni molto basse come quelle sino a tre volte la pensione minima INPS, il legislatore ha voluto ignorare. Nel momento in cui si scrive non è stata resa ancora pubblica la motivazione della decisione con cui la Corte ha dichiarato illegittimo il blocco della contrattazione nel settore pubblico (posticipando gli effetti della decisione al momento della pubblicazione della sentenza), altra misura giustificata per comprimere il deficit eccessivo italiano (e quindi per venire incontro alle Raccomandazioni di Bruxelles). Dalla sentenza n. 70/2015 della nostra Corte delle leggi ed anche dalle sentenze prima ricordate di quella portoghese emerge, pertanto, un anelito a ritrovare una integrità costituzionale nelle politiche sociali, anche di quelle adottate su impulso o costrizione sovranazionale, nel rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in particolare dei ceti meno abbienti (come richiesto peraltro dall'art. 52 della Carta di Nizza), che non possono essere compressi oltre determinati limiti, anche di natura temporale. Ricordano peraltro anche una nota pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 2.10.2010 (*Hartz IV*) con la quale si afferma che il diritto fondamentale

alla garanzia di un minimo di sussistenza (reddito minimo garantito) deriva dalla nozione di dignità umana fissata all'art. 1 della Costituzione tedesca in correlazione con il principio dello stato sociale (art. 20) ed implica che a ciascuno siano garantite le condizioni materiali che sono indispensabili per l'esistenza psichica della persona e per un minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica. Il principio del rispetto, aggiunge la Corte, della dignità di ogni individuo ha carattere assoluto e non può essere compromesso per ragioni di bilancio o di contenimento delle spese sociali; il Governo deve quindi dimostrare di avere soddisfatto questa pretesa attraverso procedure effettive e trasparenti. Si tratta di un sacro principio che proprio i governanti di quel paese mostrano di ignorare quando assegnano i "compiti a casa" per gli altri Stati.

5. Quali prospettive?

Una pressione garantista delle Corti costituzionali nazionali è certamente preziosa per far uscire l'Unione dal guado dell'*austerità* e forse anche per correggere l'attuale orientamento delle due Corti europee; tuttavia il fatto che le politiche inique ed irrazionali dell'Unione abbiano sino ad oggi trovato una parziale risposta nelle decisioni di alcune Corti nazionali crea una asimmetria evidente nel sistema di tutela cosiddetto multilivello in quanto la risposta giudiziaria si attua non allo stesso livello in cui vengono in pratica attivate le politiche che originano la lesione dei diritti, secondo una valutazione interna e limitata quindi al Paese coinvolto. Scopo dell'approvazione di un *Bill of rights* europeo era proprio quello di mantenere una congruità tra l'azione dell'Unione e la sua sindacabilità giudiziaria, con effetti potenzialmente utili per tutti i cittadini europei. Si crea peraltro il pericolo di una frattura tra giurisprudenza interna, convenzionale e sovranazionale posto che, allo stato, ciascuna viaggia su traiettorie proprie. Si rende quindi assolutamente necessario che si compiano quelle riforme istituzionali che consentano il rientro dei meccanismi della *governance* economica dell'Unione nell'alveo del diritto comunitario, che si conferisca ai meccanismi di condizionalità una maggiore trasparenza e li si vincolino più strettamente al rispetto dei *fundamental social rights* protetti dalla Carta di Nizza onde consentire a monte il controllo del Parlamento europeo ed a valle il sindacato della Corte di giustizia. Andrebbero peraltro considerati più sul serio le proposte di conferire una maggiore forza obbligatoria alle norme della Carta sociale europea, magari con l'adesione ad essa dell'Unione (che non creerebbe quei problemi che invece crea l'adesione dell'unione alla Cedu visto che sulla Carta sociale

la Corte di Strasburgo non vanta alcun monopolio decisionale). Nel medio periodo certamente è necessario, però, ben altro; un decisivo passo in avanti nella troppo lenta costruzione del capitolo sociale europeo, di nuove direttive sui trattamenti minimi comuni, di una piena assunzione di responsabilità dell'Unione su temi come la tutela contro la disoccupazione, un salario minimo ed un reddito minimo a livello continentale – pur promessi nella campagna elettorale per il rinnovo del Parlamento europeo dagli attuali Presidenti della Commissione europea e

del Parlamento europeo. Insomma la costruzione di un autentico *welfare* europeo, finanziato dall'Unione almeno in parte con risorse proprie, che abbia come destinatari tutti i cittadini (ed i residenti stabili) del vecchio continente, si da eliminare in radice la distinzione tra cittadini dei Paesi periferici (che debbono subire i tagli nella spesa pubblica) e dei Paesi virtuosi (che possono invece essere garantiti nella pienezza dei loro diritti)²⁰. Un vero federalismo sociale, in conclusione, come quello già auspicato nel Manifesto di Ventotene ²¹.

20. Per questa prospettiva Cfr. G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo...*, cit..

21. Cfr. G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), *Un manifesto per il futuro*, Manifestolibri, 2014.

Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi *

di *Alessandra Albanese*

Il modello sociale delineato dalla Costituzione ha faticato molto a realizzarsi, tra interpretazioni riduttive e inerzia legislativa; la dimensione soggettiva dei diritti sociali, pur chiaramente scritta nel testo della Carta, ha potuto affermarsi soprattutto grazie al ruolo propulsivo della Corte costituzionale e della giurisprudenza.

I vincoli di bilancio e la crisi economica hanno rimesso duramente in discussione il livello di protezione raggiunto dai diritti sociali, riducendone significativamente la consistenza e orientando le tutele sociali sempre più verso la monetizzazione dei bisogni, piuttosto che verso la loro “presa in carico”. Il difficile rapporto fra Stato e Regioni amplifica il problema, aumentando le disuguaglianze territoriali.

La domanda su quale sia il limite costituzionale alla comprimibilità dei diritti sociali si pone con forza crescente e, ancora una volta, la risposta viene dalla giurisprudenza, che fa assumere alla Costituzione (almeno) una funzione difensiva.

1. Il modello sociale nei principi costituzionali

1.1. Le prime interpretazioni delle norme costituzionali: la teoria della funzione oggettiva delle norme sui diritti sociali

Nella nostra Carta costituzionale manca una affermazione esplicita che qualifica la forma di Stato

come “sociale”, come fa ad esempio il *Grundgesetz* tedesco. Ancorché l'utilità e la giuridicità di tale nozione sia stata a lungo dibattuta¹, si può tuttavia dare per assunto che la nostra Costituzione delinei una forma di Stato decisamente diversa dallo Stato liberale precedente al fascismo e che l'aggettivo “sociale” valga a connotarla anche giuridicamente².

Né peraltro vi è dubbio sul fatto che il fondamento del modello di Stato sociale sia contenuto nella

* Il testo sviluppa l'intervento svolto al seminario su “ *Comparison between German and Italian Models of Welfare State*, organizzato nell'ambito del Dottorato di ricerca in scienze giuridiche dell'Università di Firenze, in collaborazione con il Programma di ricerca di interesse nazionale (PRIN) *Istituzioni democratiche e pubbliche amministrazioni in Europa: coesione e innovazione in tempo di crisi economica*, in preparazione del workshop su *Welfare Reforms Around Europe: Towards the End of the European Social Model?*, <http://www.socialrights.co.uk/>.

1. Tanto che M.S. Giannini ancora alla fine degli anni 70 non esitava a definire “inutile” la nozione di Stato sociale in quanto meramente politica o “morfologica”: cfr. M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, p. 141.

2. S. Fois, *Analisi delle problematiche fondamentali dello “Stato sociale”*, in *Diritto e Società*, 1999, 163; F. Rimoli, *Stato sociale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2004, XX.

norma che è considerata, proprio per questo, come architrave del nostro sistema costituzionale, l'art. 3, II comma, che introduce il principio di uguaglianza sostanziale, affidando alla Repubblica il compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

L'affermazione di una responsabilità della Repubblica per la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale è completata peraltro in Costituzione dalla presenza di un cospicuo numero di disposizioni che prevedono e disciplinano diritti sociali, il cui livello di protezione e di specificazione è differentemente graduato. La presenza dei diritti sociali, accanto ai tradizionali diritti di libertà, ha costituito il *novum* rispetto al passato costituzionale italiano ed essi costituiscono l'ossatura di una precisa idea di società, nella quale gli interventi a favore dei soggetti in condizioni di svantaggio devono servire a ridurre le differenze sociali, ma sono posti anche a fondamento della garanzia della realizzazione delle potenzialità degli individui.

Tuttavia i diritti "di seconda generazione" hanno faticato molto a trovare una loro pacifica collocazione nel nostro sistema giuridico e nuovamente faticano a trovarla, a causa della crisi economica, che porta a rimetterne in discussione la struttura giuridica, l'ampiezza e conseguentemente l'intensità e le modalità di protezione.

Ciò è avvenuto e avviene nonostante che nel nostro testo costituzionale, ancora una volta a differenza da quello di altre Costituzioni, i diritti sociali che vi sono sanciti siano stati "scritti" ponendo chiaramente l'accento sui titolari dei diritti stessi (la salute è qualificata come diritto fondamentale dell'individuo, oltre che come interesse della collettività; l'assistenza è un diritto del cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi; la disciplina costituzionale del lavoro intesta numerosi e specifici diritti ai lavoratori).

La dimensione soggettiva dei diritti sociali non è affatto sviluppata ad esempio nel *Grundgesetz* tedesco, che non solo non contiene una norma analoga al nostro art. 3 II, ma che neppure si dilunga troppo nello specificare quali sono i diritti sociali dei consociati. Non vi è cioè nel *Grundgesetz* un "catalogo" dei

diritti sociali. Ad eccezione dell'istruzione, disciplinata fra i diritti anche nella della legge fondamentale tedesca, gli altri interventi in materia sociale sono elencati esclusivamente nella lista delle competenze legislative affidate ai *Länder*, previsti quindi più in chiave oggettiva che soggettiva. Ciò nondimeno, i diritti sociali in Germania, da sempre, sono considerati pacificamente in dottrina e in giurisprudenza parte essenziale dei "diritti soggettivi fondamentali" che lo Stato sociale deve garantire ai cittadini e ciò in base soprattutto alla loro relazione con il principio di tutela della dignità umana, che è sancito in modo perentorio nel primo articolo della legge fondamentale, per evidenti ragioni storiche, che non è neppure necessario ricordare.³

Per contro nel nostro ordinamento proprio la dimensione soggettiva dei diritti sociali, ancorché sia più facilmente leggibile per il modo e per l'ampiezza con cui tali diritti sono previsti e disciplinati dalla nostra Carta costituzionale, ha faticato molto ad affermarsi, soprattutto negli anni successivi alla Costituzione.

Ne costituisce un esempio la discussione sul rapporto – o meglio su quello che veniva considerato un conflitto – fra uguaglianza e libertà, che ha occupato il dibattito dottrinale sui diritti sociali immediatamente successivo all'emanazione della Carta costituzionale. La relazione fra l'art. 2 della nostra Costituzione (in particolare nella parte in cui riconosce e tutela i diritti di libertà, comprese quelle economiche) e l'art. 3, II c., è stata per molto tempo ricostruita in chiave antagonista, in ragione della valenza redistributiva intrinseca al principio di uguaglianza sostanziale, quindi della sua capacità limitativa della sfera giuridica di alcuni a favore di altri. Un'importante parte della dottrina (e la stessa Corte costituzionale nei primi anni dalla sua istituzione) hanno a lungo negato l'esistenza di una dimensione "soggettiva" dei diritti sociali, ritenendoli incorporati nella sfera esclusiva dei poteri pubblici a cui spetta la loro attuazione.⁴

Piuttosto che evidenziare il "*percorso di emancipazione umana*" tracciato dall'art. 3, II c., Cost.⁵, se ne è sottolineata soprattutto la funzione di indirizzo nei confronti dei pubblici poteri: le norme costituzionali che prevedono i diritti sociali erano considerate indicazioni programmatiche per il legislatore, prive

3. Cfr. E. Denninger, *Kommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland*, art. 1, *Reihe Alternativkommentare*, Neuwied, 1984.

4. Cfr. A. Baldassarre, *Diritti Sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, p. 4.

5. Per usare le parole di M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, in *Atti del LVIII Convegno di studi amministrativi* (Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2012), Milano Giuffrè, 2013 p. 685.

di valore precettivo⁶ per cui senza un intervento legislativo che desse contenuto e corpo ai diritti sociali, era impensabile che si potesse fondare su di esse direttamente alcuna pretesa giuridica esigibile. I diritti sociali venivano pertanto declassati da diritti costituzionali a diritti legali e non erano considerati diritti appartenenti pienamente al bagaglio dei diritti fondamentali della persona.

1.2 La valenza soggettiva dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona e la sua difficile affermazione

Il dibattito appena ricordato appartiene al passato, quanto meno dal punto di vista dogmatico, nei termini descritti; tuttavia la tensione fra libertà economiche e diritti sociali si è riaffacciata prepotentemente anche nel nostro ordinamento, sia a causa della crisi economica, che per la spinta del diritto europeo che tende ad affidare sempre più al mercato anche prestazioni di tipo sociale.

Ciò nondimeno, la dimensione soggettiva dei diritti sociali previsti dalla Costituzione è oggi saldamente ancorata allo stretto rapporto che lega, nel disegno costituzionale, gli art. 2 e 3, II comma, che ha potuto trovare applicazione grazie all'abbandono di un approccio teorico e culturale di tipo binario, vale a dire incapace di immaginare alternative fra la forma di Stato liberale e quella dello Stato socialista; un approccio cioè che da un lato enfatizzava l'indifferenza dello Stato liberale agli obiettivi della giustizia sociale e dall'altro non era in grado di immaginare alternative al monopolio statale per il suo raggiungimento. Non vi è ormai più discussione sul fatto che il nostro modello costituzionale disegni invece un rapporto sinergico fra eguaglianza e libertà⁷ un rapporto "simpatetico"⁸, in cui lo sviluppo della società delineato dal principio di uguaglianza sostanziale non può mai essere disgiunto dalla emancipazione dei singoli individui che la compongono.

La lettura delle norme costituzionali che prevedono i singoli diritti sociali, filtrate attraverso la lente dei principi personalistico e solidaristico dell'art. 2, ne ha lentamente ma progressivamente

fatto emergere anche la dimensione soggettiva, che a partire dagli anni 80, come vedremo, ha dato i suoi frutti non solo sul piano delle scelte di politica sociale, ma anche e soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale.

La riforma costituzionale del titolo V del 2001 ha aggiunto poi un importante tassello al sistema complessivo di tutela sociale, poiché ha reso esplicito il rapporto che esiste fra diritti sociali ed erogazione delle prestazioni necessarie a soddisfarli. L'art. 117, II c., lettera m), che prevede la determinazione statale dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale, sancisce in modo chiaro che il godimento dei diritti sociali è indefettibile almeno in una certa misura, e che, al pari dei diritti civili, costituisce condizione dello status di appartenenza alla collettività nazionale. La concretezza di tale affermazione è rinforzata dalla previsione, nell'art. 120 Cost., del potere sostitutivo dello Stato rispetto agli enti territoriali inadempienti, qualora ciò si renda necessario proprio per la «*tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*».

Tuttavia, se l'affermazione concettuale del dovere pubblico di intervento e quella, simmetrica, della esigibilità dei diritti sociali in quanto posizioni soggettive tutelabili, sgombrano il campo da alcuni problemi teorici preliminari, in relazione alla composita categoria di tali diritti, esse tuttavia non risolvono anche il problema della definizione della misura in cui tali diritti devono essere garantiti, né tanto meno riducono l'incidenza sulle loro possibilità di soddisfazione delle scelte operate dal legislatore, in sede di allocazione delle risorse.

In altri termini, se è certo che l'ancoraggio costituzionale allo "sviluppo della persona" dei diritti sociali consente di dare forza alla loro tutela giurisdizionale, ciò tuttavia non toglie che i diritti che per essere soddisfatti richiedono prestazioni – quali ad esempio l'istruzione, la salute o l'assistenza – ed implicano quindi un impegno finanziario (ma anche organizzativo) comportano inevitabilmente il bilanciamento con altri diritti o con altri interessi di rilievo costituzionale, a causa della limitatezza delle risorse disponibili.

6. V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 135.

7. Sul tema si vedano M. Mazziotti Di Celso, *Diritti sociali*, in *EdD*, vol. XII, 1963, p. 802, M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, p. 103, A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, 1999 e più recentemente A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2014.

8. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma 2009. F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, n. 1/1985, 39 ss., spec. 52 ss; A. Baldassarre, *Diritti Sociali*, cit. p. 2.

Questo dato di fatto è alla base della ben nota teoria, elaborata all'inizio degli anni 90, secondo cui i diritti sociali sarebbero diritti finanziariamente condizionati e questa ne sarebbe una caratteristica, ancora una volta "strutturale", vale a dire differenziale rispetto ai diritti civili o ai diritti di libertà: una caratteristica destinata nuovamente a statuire la minorità assiologia dei diritti sociali rispetto agli altri diritti fondamentali e a sancirne la recessività rispetto alle esigenze economiche e di bilancio⁹.

Sono pienamente condivisibili le critiche che sono state ripetutamente mosse ad una impostazione che assuma il condizionamento finanziario come elemento specifico di qualificazione dei diritti sociali¹⁰: il problema del "costo dei diritti" infatti non è un problema esclusivo dell'ambito sociale, ma riguarda in misura maggiore o minore tutti i diritti che richiedono prestazioni e tale questione non è prerogativa dei diritti sociali: non costa forse – economicamente ed organizzativamente – assicurare il diritto alla sicurezza o quello alla difesa giurisdizionale? Anche per questi ultimi diritti l'incidenza dei costi pone sistematicamente un problema di bilanciamento, sia con altri diritti da tutelare, sia con altri interessi/valori costituzionali. Considerare invece il condizionamento finanziario come prerogativa dei diritti sociali, o almeno di alcuni diritti sociali, in definitiva, presuppone una scelta "a priori" di bilanciamento politico fra la misura del soddisfacimento dei bisogni sociali, da un lato, e le esigenze economiche e di bilancio, dall'altro, a favore di queste ultime; una scelta che inevitabilmente sposta nuovamente l'asse dei diritti in questione verso una dimensione oggettiva e li condanna alla inesigibilità.

Argomentando sull'impianto dei principi costituzionali che si sono precedentemente esaminati – *in primis* sul valore della persona e sulla pari dignità sociale che l'art. 3 riconosce a tutti gli individui – in passato è stato agevole controbattere alla teoria dei diritti finanziariamente condizionati che il parametro dell'efficienza economica non può essere posto sullo stesso piano dei diritti della persona, poiché non ha un valore costituzionale rilevante, e che pertanto il bilanciamento fra i due valori deve essere "ineguale" a favore dei diritti sociali¹¹. È innegabile tuttavia che tale posizione risulta oggi indebolita dalla regola costituzionale dell'equilibrio di bilancio, introdotta con la modifica dell'art. 81, che se

rigidamente applicata può implicare riduzioni così drastiche della spesa da produrre inevitabilmente un impatto tangibile sul finanziamento delle politiche sociali.

Il punto rilevante, allora, diventa definire se vi siano e quali siano i limiti di incomprimibilità di tali diritti, invalicabili da parte del legislatore. Occorre capire in sostanza in quale misura le norme costituzionali che delineano il modello sociale – un modello evidentemente pensato in chiave di sviluppo, e nella prospettiva o nella speranza di uno sviluppo governabile – riescano a funzionare da argine alle operazioni di bilanciamento riduttivo delle tutele sociali e a fornire sostegno alla esigibilità dei diritti costituzionalmente sanciti.

È un tema che richiede qualche approfondimento.

Innanzitutto occorre partire dalla constatazione che la Corte costituzionale ha fatto propria la teoria dei diritti finanziariamente condizionati, almeno in relazione ad alcuni diritti sociali, quali la salute e l'assistenza. Lo ha fatto in modo alquanto altalenante, poiché negli anni 90 vi ha dapprima convintamente aderito¹², poi se ne è discostata per un breve periodo – o almeno ne ha ridimensionato fortemente la portata, – per porla nuovamente e saldamente a fondamento delle proprie decisioni, sotto la spinta dell'acutizzarsi della crisi economica e delle sollecitazioni al contenimento della spesa pubblica provenienti dall'Unione europea.

Ancorché si parli ormai frequentemente di una vera e propria "giurisprudenza costituzionale della crisi", che ha portato la Corte costituzionale a prestare una attenzione sempre maggiore all'impatto economico prodotto dalle proprie sentenze, tuttavia vi sono alcuni punti fermi nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme costituzionali, che continuano comunque ad assicurare, almeno ad alcuni fra i diritti sociali, margini non irrilevanti di effettività.

Ma il ruolo di argine al ridimensionamento delle tutele sociali è svolto soprattutto, e in modo sempre più intenso, dagli organi giudiziari ordinari e amministrativi, che fanno frequentemente ricorso alla applicazione diretta delle norme costituzionali, per assicurare effettività ai diritti sociali.

È utile dare maggiore specificità a questa affermazione.

9. F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, n. 1/1985, 39 ss., spec. 52 ss; A. Baldassarre, *Diritti Sociali*, cit. p. 28.

10. B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in E. Gallo, B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, p. 27.

11. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., p. 126.

12. Corte cost., sent. 155/1990.

2. La tutela giurisdizionale dei diritti sociali

2.1. Il diverso grado di tutela costituzionale dei diritti sociali

Occorre in premessa ricordare come la garanzia dei diritti sociali abbia nella disciplina costituzionale una intensità diversificata. Inoltre, ognuno dei diritti sociali costituzionalmente previsti ha molto spesso una molteplicità di proiezioni, che trovano attuazione in modi differenziati e sono suscettibili di livelli diversi di protezione¹³.

Senza entrare nel dettaglio di discipline molto articolate e sfaccettate, è sufficiente osservare come nel testo costituzionale i diritti dei lavoratori, da un lato, e il diritto all'istruzione, dall'altro, siano disciplinati in modo estremamente preciso quanto ai loro contenuti, quanto alla previsione degli obblighi che la loro tutela crea nei confronti dei soggetti pubblici o privati. Nel caso del diritto all'istruzione – e solo in quello – la Costituzione detta anche indicazioni organizzative puntuali, ponendo allo Stato l'obbligo di istituire scuole di ogni ordine e grado.

Una tutela decisa, anche se non altrettanto dettagliata, è accordata al diritto alla salute, l'unico peraltro definito in Costituzione espressamente come diritto fondamentale. Notevolmente più debole è invece la tutela prevista per l'assistenza sociale, che la norma costituzionale non costruisce come diritto della persona, bensì come diritto dell'inabile al lavoro-indigente (quindi non come diritto universale, ma categoriale) e che solo un'interpretazione fortemente orientata dai principi fondamentali precedentemente esaminati è riuscita, recentemente e molto precariamente, ad ampliare e riportare alla sfera dei diritti di ogni individuo.

Non si può ritenere casuale che le grandi riforme relative alla scuola (emanate a partire dal 1963 e poi negli anni 70), al lavoro (negli anni 70), alla sanità (in specie la istituzione del SSN nel 1978) abbiano largamente preceduto l'unica legge "organica" che ha riguardato l'assistenza sociale, emanata solo nel 2000 (l. 328/2000) e mai pienamente attuata, poiché quasi immediatamente vanificata dalla riforma costituzionale del titolo V, che trasferendo la competenza sui servizi sociali in via esclusiva alle Regioni ne ha reso impossibile la funzione di "legge quadro".

2.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale

Il percorso della attuazione giurisprudenziale dei diritti è altrettanto eloquente. Se si lasciano da parte l'ambito previdenziale e la tutela del lavoro, che presentano delle nette specificità, le sentenze più importanti e più numerose emanate sia dalla Corte costituzionale che dagli altri organi giurisdizionali, con cui si è cercato di assicurare tutele effettive ai diritti sociali, hanno avuto ad oggetto in prevalenza il diritto alla salute e quello all'istruzione. È proprio in queste materie ad esempio che la Corte costituzionale, soprattutto negli anni 90, superando i precedenti orientamenti nei quali era stata decisamente più incline ad avallare la tesi del valore programmatico delle norme costituzionali sui diritti sociali, ha utilizzato ripetutamente la tecnica delle sentenze additive di principio, per censurare la legittimità di leggi che non prevedevano interventi adeguati a tutela di bisogni sociali rilevati. Ancora: a garanzia del diritto all'istruzione la Corte ha emanato sentenze manipolative, con le quali – senza più lasciare al legislatore alcuna la discrezionalità attuativa successiva alla pronuncia – ha modificato il testo di leggi ritenute incompatibili con la chiarezza dell'obiettivo di tutela del diritto previsto dalla Costituzione.

Le tecniche utilizzate dalla Corte in tali pronunce, emanate fra la fine degli anni 80 e l'inizio del nuovo millennio, sono state oggetto di valutazioni molto controverse da parte della dottrina, poiché, da un lato, le sentenze additive e manipolative hanno costituito il limite estremo mai raggiunto nella dialettica dei rapporti fra Corte Costituzionale e legislatore; dall'altro tali decisioni hanno dato luogo ad un orientamento giurisprudenziale di "difesa caparbia" dei diritti sociali.¹⁴

Fra le sentenze manipolative che hanno contribuito a dare forza alla esigibilità del diritto all'istruzione è emblematica la pronuncia 215/1987, con cui fu dichiarata incostituzionale la legge che recitava «sarà facilitata» anziché «è assicurata» la frequenza dei ragazzi disabili nelle scuole superiori, in quanto considerata inadeguata a garantire il diritto all'istruzione in modo conforme alla disciplina dell'art. 34 e in contrasto con i principi contenuti negli art. 2 e 3 Cost. La pronuncia impose al legislatore di intervenire più organicamente nella direzione indicata dal Giudice costituzionale e la legge sull'handicap¹⁵, con le sue puntuali previsioni sul sostegno scolastico ai disabili, ne fu la conseguenza.

13. G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 759.

14. C. Panzera, in *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatore e Corte*, a cura di P. Bianchi, Pisa, 2006, p. 79.

15. L. 104/1992.

In materia di diritto alla salute può essere ricordata, fra le tante, la pronuncia¹⁶ con cui la Corte ha ritenuto incostituzionale, perché troppo rigida, una legge regionale lombarda che non prevedeva deroghe alla possibilità di rimborsare le spese sanitarie sostenute all'estero senza previa autorizzazione. Secondo il Giudice costituzionale la legge non consentiva di fare salvo quel «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», poiché non consentiva di rifondere ad un malato le spese sostenute per assicurarsi le cure necessarie in situazioni di urgenza o di pericolo per la propria incolumità, senza la previa autorizzazione dell'autorità amministrativa. Con tale sentenza la Corte ha sostanzialmente avallato un orientamento giurisprudenziale che era stato già precedentemente affermato dal giudice ordinario, per dare tutela al diritto alla salute, attraverso l'applicazione diretta dell'art. 32.

Va detto chiaramente, però, che da molto tempo le sentenze additive e manipolative della Corte costituzionale in materia di diritti sociali si sono fatte assai più rare. Ciò evidenzia ancora una volta come il Giudice costituzionale sia divenuto più attento alle conseguenze che tali pronunce comportano sul piano della spesa pubblica.¹⁷ Gli inadempimenti del legislatore, l'assenza cioè di previsioni a tutela di bisogni di protezione sociale, così come le scelte di riduzione delle prestazioni sociali trovano quindi nei tempi più recenti minori argini nelle pronunce del Giudice delle leggi, sempre più contraddistinte dall'affermazione per cui i diritti sociali sono «finanziariamente condizionati».

Il punto più estremo di questo rinnovato orientamento è contenuto probabilmente in una sentenza del 2011¹⁸ in cui la Corte afferma con sconsolata (e sconsolante) franchezza che «l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata e si scontra attualmente con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile destinare nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale». Non a caso si tratta di una sentenza in materia di assistenza sociale, diritto, come si è detto, costituzionalmente molto «debole».

Il Giudice costituzionale continua tuttavia in ogni caso a salvaguardare strenuamente il «contenuto minimo» costituzionalmente garantito, almeno per i diritti sociali per i quali la Carta costituzionale fornisce

più saldo appiglio, e cerca di enuclearlo rapportandolo al valore della dignità della persona, che lo rende intangibile a prescindere da qualunque bilanciamento. Il criterio di valutazione delle leggi che limitano la possibilità di erogazione di prestazioni sociali diventa, pertanto, quello della loro ragionevolezza, parametro usualmente applicato da parte della Corte, ma che nel caso delle leggi che intervengono «al ribasso» sulla tutela dei diritti sociali viene declinato proprio come valutazione del rispetto accordato dal legislatore al contenuto minimo da assicurare al diritto controverso. È una giurisprudenza che ricorda da vicino le pronunce con cui il Tribunale Costituzionale tedesco ha posto il *Wesengehalt*, il nucleo essenziale, quale baluardo dei *Grundrechte*, i diritti fondamentali.

La nostra Corte costituzionale, applicando tale criterio, ha più volte – anche di recente – dichiarato l'irragionevolezza di scelte legislative la cui attuazione avrebbe potuto compromettere in modo totale la garanzia del diritto regolato.

Un esempio che può essere interessante ricordare, anche per le importanti conseguenze che ha portato sulla successiva attuazione giurisprudenziale, è la sentenza 80/2010 sul diritto degli alunni disabili a poter usufruire del supporto dell'insegnante di sostegno in una misura quantitativamente adeguata e rapportata alla gravità della loro disabilità. La norma dichiarata costituzionalmente illegittima – introdotta non a caso da una legge finanziaria – interveniva sulla precedente normativa in materia di sostegno scolastico ai disabili, anche in questo caso irrigidendola, vale a dire prevedendo un tetto massimo invalicabile nel numero di insegnanti di sostegno che potevano essere impiegati da ogni istituto scolastico in base al rapporto docenti-alunni. La disposizione escludeva la possibilità, invece precedentemente prevista, di derogare a tale limite, ricorrendo a contratti a tempo determinato, qualora ciò si rendesse necessario per fornire supporto a studenti in condizione di disabilità particolarmente grave. La Corte ha dichiarato illegittima proprio tale ultima disposizione, poiché la sua rigidità poteva portare ad escludere del tutto per i disabili gravi il godimento dei diritti all'istruzione e all'assistenza, sanciti dalle norme costituzionali.

Della sentenza ricordata è stata, giustamente, molto sottolineata l'attenzione che essa riserva alla necessità di calibrare il godimento del diritto sociale costituzionalmente garantito sulle necessità specifi-

16. Corte Cost., sent. 509/2000.

17. C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*; Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC (Associazione Italiana Costituzionalisti) 2013, in *Rivista AIC* 4/2013; www.rivistaaic.it/download/J-lgSWCBwBsYPWzJARitm.../r-salazar.pdf.

18. Corte. Cost., sent. 248/2011.

che della persona¹⁹. La irragionevolezza della legge censurata stava proprio nel suo seguire una logica astrattamente categoriale, non distinguendo i disabili gravi dagli altri disabili, impedendo così che potessero essere individuati e graduati gli specifici bisogni educativi degli studenti con handicap.

È importante tuttavia evidenziare anche un altro aspetto della pronuncia: la Corte, nel censurare la rigidità della norma, dà anche atto della rilevanza della dimensione organizzativa della erogazione delle prestazioni ai fini della tutela dei diritti sociali: riconosce, in definitiva, allo spazio valutativo e decisionale rimesso all'amministrazione pubblica il ruolo rilevante che esso può svolgere per la realizzazione della garanzia dei diritti sociali.

È uno spazio – quello della discrezionalità amministrativa e dell'esercizio del potere che le è connesso – che assai più spesso viene chiamato in causa come ostacolo al pieno godimento dei diritti sociali, come termine antitetico all'esistenza stessa di diritti soggettivi di tipo sociale a fronte di un potere di scelta degli apparati pubblici che tende a conformarne il godimento, riducendolo. La sentenza della Corte costituzionale sul sostegno scolastico, invece, evidenzia anche la necessità di uno spazio di intervento dell'amministrazione pubblica, proprio come strumento per la rimozione degli ostacoli che in concreto, nelle singole e differenziate situazioni, non consentono il pieno sviluppo della persona, fine costituzionale a cui l'attività amministrativa in ambito sociale funzionalmente dovrebbe tendere.

2.3. Il ruolo del giudice ordinario e del giudice amministrativo

Accanto agli interventi della Corte, giocati inevitabilmente anche nella dialettica del rapporto con il legislatore, come si è già anticipato, è stato ed è tuttora relevantissimo il ruolo dei giudici per la garanzia dell'effettività dei diritti sociali.

La tutela di tali diritti, anche di quelli che necessitano di specifici interventi (siano questi nella forma delle erogazioni economiche o delle attività di prestazione) è stata resa effettiva in modo preponderante da parte del giudice ordinario, che è intervenuto in materia di diritti degli stranieri, di diritto alla salute, dell'istruzione, così come ha dato effettività alle

garanzie dei diritti sociali dei lavoratori. Negli ultimi anni, tuttavia, ha cominciato a farsi più incisivo anche il ruolo svolto dal giudice amministrativo, che interviene a giudicare sulla spettanza di prestazioni sociali, dopo l'attribuzione alla sua giurisdizione esclusiva della materia dei servizi pubblici, sia pur nei limiti ridisegnati dalla sentenza 204/2004 della Corte costituzionale.

La capacità del giudice amministrativo di contribuire a rafforzare «la *latitudine contenutistica dei diritti spettanti ai singoli*»²⁰ è stata resa possibile anche grazie alla maggiore ampiezza dei mezzi di intervento di cui dispone, dopo la emanazione del codice del processo amministrativo del 2010. La ricognizione della giurisprudenza amministrativa sul diritto all'istruzione mostra infatti come siano sempre più numerosi i casi in cui i Tar ed il Consiglio di Stato, anche attraverso il ricorso alla tutela cautelare e all'uso deterrente di quella risarcitoria, si siano fatti carico di imporre alle amministrazioni interventi conformi al dettato costituzionale e di salvaguardare il contenuto incompressibile del diritto stesso. Le pronunce in questione sembrano soprattutto denotare un mutamento percettibile di mentalità, che sta cominciando a portare in misura maggiore anche il giudice amministrativo a sentirsi giudice dei diritti²¹.

Il ruolo della giurisdizione ordinaria nella tutela di diritti sociali è più risalente e decisamente più radicato. I giudici ordinari infatti hanno elaborato fin dagli anni 90 un raffinato strumentario concettuale e processuale che ha consentito di dare una tutela effettiva ai diritti sociali.

L'aspetto più rilevante, già richiamato precedentemente ma che merita ulteriore attenzione, riguarda l'applicazione diretta delle norme costituzionali sui diritti sociali, tanto da parte dei giudici ordinari di merito, che del giudice di legittimità, che ne hanno tratto un contenuto precettivo sia in assenza di leggi che disciplinassero i modi per garantire il diritto sociale di cui veniva richiesta la tutela, sia in presenza di norme di legge considerate del tutto inadeguate a garantire il “nucleo costituzionalmente incompressibile” del diritto, insuscettibile di essere limitato.

Fra le tante pronunce – che hanno riguardato soprattutto il diritto alla salute, ma non solo questo – vale la pena di ricordare nuovamente quelle relative al rimborso di spese mediche non autorizzate, poiché

19. A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto Pubblico*, 2012, 49; E. Boscolo, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus, Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2014/2, p. 165.

20. E. Boscolo, *ibidem*.

21. Si veda la puntuale ricognizione della giurisprudenza amministrativa in materia di sostegno scolastico operata da E. Boscolo, *cit.*, *passim*.

consentono anche di evidenziare come la giurisprudenza ordinaria abbia progressivamente attualizzato il concetto stesso di “nucleo incompressibile” del diritto da assicurare. La Cassazione, infatti, ha recentemente ricondotto al nucleo essenziale del diritto alla salute i trattamenti di tipo palliativo, ancorché non siano né urgenti né indispensabili ai fini della guarigione, evidenziando tuttavia come la loro somministrazione sia ricollegabile in modo evidente al principio della dignità della persona ed alla sua salvaguardia²².

Il principio di “incompressibilità dei diritti fondamentali” è stato utilizzato inoltre dal giudice ordinario anche – anzi soprattutto – in relazione a interventi amministrativi volti a limitarne il godimento. Secondo la Corte di cassazione, infatti, gli atti amministrativi che incidono sui diritti sociali comprimendone il “nucleo essenziale” sono nulli, per l'impossibilità dell'esistenza di un potere che consenta di emanarli: tali atti, in definitiva, secondo la Corte di cassazione non sono in grado di incidere in alcun modo su posizioni soggettive (di diritto fondamentale) che – almeno nel loro nucleo incompressibile – devono essere necessariamente pienamente tutelate.

È una giurisprudenza molto nota su cui non è necessario soffermarsi troppo nel dettaglio. È tuttavia opportuno evidenziare come essa sia strettamente collegata ad un profilo tuttora molto problematico del nostro sistema di tutela, che condiziona in misura notevole anche l'incisività della protezione giurisdizionale dei diritti sociali.

Il percorso di tutela giurisdizionale ancorato alla incompressibilità dei diritti fondamentali – in specie la salute – ha avuto il grande merito di ampliarne e renderne effettivo il godimento, contrastando le conseguenze del loro ridimensionamento, provocato dalla limitatezza delle risorse, e ha ripetutamente imposto al legislatore e alle amministrazioni nuovi bilanciamenti, da operare *ex post*, al netto cioè della garanzia già assicurata al diritto e dei relativi costi.

I risultati che tale orientamento giurisprudenziale è tuttora in grado di conseguire, tuttavia, risultano decisamente appannati e appesantiti dalla centralità che vi assume la questione del riparto di giurisdizione. Le sentenze più importanti in materia di diritto alla salute, ma anche di diritto all'istruzione e di tutela dei diritti sociali degli stranieri, che hanno segnato le tappe fondamentali della tutela effettiva di tali di-

ritti, sono pronunce delle Sezioni Unite che avevano ad oggetto il riparto di giurisdizione.

Quanto tale profilo condizioni la tutela dei diritti sociali emerge in modo evidente dalla giurisprudenza più recente in materia di sostegno agli alunni disabili, ambito in cui negli ultimi mesi si è riaperta una raffinata (ma forse improduttiva) diatriba fra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla spettanza della giurisdizione.

Una recentissima sentenza delle SS.UU. della Cassazione²³ ha infatti riportato al giudice ordinario la competenza a decidere nei casi in cui le amministrazioni scolastiche disattendano le previsioni del piano educativo individuale, che assegna all'alunno disabile un elevato numero di ore. Schematizzando molto, le SS.UU. hanno attribuito alla giurisdizione ordinaria la competenza a pronunciarsi in quanto, una volta che sia stato definito dall'amministrazione il numero di ore di sostegno necessarie all'alunno in base alla gravità della sua disabilità, non vi è più alcuno spazio di discrezionalità amministrativa (e quindi alcun potere) che possa giustificare la competenza del giudice amministrativo, neppure in sede di giurisdizione esclusiva.

Immane e prevedibili, a strettissimo giro, sono arrivate, e stanno arrivando copiose, le repliche di molti Tar²⁴ con pronunce che si affrettano a disattendere il dispositivo e le argomentazioni della Cassazione e a riaffermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di sostegno scolastico.

Ciò che colpisce nelle sentenze richiamate è che sia il giudice ordinario che quelli amministrativi partono dai medesimi principi (costituzionali) in ordine alla consistenza del diritto da garantire e al suo “nucleo incompressibile”, per giungere però a risultati opposti in relazione alla sede giurisdizionale che deve fornire tutela a tale diritto. La conseguenza del nuovo assetto, peraltro, conduce ad un evidente frazionamento delle possibilità di tutela giuridica, che richiede allo studente disabile titolare di un diritto di rivolgersi ad una giurisdizione – quella amministrativa – per contestare la scelta con cui è stato quantificato l'ammontare delle ore di sostegno di cui ha bisogno, e ad un'altra – quella ordinaria – per lamentare il mancato rispetto delle deliberazioni assunte dall'amministrazione scolastica sul punto.

La percezione di quanto i condizionamenti storici e culturali che sono alla base di tali questioni inci-

22. Corte Cass., Sez. Lav. Sent. 9969/2012.

23. Cass. SS.UU novembre 2014, n. 25011, in *Foro It.*, marzo 2015, parte I, p. 951, con nota di E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, p. 962.

24. Tar Sicilia, sez. III, 3 dicembre 2014 n. 3111; Tar Toscana, 10 dicembre 2014, sez. I, n. 2036; Tar Campania, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 1330.

dano sulle possibilità, sui tempi, sui costi, sui modi di conseguimento di obiettivi di tutela, che dovrebbero essere indiscussi, rende evidente come soprattutto nell'ambito dei diritti sociali il sistema di tutele richiederebbe maggiore chiarezza ed immediatezza circa gli obiettivi e i possibili risultati, piuttosto che frazionamento ed incertezza nella attribuzione della giurisdizione.

2.4. Prime considerazioni conclusive

Lasciando tuttavia questo importante tema sullo sfondo, si può provare a trarre qualche considerazione conclusiva sulle riflessioni condotte precedentemente in relazione ai diritti sociali costituzionalmente garantiti e all'ampiezza e all'effettività della loro tutela attuale.

La lettura iniziale del disegno costituzionale ha reso evidente come esso fosse pensato quale progetto di sviluppo sociale, da realizzare attraverso il progressivo ampliamento delle possibilità e del benessere individuale, oltre che di quello collettivo. Da molto tempo ormai, tuttavia, l'attuazione legislativa di questo progetto ha lasciato il posto a misure di riduzione e di ridimensionamento della protezione sociale, che portano inevitabilmente ad assegnare alle norme costituzionali che prevedono diritti sociali assai più la funzione di argine che quella di motore, la funzione di difesa di una trincea piuttosto che quella di conquista di nuovi territori nel potenziamento del benessere.

Tale funzione "minimalista" è certamente visibile nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale; mentre il potere giudiziario nel suo complesso cerca tuttora di sviluppare al massimo le potenzialità offerte dalla Carta costituzionale per dare effettività al godimento dei diritti fondamentali di tipo sociale.

Per quanto paradossale possa sembrare l'affermazione, si può forse ritenere che, proprio in tempo di crisi, la tutela che la giurisprudenza è riuscita ad accordare ad alcuni diritti sociali sia oggi addirittura più efficace e pregnante di quella che il sistema di garanzie giurisdizionali riesce a fornire ad altri tipi di diritti, la cui compressione, conseguente anch'essa a scelte di bilanciamento e di allocazione delle risorse, non riesce ad essere arginata da un'applicazione forte e diretta delle norme costituzionali, tale da salvaguardare anche la sfera individuale di godimento del diritto stesso.

Solo per esemplificare il senso di questa suggestione: la riduzione delle ore di sostegno assegnate ad

uno studente disabile può trovare in sede giurisdizionale una tutela effettiva e specifica, che gli consente di fruire del diritto di cui è titolare; il ritardo eccessivo nella durata dei processi, che inficia il diritto fondamentale alla difesa giurisdizionale, invece, può, secondo l'applicazione della cosiddetta legge Pinto²⁵, dare luogo al massimo al risarcimento del danno patito da chi ha visto vanificate le proprie pretese dalla lunghezza del processo.

3. Articolazione territoriale e modello sociale

Il quadro del modello sociale previsto dalla Costituzione non sarebbe completo se non si tenesse conto anche di come incide sulla sua realizzazione l'articolazione territoriale della Repubblica, così come è stata ridefinita dalla riforma del titolo V, parte seconda, della Costituzione.

Anche questo profilo del discorso sull'attuazione dei diritti sociali è molto articolato e complesso e può solo essere abbozzato in questa sede. Se ne evidenzieranno pertanto in modo schematico soltanto alcuni spetti, utili per cogliere le linee di tendenza più recenti.

Il primo riguarda la distribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regioni, delineata dall'art. 117 Cost. in relazione alle materie che hanno un impatto sulle politiche sociali e sui relativi interventi. Essa incide in modo determinante sull'efficienza del sistema di protezione sociale.

Le Regioni dispongono infatti di un tasso di autonomia legislativa molto disomogeneo nelle diverse materie in cui si esplicano interventi di tipo sociale e ciò rende spesso problematico il coordinamento fra ambiti che dovrebbero essere fra loro strettamente correlati, sia per ciò che attiene alle scelte degli obiettivi e all'utilizzazione delle risorse, sia per ciò che riguarda le modalità di organizzazione dei servizi da erogare.

Un chiaro esempio è dato dalla diversa autonomia di cui le Regioni dispongono in materia di servizi socio-assistenziali (su cui hanno potestà legislativa esclusiva) e in materia sanitaria (in cui hanno una potestà concorrente con lo Stato). È evidente come ciò incida sulla possibilità di una definizione (e soprattutto di una gestione) efficiente degli interventi integrati di tipo socio-sanitario, che costituiscono la parte preponderante e più complessa delle prestazioni di tutela sociale a livello locale.

25. L. 89/2001.

Inoltre la disomogeneità della tipologia di competenze rende impossibile pensare nel nostro ordinamento ad un intervento normativo organico a livello nazionale in materia sociale, che serva come garanzia del godimento “uguale” dei diritti sociali sull'intero territorio.

A tale scopo, tuttavia, dovrebbe servire, secondo il nostro disegno costituzionale, la determinazione da parte dello Stato dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali, prevista dall'art. 117 Cost., che è pertanto il secondo tema su cui è opportuno porre l'attenzione.

Non è necessario soffermarsi sulle questioni “di sistema” della disposizione costituzionale in esame²⁶. Per coglierne i profili più problematici è sufficiente sottolinearne soltanto due aspetti applicativi, che incidono in modo rilevante sulla attuazione e sul funzionamento del sistema di garanzie sociali.

In primo luogo occorre rilevare come i livelli essenziali delle prestazioni socio-assistenziali – a differenza da quelle sanitarie – non sono mai stati determinati e ciò ha lasciato le Regioni in balia di se stesse, sia quanto alla definizione degli interventi da realizzare, che quanto alle capacità del loro finanziamento. Non è casuale al riguardo che il Fondo nazionale per le politiche sociali, che dovrebbe supportare proprio l'attuazione dei livelli essenziali socio-assistenziali, sia stato decurtato più dell'80% dal 2004 al 2014²⁷, grazie anche all'assenza di standard predefiniti da realizzare e finanziare.

In secondo luogo è opportuno soffermarsi sulla funzione che la disposizione costituzionale introdotta dall'art. 117 II c. lett. m) sta assumendo, in tempo di crisi.

La definizione dei livelli essenziali, nella logica della riforma costituzionale, serviva certamente a garantire che venisse assicurato un certo standard delle prestazioni, che rendesse omogeneo il godimento dei diritti su tutto il territorio nazionale, salva la possibilità e la capacità delle Regioni di assicurare livelli più alti di quelli indicati dallo Stato, capacità legata, ovviamente, anche alle scelte di allocazione delle risorse poste in essere a livello regionale.

La “giurisprudenza della crisi” sta portando invece la Corte costituzionale a rovesciare il senso e la funzione di tale norma. L'applicazione del principio del “coordinamento della finanza pubblica” (sancito

dall'art. 119 Cost.) e la necessità di garantire una rigorosa applicazione della legislazione nazionale che prevede manovre di rientro rispetto al deficit dei bilanci regionali (pur concordate con le Regioni) hanno portato la Corte in più di una occasione²⁸ a dichiarare illegittime le disposizioni di leggi regionali che in materia sanitaria prevedevano livelli di assistenza aggiuntivi rispetto a quelli nazionali, definiti in base all'art. 117 II c. lett. m). La Corte ha inoltre giustificato la legittimità anche degli interventi sostitutivi dello Stato ex art. 120 Cost. a salvaguardia del rispetto dei piani di rientro, in quanto necessari per la tutela «dell'unità economica», ma anche «dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

Questi ultimi, in definitiva, risultano in tal modo tutelati “al ribasso” in base a tale applicazione della norma costituzionale che li prevede, impiegata non a salvaguardia dalle inadempienze regionali che non consentano di assicurare ai cittadini i livelli di prestazione previsti dallo Stato, bensì a salvaguardia del rispetto rigoroso di quei livelli, intesi come “limite massimo” delle prestazioni erogabili dalle regioni. Con evidente compressione del potere di allocazione della spesa delle Regioni all'interno dei propri bilanci e delle loro scelte in materia di politica sociale

4. Le linee di tendenza più recenti della attuazione del modello sociale

Per avere un quadro più completo dell'evoluzione del modello sociale italiano può essere utile delineare le linee evolutive della legislazione in materia sociale per individuare i principali mutamenti indotti dalla crisi.

Come si è precedentemente accennato fra gli anni 70 e la fine degli anni 90 vi è stato un periodo di espansione delle politiche sociali. Esso ha caratterizzato tutti gli ambiti di intervento pubblico, dalla sanità all'istruzione, alle politiche abitative a quelle socio-assistenziali (con l'esclusione del solo settore previdenziale, che ha iniziato già a metà degli anni 90 la fase di contrazione).

Se si volesse avere un quadro preciso delle linee di tendenza della legislazione in materia sociale occorrerebbe fare un'analisi differenziata dei settori di

26. Si può fare riferimento all'analitico lavoro di C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bononia University Press, 2008.

27. Il Fondo nazionale delle politiche sociali è passato da € 1.884.346.940 del 2004 a € 317.000.000 del 2014, diventate 262.618.000 dopo ulteriori tagli nello stesso anno, secondo quanto riportato nel Dossier redatto dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome: <http://www.regioni.it/newsletter/n-2465/del-25-03-2014/dossier-politiche-sociali-2004-2014-12333/>.

28. Corte Cost., sent. n. 28/2013 n. e 104/2013.

competenza statale e di quelli in cui si sono dispiegate politiche regionali, che hanno prodotto significative differenze fra i modelli di protezione sociale realizzati sul territorio del nostro Paese.

Tuttavia, provando a guardare in modo complessivo alle politiche sociali di quegli anni, vi si possano rinvenire agevolmente due orientamenti di fondo.

Il primo riguarda il progressivo passaggio dalla prevalente corresponsione di benefici economici – erogazioni monetarie di vario tipo, quali indennità, rimborsi o altro, a fronte di situazioni di disagio – alla previsione della erogazione di prestazioni da parte di strutture pubbliche. Si tratta, in definitiva, del passaggio dalla quasi esclusiva “monetizzazione dei bisogni” alla “presa in carico” delle persone, attraverso la messa a disposizione delle prestazioni necessarie a dare loro risposta. Ne sono state manifestazioni: l’abbandono del sistema mutualistico e l’istituzione del servizio sanitario nazionale; la creazione di sistemi di intervento socio-assistenziale nei settori dell’infanzia, della vecchiaia, delle tossicodipendenze.

È importante sottolineare tale evoluzione, perché costituisce una peculiarità della organizzazione di protezione sociale del nostro ordinamento rispetto a quelli di altri paesi europei, pur avanzati²⁹.

La seconda linea di tendenza che può essere individuata nella nostra legislazione in materia sociale è il progressivo perseguimento della universalità dell’accesso alle prestazioni, in ossequio all’idea che i diritti sociali sono diritti della persona – di ogni persona – e non di specifiche categorie disagiate, come avveniva invece fino alla fine degli anni 60 del ‘900³⁰.

Le due prospettive indicate sono state negli anni fra loro sinergiche: la scelta dell’intervento pubblico “diretto”, della erogazione delle prestazioni e non della loro monetizzazione, è apparsa infatti più coerente con l’impianto di tipo fortemente egualitario e solidaristico previsto dalla Costituzione, basato sulla funzione redistributiva delle risorse pubbliche, che si salda anche all’idea della universalità della fruizione dei servizi da parte di tutti coloro che ne hanno bisogno (anche se non necessariamente alla loro gratuità).

Il sistema pubblico di protezione sociale è sempre stato collegato, inoltre, ad una forte programmazione

dei servizi, che ha sottratto le prestazioni sociali alla competizione del mercato, in considerazione del fatto che quest’ultimo non è in grado di garantire equità sociale e piena accessibilità ai servizi e produce l’esclusione dei soggetti svantaggiati.

Tali caratteristiche delle modalità di attuazione del modello sociale sono oggi decisamente in mutamento. Infatti, l’alto costo della erogazione diretta delle prestazioni, legato in parte anche alla inefficienza che ha spesso caratterizzato la gestione dei sistemi pubblici di erogazione delle prestazioni, ed i problemi relativi alla loro sostenibilità economica stanno riportando a scelte di politica sociale che introducono nuove forme di erogazione di sussidi (si pensi alle ipotesi di attribuzione di buoni sostitutivi di servizi, introdotte da alcune Regioni in ambito socio-assistenziale, oppure alla *social card*, alla “carta acquisti” per i genitori di bambini sotto i tre anni o gli ultrasessantenni che hanno un reddito molto basso, etc...). Contestualmente si assiste ad una sempre maggiore contrazione delle prestazioni sociali messe a disposizione da parte delle strutture pubbliche.

In secondo luogo, la necessità di recuperare efficienza economica – ma anche l’incidenza del diritto europeo – inducono profondi mutamenti sul piano organizzativo, che stanno portando ad introdurre sistemi di “quasi mercato” anche in ambiti di erogazione delle prestazioni sociali: nel sistema dei servizi sanitari e sociali, in quello della assistenza sociale alla persona, così come avviene da tempo per molti servizi economici, le amministrazioni svolgono sempre più frequentemente la funzione di *providers*, di regolatori e acquirenti di servizi, e i soggetti privati quella di *producers*, di erogatori delle prestazioni.

Tale tendenza – che pure non mette necessariamente in discussione né il “compito” pubblico di garantire la realizzazione di interventi di protezione sociale, né quello della definizione degli standard, dell’ambito e dei requisiti beneficiari, delle condizioni di fruizione – ha aperto tuttavia il sistema dei servizi, soprattutto di quelli socio-assistenziali e sanitari, ad un certo tasso di concorrenza, che si salda sempre più con l’approccio del diritto europeo.

Del resto, le Istituzioni europee, ormai da quasi un decennio hanno abbandonato l’idea che i servizi

29. Da questo punto di vista, ad esempio, le scelte di tutela sociale effettuate dell’ordinamento tedesco sono state decisamente diverse: il sistema sanitario in Germania è strutturato su base assicurativa, anche se si tratta di un sistema assicurativo prevalentemente pubblico, ed anche il sistema di assistenza sociale è fortemente caratterizzato dalla erogazione di sussidi a sostegno di situazioni di bisogno, sulla base del possesso di requisiti personali e di reddito (*Kindergeld* erogato a supporto delle esigenze dei figli; *Wohngeld* erogato a supporto del pagamento dell’affitto per i soggetti in condizioni di disagio economico, etc.).

30. Espressione massima del principio di universalità nella erogazione di servizi alla persona è stata l’istituzione del Servizio sanitario nazionale da parte della legge 833 del 1978, accessibile a tutti pur se non gratuito per tutti; già più riduttiva la nozione di universalismo (il cosiddetto “universalismo selettivo”) sottesa alla legge-quadro 328/2001 sul «sistema integrato di interventi e servizi sociali», che prevedeva un sistema di interventi di tipo socio-assistenziali aperto a tutti, ma graduava l’accesso in base al reddito dei destinatari dei servizi.

sociali siano ontologicamente estranei al Mercato Unico e siano privi di rilevanza economica, superando così anche la convinzione che le modalità di organizzazione e di gestione dei servizi sociali costituiscano un'area totalmente riservata agli Stati e preclusa all'intervento e all'applicazione del diritto pro-concorrenziale dell'Unione³¹.

Occorre tuttavia avvertire che l'Unione stessa ha tenuto e continua a tenere su quest'ultimo tema un atteggiamento estremamente altalenante e incerto. Ne dà prova la recente sentenza della Corte di giustizia Ue, del dicembre 2014³², che è ritornata inaspettatamente, dopo molti anni e in modo anche piuttosto contraddittorio quanto alle argomentazioni svolte, ad affermare l'esistenza di una riserva statale in materia di organizzazione della gestione dei servizi sociali e previdenziali.³³

È tuttavia importante sottolineare come la dialettica fra regolazione pubblica ed erogazione privata delle prestazioni sociali non abbia una valenza soltanto organizzativa, ma riapra, pur se su basi diverse, l'antico confronto fra attività economiche e interventi di protezione dei diritti sociali. Se, in definitiva, gli obiettivi non sono in discussione, non è in discussione cioè la necessità che siano garantiti i diritti sociali almeno nel loro contenuto incompressibile costituzionalmente garantito e nei livelli essenziali determinati dalla legislazione statale, né è in discussione che ciò implichi un intervento pubblico, quanto meno di tipo regolativo, il tema si sposta però sull'ampiezza della regolazione, sugli strumenti che essa può usare, sulle modalità di definizione dell'ambito di accesso dei privati nei settori in cui la scelta organizzativa è diventata quella del "quasi-mercato" dei servizi sociali.

Vi è infine un ulteriore importante fattore che pure incide in modo significativo sulle modalità dell'intervento pubblico volto a garantire i diritti sociali: è il ruolo svolto dalle "autonomie sociali", vale a dire dai cittadini organizzati per motivi solidaristici, in molti

settori di politica sociale.

Gli enti pubblici fanno ricorso in maniera sempre più ampia alla capacità delle organizzazioni non profit di dare risposte ai bisogni sociali: l'intervento pubblico nella materia socio-assistenziale, ma in misura non trascurabile anche in quella sanitaria, si svolge in forte sinergia e collaborazione con i soggetti del Terzo settore, la cui azione solidaristica consente di garantire i servizi alla persona a costi economici ridotti e secondo standard elevati di attenzione alla cura individuale e al rispetto della dignità della persona.

Tale tematica trova ormai fondamento in valori di rilevanza costituzionale, dopo l'introduzione in Costituzione nel 2001 del principio di sussidiarietà orizzontale, previsto dall'ultimo comma dell'art. 118, che affida agli enti pubblici il compito di "favorire" l'iniziativa dei soggetti privati che svolgono attività di interesse pubblico.

Anche l'interpretazione di tale norma ha riproposto, sia pure su un piano diverso da quello visto precedentemente, la questione della dimensione e degli strumenti dell'intervento pubblico in ambito sociale³⁴ rispetto all'attività svolta dai soggetti privati che operano senza scopo di lucro.

In altri termini, la fine dell'equazione «pubblico = svolto da soggetti pubblici e in regime di diritto pubblico» pone anche nel settore delle prestazioni sociali – e soprattutto in alcuni suoi ambiti – nuovi problemi e impone nuove riflessioni sui modi e sui livelli di garanzia dei bisogni e, quindi, dei diritti sociali.

Il dibattito su questi temi è in corso da tempo e non è questa la sede per affrontarlo.

È tuttavia innegabile come i fenomeni ricordati abbiano mutato profondamente l'assetto organizzativo dei servizi sociali, strumento essenziale ai fini della garanzia di livelli adeguati di tutela dei "corrispondenti" diritti sociali.

Ciò non è certamente privo di conseguenze sui modi di attuazione del modello sociale costituzionalmente delineato.

31. Si vedano sul tema le Comunicazioni della Commissione 26.4.2006 COM(2006) 177 def., «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione Europea» nonché la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo», del 20 novembre 2007, COM (2007) 725 def. Sulle tendenze della giurisprudenza della Corte in tale materia sia consentito rinviare a A. Albanese, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus, Rivista giuridica dei servizi Pubblici*, 2012, p. 115.

32. CGUE, sent. C-113/13, in *Foro It*, marzo 2015, parte IV p. 151 con nota A. Albanese, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, *ibidem*, p. 157.

33. La sentenza citata, tuttavia, costituisce probabilmente soltanto una tappa interlocutoria nel percorso del diritto Ue in questa materia, una pausa di riflessione necessaria, in attesa della attuazione nuova direttiva appalti, che deve essere recepita dagli Stati membri entro aprile 2016, che prevede per i servizi sociali un regime speciale, sulla cui base verranno prevedibilmente definiti nuovi equilibri.

34. Fra i contributi più ampi e più recenti sul tema cfr. D. Donati, *Il paradigma sussidiario, Interpretazioni, estensioni e garanzia*. Bologna, Il Mulino, 2013.

Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi

di *Leonardo Ferrara*

L'Autore passa in rassegna e sottopone a critica gli argomenti solitamente addotti a favore della persistenza della separazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Tale opera si basa sulla premessa che il giudice amministrativo è il portato della componente autoritaria del pensiero liberale, nonché di un'interpretazione meccanica e superata del principio di separazione dei poteri.

In particolare. L'A. contesta la capacità del giudice amministrativo di offrire una risposta di giustizia pronta, efficace e particolarmente adeguata alla natura degli interessi coinvolti nel processo, e conclude osservando che i principi costituzionali, se colti nella loro dimensione programmatica, depongono a favore del raggiungimento della piena unità della giurisdizione.

1. All'amministrativista è stato chiesto di interrogarsi sull'unificazione della giurisdizione nella prospettiva dell'abbandono della dualità¹ del giudice (ordinario e amministrativo). Non, dunque, di domandarsi² se «serve ancora una giustizia amministrativa» (che è una domanda mal posta o quanto-

meno ingannevole)³, bensì se serve ancora un giudice speciale.

Ho provato allora a fare una ricognizione delle ragioni di attualità di tale giudice⁴, ma non sono riuscito a trovare nessun argomento decisivo; a tutto beneficio di quelli, molto solidi, a favore dell'uni(ci)

1. Che è anche dualismo.

2. Come si è fatto poche settimane fa in una Tavola rotonda svoltasi a Firenze (Auditorium al Duomo, 24 febbraio 2014).

3. È fuori discussione che la giustizia amministrativa serva, anzi, che non se ne possa fare a meno, visto che essa «ha come ragione la garanzia del cittadino nei confronti della Pa» (A. Travi, *Tre priorità per la giustizia amministrativa*, in *Sole 24 Ore*, 5 marzo 2014; ma dello stesso A. vedi anche *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380, dove osservava che «in gioco [non può essere] l'ampiezza della funzione giurisdizionale complessiva nei confronti dell'Amministrazione»; v. altresì L. Torchia, *Giustizia ed economia*, editoriale pubblicato sul *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2014, in www.irpa.eu e F. Volpe, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it).

Semmai, di fronte alla contestazione proveniente dai politici e dagli amministratori che la giustizia amministrativa per porre rimedio alla lesione di un individuo o di un'impresa possa finire per creare un danno agli interessi di un'intera comunità (per esempio, bloccando o comunque ritardando gravemente la realizzazione di un'importante opera pubblica), sembra corretto insistere nella distinzione tra materie nelle quali l'esigenza effettiva è quella della tutela in forma specifica e materie nelle quali è sufficiente la tutela risarcitoria per equivalente: così D. Sorace, *Prospettive attuali del diritto amministrativo*, relazione al XX Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo (Roma 27 febbraio-1 marzo 2014).

4. Anche senza volere il pensiero corre a M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.

tà (organica e funzionale⁵), e quindi dell'unificazione, della giurisdizione⁶.

Il dibattito sul giudice amministrativo si è ormai aperto in modo franco e intendo prendervi parte, rispettando le diversità di opinioni che sono state manifestate in proposito. Sono, infatti, in giuoco "divisioni profonde"⁷ e risalenti, che in certi momenti della storia repubblicana sono tornate e tornano di attualità⁸. Questa divisione ha una sua dignità, nella misura in cui è espressione di impostazioni di fondo di diverso segno sistematico e valoriale.

2. Devo fare una premessa, per ricordare in moto sintetico un dato di partenza che dovrebbe essere a tutti noto.

Il giudice amministrativo come giudice speciale è figlio dell'idea che giudicare l'amministrazione è amministrare (*juger l'administration c'est encore administrer*⁹), risentendo pure del primato ottocentesco della funzione amministrativa, che richiede per essa un giudice apposito una volta operato il distacco

delle altre funzioni statali. Parimenti è il portato della componente autoritaria del pensiero liberale che, spezzando il *continuum* medioevale e premoderno tra giudicare e amministrare, vieta al giudice, al giudice ordinario, di interferire con l'amministrazione (si ricordino l'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, All. E; l'art. 13 della legge rivoluzionaria 16-24 agosto 1790; il decreto 16 fruttidoro anno III)¹⁰.

Questo modo di ragionare trascura la circostanza che sono il principio di legalità e la soggezione esclusiva alla legge a impedire al giudice di conservare il ruolo di amministratore e mediatore di interessi secondo un preteso ordine dato, così come è stato fino alla fine del XVIII secolo; non invece il divieto di annullamento del provvedimento amministrativo, giacché l'annullamento costituisce proprio applicazione della legge (senza sostituzione dell'amministrazione).

La specialità del giudice amministrativo ha, dunque, un fondamento storico¹¹ consistente in una interpretazione meccanica¹² e superata¹³ della separazione dei poteri.

5. A favore dell'esistenza di una unità funzionale si è più volte espressa, come è noto, la Corte costituzionale (v., per es., sent. n. 204 del 2004).

6. Su cui, di recente, E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 648 ss.; S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone - M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, 162 ss.

7. C. Marzuoli, *Note in tema di indipendenza della funzione e di organizzazione del servizio*, relazione al Convegno di studi *Indipendenza, terzietà ed efficienza del giudice amministrativo in Italia e in Europa* (Roma, 18 febbraio 2011), organizzato dall'Associazione culturale magistrati amministrativi "Art. 111".

8. In Assemblea costituente (sul punto, tra molti altri, G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 715 ss.; E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., 376 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 33 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 103 ss.; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid-online.it; di recente, M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 4/2014), come nella Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con l. cost. n. 1 del 1997 (v. C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.).

9. La frase risale a Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey (*De l'autorité judiciaire en France*, 1818).

10. Fondamentali su questi temi L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2011, 36 ss.; M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2011, 59 ss. (dove si ricorda anche che bisogna aspettare gli inizi del secolo XIX perché prenda corpo il concetto di *acte administratif*, di provenimento amministrativo autoritativo).

11. Asseriva G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921, che «la distinzione sia delle posizioni giuridiche che delle giurisdizioni ha solo una giustificazione storica, che si è voluta poi concettualizzare nelle materie più svariate e raffinate, ma che è semplicemente ancorata al modo di concepire l'amministrazione, i rapporti tra amministrazione e cittadini e i rapporti fra amministrazione e giurisdizione proprio dell'epoca in cui il sistema si è formato e che è ora del tutto obsoleta in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale».

12. Come piaceva più a un ideologo come A. Destutt de Tracy, che non al barone di Montesquieu (v. G. Zanfarino, *Alle origini del governo rappresentativo, L' "ideologia" costituzionale di Destutt de Tracy*, Roma, 1993; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 710).

Di «una rigida applicazione della divisione dei poteri, per cui il giudice ordinario, giudice dei diritti, non poteva essere giudice dell'amministrazione e il giudice dell'amministrazione non poteva essere che un'istanza speciale e diversa, prossima all'amministrazione stessa, senza poter essere giudice, se non del tutto mediamente, dell'interesse individuale, per quanto questo fosse sostanzialmente leso dalla illegittimità dell'atto compiuto dall'amministrazione» ragiona G. Pastori, *Per l'unità*, cit., 921.

13. Come dimostrano l'art. 24 Cost., che è «norma-cardine non solo per la tutela giurisdizionale del cittadino, ma anche per i rapporti fra

Va, pertanto, rovesciato il ragionamento che è stato fatto di recente, secondo cui «l'istituzione della giustizia amministrativa vale a salvaguardare il principio di separazione dei poteri, il quale, nella sua primigenia e iperrigida accezione, escludeva possibili forme di ingerenza del potere giudiziario sul potere esecutivo e, dunque, anche sugli atti della pubblica amministrazione», aggiungendo che «si potrebbe obiettare come l'evoluzione del pensiero liberale abbia dimostrato che la sostanza garantistica di tale principio non possa ritenersi scalfita da un sistema *monistico* della giurisdizione sugli atti amministrativi»¹⁴.

Il punto è un altro, opposto: è la salvaguardia dell'esecutivo, che rappresentava la giustificazione del sistema dualistico¹⁵, a scalfire la sostanza garantista del principio della separazione dei poteri.

3. Vediamo allora quali sono oggi¹⁶ gli argomenti addotti a fondamento della specialità del giudice

amministrativo.

Ripercorriamoli tutti molto sinteticamente, anche per criticarli. Anticipo che ne ho trovati una decina; avverto anche che gli ultimi due in particolare richiederebbero un'attenzione maggiore e un'analisi meno rozza o semplicistica di quanto non imponga il tempo a disposizione.

a) Invero, talvolta compare ancora l'argomento che la giustizia amministrativa mira alla «mediazione fra la salvaguardia degli interessi, particolari, dei privati e la tutela delle esigenze, generali, degli apparati burocratici»¹⁷, cosicché troverebbe giustificazione il «rapporto privilegiato»¹⁸ tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, l'«embricazione» con questa, come ebbe a dire Nigro¹⁹ (riconducibile, come è noto, alla nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato²⁰; al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali attribuite al Consiglio di Stato; agli incarichi extragiudiziari, specie negli uffici ministeriali

Amministrazione e giurisdizione» (A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit, 374), e l'art. 113, comma 3, Cost., che consente al legislatore di attribuire al giudice ordinario (sia pure «eccezionalmente»: così M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 156; v. anche G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 119 n. 4) il potere di annullare gli atti amministrativi (togliendone il monopolio al giudice amministrativo ed escludendo di riflesso che nell'attribuzione dell'anzidetto potere sia rinvenibile una possibile ragione di esistenza dello stesso giudice amministrativo).

A proposito di quest'ultima disposizione costituzionale si è, di recente, osservato che essa non permette al legislatore di assegnare al giudice ordinario la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, poiché «il potere di annullare l'atto presuppone l'esistenza della giurisdizione, non fonda la stessa» (R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287): malgrado il pregio dell'osservazione, sembra doversi tenere presente, da una parte, che storicamente la giurisdizione amministrativa e il potere di annullamento sono andati di pari passo (quasi identificandosi: v. G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Conticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746 ss.), cosicché la previsione di una pronuncia costitutiva significa anche previsione della giurisdizione; dall'altra, che in assenza di interessi legittimi non vi sarebbe spazio per l'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario (stando almeno ancorati all'ordine di idee della *degradazione* delle situazioni giuridiche soggettive: ma v. l'intervento in Costituente di Ruini, ricordato da V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit, che parte dal presupposto della compatibilità tra potere amministrativo ablatorio e diritto soggettivo, dell'esistenza del secondo a fronte dell'esercizio illegittimo del primo).

14. F.S. Marini, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in www.giustamm.it.

15. E che andava ben oltre «il riconoscimento del merito amministrativo», il quale può e deve essere garantito anche dal giudice ordinario (sostiene che «la vera ragione della pluralità delle giurisdizioni è la salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione dal potere dei giudici» e che «la salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione è niente altro che il riconoscimento del merito amministrativo» G. Montedoro, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in www.apertacontrada.it).

16. «Oggi la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa non può essere di ordine storico»: A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit, 375.

17. P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, 3.

18. L'espressione è di M. Protto, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 96.

19. M. Nigro, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, vol. II, 1051 ss.

20. Per l'analisi della problematica posta specificamente dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia e poco conosciuta v. S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009 (128 ss. in ordine alla composizione mista).

Riflettono anche sulla nomina governativa del Presidente del Consiglio di Stato M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 9 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni dottrinali.

di staff, dei magistrati amministrativi²¹).

Quanto ho appena detto sul principio di legalità e sulla soggezione alla legge è, però, sufficiente a demolire questo argomento. Il giudice, quale esso sia, deve applicare la legge, non fare mediazione tra interessi. A maggior ragione non deve perseguire l'interesse pubblico²², che è l'interesse di cui è portatrice una parte. L'interesse pubblico di fronte alla legge vale quanto l'interesse privato²³.

b) Per le stesse ragioni non può trovarsi la giustificazione del giudice speciale nel «tentativo di assicurare competenza e sensibilità ad un giudice che si confronta con l'esercizio di poteri autoritativi e con la realizzazione di interessi pubblici»²⁴. Ma questo argomento ha più sfaccettature e vi tornerò sopra.

c) Dove poi si osserva che è «la pluralità degli ordinamenti giuridici interna allo Stato – ossia il *diritto nello Stato* – che si intende salvaguardare, assicurando autonomia a quegli ordinamenti attraverso la

previsione di un giudice *interno o riservato*»²⁵, si ha la clamorosa confessione che il soggetto privato non gode delle garanzie dell'ordinamento generale o, se si preferisce, che il giudice amministrativo è il giudice della pubblica amministrazione, ancora una volta con buona pace della parità tra le parti in giudizio²⁶.

E non si dica, come talvolta si fa²⁷, che è l'art. 100 Cost. a configurare in tale modo il giudice amministrativo, perché i lavori dell'Assemblea costituente mostrano chiaramente che definendo il Consiglio di Stato «organo di tutela della giustizia nell'amministrazione» si intendeva fare riferimento all'attività consultiva prestata in occasione del ricorso straordinario al presidente della Repubblica, in piena conformità alla collocazione della disposizione nella sezione III del titolo III, dedicata agli «organi ausiliari» del Governo (altra questione è la progressiva e sostanziale giurisdizionalizzazione di tale ricorso²⁸)²⁹.

Del resto, che il giudice amministrativo non sia il giudice della pubblica amministrazione, dell'interesse pubblico o della legalità amministrativa³⁰ è lo stes-

21. Serve a poco replicare che incarichi extragiudiziari sono attribuiti anche ai magistrati ordinari, perché il problema non consiste solo nell'incarico in sé e per sé (si veda per indicazioni bibliografiche G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 165 n. 61), quanto nella collateralità tra il giudice amministrativo e la pubblica amministrazione, dal momento che il giudice amministrativo è il giudice delle controversie con la pubblica amministrazione (rileva M. Protto, *Le garanzie*, cit. 99, che «essendo per natura ed istituzione i giudici dell'amministrazione, i rapporti dei giudici amministrativi con l'esecutivo rilevano non solo sotto il profilo dell'indipendenza, sia funzionale che istituzionale, ma anche sotto il profilo dell'imparzialità e dei rapporti con le parti, dal momento che la pubblica amministrazione è parte necessaria del processo amministrativo»).

Senza con questo dimenticare che quella degli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi è solo la punta dell'iceberg di un problema di vaste dimensioni, considerato che il tendenziale superamento degli *status* di origine medioevale e la conquista dell'unità dell'individuo hanno per converso aperto a tutto tondo nella società contemporanea la questione riassumibile nel concetto di incompatibilità e in quello di conflitto di interessi.

Suggeriva di stabilire «l'incompatibilità fra l'ufficio di consigliere di Stato o della Corte dei conti e quello di capo di gabinetto o capo ufficio legislativo» P. Virga, *Il falso problema della commistione*, in *Foro amm.*, 1997, 2926.

22. Circa il «crescente, quasi rassicurante, richiamo del giudice amministrativo alla «stella polare dell'interesse pubblico» [...] nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari [...] nella recente stagione del potenziamento [...] degli strumenti di tutela delle situazioni soggettive» v. G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura*, cit. 754-755.

23. Fondamentale in proposito A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit. 61 ss. e 115 ss.

24. F.S. Marini, *Unità*, cit.

25. Ancora F.S. Marini, *Unità*, cit.

26. Si ha pure «la sottolineatura del carattere ordinamentale e tendenzialmente autosufficiente [del potere esecutivo] come persistente presenza dello Stato assoluto, autolegittimato e resistente alla subordinazione al legislativo o comunque alla delimitazione del proprio ruolo nell'ambito della tripartizione dei poteri» (C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit. 898).

27. V. per esempio G. Montedoro, *Processo economico*, cit.

28. Su cui v., per esempio, P. Gotti, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm.*, 2013, 2592 ss.; A. Travi, *La giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss.

La questione è stata di recente affrontata da C. cost., 2 aprile 2014, n. 73.

29. Nella seduta di sabato 25 ottobre 1947, sotto la presidenza di Umberto Terracini, l'Assemblea costituente approva la formulazione del primo comma dell'art. 93 (corrispondente all'art. 100 del testo finale della Costituzione) sulla base della riconducibilità dell'espressione alla funzione consultiva, intendendo in tal modo lasciare impregiudicata la questione dell'unità o meno della giurisdizione, che sarà affron-

so Consiglio di Stato in adunanza plenaria ad averlo proclamato con nettezza in molte recenti occasioni, sostenendo il carattere soggettivo e non oggettivo della giurisdizione amministrativa³¹. Non potrebbe essere diversamente visti gli artt. 24 e 111 Cost.³².

d) Un altro argomento addotto è che «la tutela prestata dal giudice amministrativo è estremamente rapida rispetto a quella offerta dal giudice ordinario»³³.

Si tratta di un argomento di carattere pratico il quale è inidoneo, in quanto tale, a dare fondamento al giudice speciale. Esso, comunque, non potrebbe reggere il confronto con le ragioni di carattere viceversa sistematico a favore dell'unità della giurisdizione. Spingerebbe, semmai, a elaborare soluzioni organizzative e processuali che conservino la rapidità di giudizio, una volta proceduti all'unificazione delle giurisdizioni.

Ma non è neppure un argomento tanto veritiero. Per svariati motivi.

Intanto, la giustizia amministrativa è rapida dove è accolta la domanda cautelare: se questa non è accolta e non si è in un rito speciale, è altra musica³⁴.

Non va, poi, taciuto il profilo relativo al processo di esecuzione: il giudizio di ottemperanza, spesso decantato, rischia, in concreto, di essere una farsa, grazie a quegli ordini ripetuti di ottemperare³⁵, che procrastinano all'infinito l'esecuzione³⁶. Il resto lo fa il *self-restraint* del commissario *ad acta*, rivelatore di una contiguità con la pubblica amministrazione, cui nessun ridimensionamento ha condotto la pur condivisibile qualificazione normativa³⁷ dello stesso commissario quale organo ausiliario³⁸.

Che dire poi dei conflitti e delle questioni di giurisdizione³⁹? L'unificazione della giurisdizione (magari attraverso la creazione di sezioni specializzate amministrative, con accorgimenti organizzativi e processuali che valgano a sottrarle dalla «crisi profonda della giustizia ordinaria»⁴⁰) risolverebbe *d'emblée* il problema, eliminando la messe di sentenze sulla giurisdizione dei giudici di merito e della Corte di cassazione.

tata nella discussione del successivo art. 95 (si veda in particolare l'intervento di Meuccio Ruini, Presidente della cd Commissione dei 75). Sul punto v. anche A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit., 82 ss.

Rileva che «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» M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 13.

30. Che è «la legittimità dispiegata come verifica del corretto perseguimento dell'interesse pubblico» (C. Marzuoli, *Note*, cit).

31. V., tra altre, C.S., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 e C.S., ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30.

32. Sia consentito rinviare in proposito a L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

33. Si veda *sub F.* Fischione, *Resoconto del convegno: Fuga dal giudice amministrativo?* in www.giustamm.it.

34. Ha rilevato D. Sorace, *Prospettive attuali*, cit., che dal momento che il codice sul processo amministrativo prevede dei riti abbreviati per certi tipi di controversie (quelle di maggior importanza economica) ed esiste tutt'ora un enorme arretrato («anche se in via di riduzione è lontano il tempo in cui è prevedibile che Achille raggiunga la tartaruga»), la durata dei processi per le liti che non possono accedere alla corsia preferenziale non solo è prevedibilmente lunga ma può essere di durata indefinita e magari infinita.

35. Adesso addirittura positivizzati dall'art. 114, comma 4, lett. a), cpa.

36. Rileva in maniera condivisibile G.F. Ricci, *Principi*, cit., 191, che «nel campo amministrativo, particolarmente deboli si presentano i mezzi per ottenere l'esecuzione del giudicato».

37. Ai sensi dell'art. 21 cpa.

38. Tanto da doversi domandare se non convenga anche in Italia fare affidamento per l'esecuzione sulle misure coercitive indirette.

39. Rileva F.S. Marini, *Unità*, cit., che «vi è un'intuitiva esigenza di semplificazione, in quanto l'unitarietà della giurisdizione evita le omonime questioni e gli omonimi conflitti, a tutto vantaggio dell'effettività della tutela degli interessi dei singoli», aggiungendo che è vero «che il problema è stato in parte sdrammatizzato dall'innovazione della *traslatio iudicii*, ma è altrettanto vero che l'introduzione dell'istituto sembra quasi stare a sottolineare l'artificialità della differenziazione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, rispetto ad un processo che, indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo, cerca sempre di più di strutturarsi come unitario». Lamenta di recente l'incertezza sul giudice competente F. Satta, *Fuga dal giudice amministrativo*, in www.apertacontrada.it.

40. A. Travi, *Tre priorità*, cit.

A Costituzione invariata meriterebbe invece approfondimento una idea suggerita di recente da Domenico Sorace, prendendo spunto dai processi di semplificazione amministrativa e, in particolare, dall'adozione dello sportello unico per le imprese. La proposta (decisamente preferibile, lo dico incidentalmente, a certi progetti di legge che vanno a modificare *in più* o *in meno* i gradi del giudizio amministrativo⁴¹) è quella di pensare, utilizzando a fondo l'informatica e la telematica, sulla scorta della digitalizzazione della redazione degli atti processuali, a uno sportello unico per l'accesso al servizio della giustizia, che sposti su una sorta di *back office* la risoluzione di questioni di competenza e giurisdizione⁴².

e) Non sembra probante l'argomento tratto dalla comparazione, perché «la considerazione dei principali sistemi giuridici mostra la progressiva affermazione di un distinto sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, anche nei sistemi

di radicata tradizione monistica»⁴³, ma non anche di un distinto giudice⁴⁴. Il che vale per la Spagna, per la Germania e per l'Inghilterra (dove domina il *judicial review*⁴⁵). A difendere con orgoglio il giudice speciale certamente vi è l'esempio della Francia⁴⁶.

f) Riappare talvolta la tesi, sostenuta in passato da autorevoli studiosi, che «le ragioni della specialità [siano] da rinvenire nella necessità di una particolare *forma mentis* che consenta una più penetrante comprensione dei rapporti controversi», contro la quale si è però condivisibilmente osservato che gli incarichi extragiudiziari⁴⁷ e i compiti di amministrazione consultiva, per quanto garantiscano «l'arricchimento dell'esperienza e della formazione professionale del magistrato amministrativo», ne compromettono anche l'indipendenza, impedendo di «escludere in radice l'eventualità di pressioni, interferenze e condizionamenti nell'esercizio delle funzioni»⁴⁸. Del resto, portando alle sue conseguenze la tesi in questione dovrebbe dirsi, non tanto paradossalmente, che il

41. Qualche osservazione in proposito in M. Clarich, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2014, n. 21.

42. D. Sorace, *Prospettive attuali*, cit.

43. M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *ASTRID – Rassegna*, n. 35 del 2006. In proposito v. anche B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.; D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.

44. Che tale non può dirsi il giudice specializzato, come quello spagnolo (come sottolinea A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 6) o quello inglese (nella veste dell'*Administrative Court*: v. E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 650). Quanto al giudice amministrativo tedesco, la sua indipendenza non ne autorizza la qualificazione di giudice speciale, determinandone l'appartenenza all'ordine giudiziario (v. R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, 291 ss.; G. Montedoro, *Processo economico*, cit; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit); non diversamente da quanto avviene per il giudice civile e penale: come è testimoniato dalla circostanza che non esiste un tribunale dei conflitti.

45. V. E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 650. Sul *judicial review* v., tra altri, anche P. Cane, *Judicial Review in the Age of Tribunals*, in *Public Law*, 2009, 479 ss.; sugli *Administrative Tribunals*, sempre tra altri, anche G. Ligugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei Tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432 ss. e M. Macchia, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

46. Nel sito istituzionale del *Conseil d'Etat* può leggersi che esso assicura il rispetto effettivo del diritto da parte dell'amministrazione pubblica francese come conseguenza della sua doppia funzione, giurisdizionale e consultativa. Secondo E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 647, il modello francese « informato al criterio del diritto obiettivo » non si ispirerebbe « a una separazione così netta come avviene in Italia ».

47. Come capi di gabinetto o capi degli uffici legislativi dei ministeri, o come commissari di autorità amministrative indipendenti.

48. Così G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 148-150, 160 e 166, cui nondimeno si rinvia per le indicazioni bibliografiche relative agli autori della tesi in discussione.

Anche G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 282 ss., ridimensiona la sua preoccupazione per l'imparzialità del giudice amministrativo, vedendo nei fenomeni che generano continuità o contiguità tra questo giudice e la pubblica amministrazione fattori di *expertise* tecnico-amministrativa dello stesso giudice, affermando tuttavia in modo netto che « il giudice speciale è portato a compenetrarsi maggiormente con le ragioni dell'interesse pubblico e dunque dell'amministrazione ».

Circa la *forma mentis* del giudice amministrativo e il suo modo di ragionare « capace di diluire il dato puramente normativo e fattuale che circonda le fattispecie entro un più ampio quadro di riferimenti storico-culturali che alimentano dall'interno un articolato meccanismo di conversione logico-deduttiva delle genetiche ambivalenze organizzative e funzionali (ritenute capaci di esprimere valori sistematici da immettere nel circuito interpretativo) in polivalenti e (tendenzialmente) inesauribili risorse decisorie » v. G. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura*, cit, 782-786.

miglior giudice penale è quello che ha fatto o fa anche il poliziotto⁴⁹.

g) Si sostiene, poi, che il giudice ordinario dia minori garanzie di tutela delle situazioni giuridiche del soggetto privato⁵⁰.

Ne rappresenterebbe una prova l'interpretazione timida o riduttiva da parte di tale giudice della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (nel suo allegato E).

Non si considera, tuttavia, che fino al 1877 il Consiglio di Stato, quale organo di risoluzione dei conflitti, negò costantemente la giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico con la pubblica amministrazione e neppure si valuta a sufficienza il fatto che negli anni immediatamente successivi la Cassazione abbandonò l'incompatibilità tra potere e diritto⁵¹. Soprattutto però non convince l'utilizzazione del metro dell'allora per l'ora⁵², in una lettura della storia sociale e istituzionale italiana all'insegna di una forzata continuità.

Né si può trovare la controprova al momento attuale della *deference* del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione nella diminuzione della tutela dei pubblici impiegati dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro⁵³, giacché la (asserita) riduzione di tutela è in ogni caso compensata dai vantaggi che si collegano a una diversa tecnica di tutela, più certa (e prevedibile) in quanto derivante dalla pre-esistenza di diritti soggettivi. Inoltre, il fatto che la tutela nel sistema del pubblico impiego non privatizzato si strutturi diversamente per qualità e quantità dimostra piuttosto che il

sindacato del giudice amministrativo rischia continuamente di andare oltre la tutela in senso proprio (quella che ha per oggetto le situazioni giuridiche soggettive), perché quel giudice tende a individuare i parametri del proprio sindacato a partire dall'interesse pubblico (o dalla funzione), anziché utilizzare le regole di comportamento che derivano dalle norme giuridiche, siano esse determinate oppure indeterminate (ma in ogni caso riempite di significato, utilizzando *standard* di condotta di comune accettabilità)⁵⁴.

In giuoco, insomma, è l'alternativa tra disciplina (e sindacato) del potere e disciplina (e sindacato) del rapporto⁵⁵, dove in entrambi i casi vi sono perdite e guadagni, ma tutti in fondo dipendono dalla prospettiva assunta.

Non si può, però, concludere sul punto senza osservare che il dibattito tutela maggiore/tutela minore risulta, in generale, attraversato da una certa apoditticità e vacuità, essendo per lo più assenti analisi circostanziate e difettando per l'appunto convergenze sulle angolazioni da cui osservare, o anche solo potere osservare, i fenomeni e gli istituti giuridici. Lo dimostra paradossalmente la riflessione sullo stesso processo amministrativo; si pensi solo alle interpretazioni sull'annullabilità non pronunciabile (ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, l. n. 241 del 1990), che la dottrina amministrativistica in larga parte legge come un attentato alla giustizia amministrativa (o alla legalità), eppure ha solo eliminato (o può essere vista avere eliminato⁵⁶) una *iperprotezione* dell'interesse legittimo⁵⁷; oppure si pensi alle lodi tessute all'introduzione dell'azione di adempimento rispet-

49. Così C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit, 903.

50. V., per esempio, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss. Ragiona di «una sorta di *trade-off* tra indipendenza e deferenza», per cui «quanto più il giudice è in qualche modo vicino all'amministrazione, quanto più egli si sente autorizzato a rivederne le decisioni e a rispondere direttamente l'interesse pubblico», anche G. Napolitano, *La logica*, cit, 304.

51. Così A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, IV, 21 ss.

52. Rileva A. Travi, *Per l'unità*, cit, 372, che «la vicenda della soppressione del contenzioso amministrativo non è significativa per capire quali risultati produrrebbe un sistema di giurisdizione unica, oggi, nel Paese».

53. V. *sub* F. Fischione, *Resoconto*, cit

54. In questo senso C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; C. Marzuoli, recensione a A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1143 ss.

55. Analizzata con rigore da A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

Sul confronto tra sindacato sul potere pubblico e sindacato sui poteri privati v. anche G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

56. Come si è cercato di dimostrare in L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 ss., cui si rinvia anche per indicazioni bibliografiche.

to all'attività vincolata della p.a., quando invece andrebbe o potrebbe essere utilizzato lo schema dell'art. 2932 cc, cioè una sentenza che tiene direttamente luogo dell'atto amministrativo⁵⁸.

Resta ancora da osservare che, pur a non voler dar credito a quanto si è venuti dicendo, andrebbe comunque tenuto presente che «nella prospettiva della giurisdizione unica, il giudice unico deve disporre di strumenti processuali adeguati anche per il contenzioso con l'amministrazione»⁵⁹.

h) Un'altra spiegazione è che il giudice amministrativo sia speciale perché speciale è il diritto amministrativo. Argomento talora ridotto alla «specialità della posizione soggettiva vantata dal privato nel corso del giudizio amministrativo»⁶⁰.

La spiegazione⁶¹ è davvero molto debole, perché «semmai può ammettersi che la specialità del diritto sostanziale giustifichi l'introduzione di giudici specializzati» (o, comunque, di un giudice come quello tedesco, decisamente indipendente⁶²). Vi è, infatti, differenza tra giudice specializzato e giudice speciale⁶³: quest'ultimo «si caratterizza non

per la propria competenza, ma per il proprio stato giuridico, che è diverso da quello dei magistrati ordinari»⁶⁴.

Non si può, tuttavia, tacere che almeno le figure dogmatiche centrali su cui è costruito il diritto amministrativo non sono più, o possono non essere considerate più, espressione di un diritto speciale.

Questo vale, innanzitutto, per l'interesse legittimo, di cui si inizia a riconoscere la struttura del diritto di credito: al bene finale, se il provvedimento amministrativo ha carattere vincolato; all'attribuzione della *chance* legale, se il provvedimento è discrezionale (dove la legittima valutazione della p.a. scioglie le incertezze in cui il legislatore ha lasciato il soggetto privato rispetto a opportunità garantite sulla base di condizioni predeterminate⁶⁵).

Vale anche per l'eccesso di potere e le sue fattispecie sintomatiche, che sono riconducibili a violazione di legge o a violazioni di clausole generali (in ogni caso e sempre a violazioni di regole di condotta)⁶⁶.

Vale nondimeno per il potere amministrativo: il potere (la scelta) unilaterale esiste, ricorre anche in diritto privato, societario, del lavoro, ecc., ma l'eti-

57. Dovrebbe ormai essere chiaro che la logica dell'interesse pubblico, del potere e della funzione condiziona la tutela giurisdizionale in difetto ma anche in eccesso: così C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 412 ss.

58. Sia consentito rinviare ancora a L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit.

59. A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380; similmente, C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit, 910.

60. V. A. Mangia, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 736 ss.

61. Trascurando il fatto che la specialità del diritto amministrativo è assunta come «punto di partenza necessario», mentre dovrebbe invece essere «verificata e dimostrata» (così A. Travi, *Conclusioni*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, cit, 144, ma già A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit, 13 dell'estratto).

62. *Supra* nota 42.

63. Vengono, invece, messi sullo stesso piano da M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit, 145 (ma dello stesso A. v. anche *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, ove la più ampia illustrazione della tesi della corrispondenza biunivoca tra diritto pubblico e giudice amministrativo).

64. A. Travi, *Conclusioni*, cit, 145, aggiungendo di conseguenza che «il sindacato sul cd potere amministrativo, comunque venga configurato, non può costituire una giustificazione della specialità della giurisdizione».

Difficile seguire il ragionamento di F.S. Marini, *Unità*, cit, il quale, rilevato che «discutibile è [...] che i giudici speciali siano giudici più competenti», che «ciò sembra vero sia per le modalità di selezione, ossia per le materie del concorso, sia perché la specializzazione accresce l'esperienza e le conoscenze nel singolo settore» e che «il Costituente era consapevole di tali vantaggi e allo scopo ha previsto l'introduzione delle sezioni specializzate, che agevolmente possono replicare le condizioni che favoriscono le competenze settoriali», si interroga «sull'opportunità di trasformare in sezioni specializzate del giudice civile il giudice tributario, il Tribunale superiore delle acque pubbliche o il Commissario degli usi civici», ma non anche il giudice amministrativo.

65. *Amplius*, L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit.

66. *Amplius* C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit, dove anche si riconduce lo sviamento di potere a un difetto della causa del provvedimento amministrativo, che ne determina la nullità.

Non ha pregio, pertanto, l'osservazione secondo cui è «noto come solo nei sistemi dualistici – come è il nostro – il sindacato sugli atti della p.a. possa estendersi al vizio dell'eccesso di potere e comporti l'annullamento e la sospensione dell'atto amministrativo, emettendo sentenze costitutive» (F.S. Marini, *Unità*, cit). Tale osservazione, oltretutto, pretermette ogni domanda su ciò che avviene, per esempio, in Spagna e in Germania.

chetta di “amministrativo” non ne muta la struttura; non trasforma e gonfia la sua forza travalicando l'attribuzione e la disciplina della legge; neppure autorizza a distinguere tra limiti esterni e limiti interni o tra limiti negativi e limiti positivi⁶⁷. Quello che cambia, ed è veramente diverso, è quanto è riconducibile alla dimensione della organizzazione e della responsabilità politica. È evidente che è in giuoco uno dei dibattiti più importanti della scienza del diritto amministrativo, che qui va bruciato in poche battute⁶⁸.

Preme piuttosto rilevare che l'ultimo baluardo della specialità del diritto amministrativo è in realtà rappresentato dal cd terzo. È stato detto, criticando la logica del rapporto obbligatorio applicata alle relazioni autoritative tra pubblica amministrazione e soggetti privati: il terzo «potrebbe non avere diritto al rispetto di certe norme in termini di pretesa alla liceità del comportamento, ma magari avere diritto al rispetto di quelle stesse norme in termini di corretto esercizio della funzione (di corretta cura dell'interesse pubblico)»⁶⁹.

È questo, però, un ordine di idee che, mentre tiene in vita le più risalenti concezioni delle situazioni

giuridiche dei soggetti privati di fronte all'esercizio del potere amministrativo, conserva al processo l'originaria dimensione oggettiva. Sembra, infatti, doversi ragionare lungo questa direttrice: il cd terzo o è inserito in un rapporto, seppure multipolare, che dà diritto a un certo comportamento; o non è parte del rapporto (quindi, è terzo in senso proprio) e ciò nonostante è titolare di un diritto assimilabile a quello cui fanno rinvio le norme del codice civile quando fanno «salvi i diritti dei terzi»; se, poi, non è riconducibile a nessuno di questi due modelli, sembra essere giunto il tempo che sia visto come titolare di un interesse semplice (non di una situazione giuridica soggettiva o di un interesse legittimo), giacché l'interesse alla «corretta cura dell'interesse pubblico» lo ha ogni consociato⁷⁰.

La (supposta) specialità del diritto amministrativo ha anche un altro fronte: quello del processo⁷¹, di cui però si riconosce diffusamente l'avvicinamento a quello civile⁷². La *civilizzazione* del processo amministrativo toglie giustificazione all'esistenza del giudice speciale⁷³. Come è stato osservato, «se si riconosce [...] che il giudizio amministrativo è un processo di parti che ha ad oggetto il rapporto amministra-

67. Perché le regole giuridiche di comportamento sono sempre uguali a se stesse, a prescindere dal destinatario (e dalla loro intensità e quantità), considerato che ogni limite (o vincolo) può essere letto tanto in positivo che in negativo (esemplificando: sii corretto, non essere scorretto; sii imparziale, non essere parziale; persegui quel fine, non perseguire un fine in contrasto con quello) e che una volta rispettata ogni regola giuridica che insiste sull'esercizio del potere sono possibili distinzioni soltanto se queste attengano a un piano diverso da quello relativo alla stessa osservanza della regola. Ammesso anche che possa sostenersi che non esiste il cd merito amministrativo, ovvero uno spazio di deliberazione non coperto dalle regole giuridiche (ma semmai da quelle dell'opportunità e della politica), poiché «il fatto che nel caso concreto siano ammissibili più soluzioni non significa che il diritto è indifferente alla scelta quanto piuttosto che altrettante soluzioni sono giustificate» (M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 164; ma v. anche B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013), dovrebbe parimenti sostenersi che non esiste la libertà o l'autonomia privata.

68. V., in particolare, nei termini di cui al testo, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1211 ss.); Id., recensione a B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, in *Dir. pubbl.*, 2001, 783 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici*, cit, 1573 ss.); C. Marzuoli, *Un diritto 'non amministrativo'*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 133 ss.; Id., recensione a A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit; L. Ferrara, *Giudice amministrativo e diritto dei privati*, in www.grupposanmartino.it.

69. F. Merloni, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 483 ss.

70. Ha aperto questa direttrice di riflessione S. Civitarese, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 474 ss.

71. Giustifica la conservazione del modello attuale di giudice amministrativo in virtù delle «tecniche di tutela elaborate» da questo giudice G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 159.

72. M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea - M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Costituzione*, Napoli, 2006, 505 ss.; L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 337 ss.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; Id., *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in www.giustizia-amministrativa.it.

73. Similmente, A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit, 14 dell'estratto; M. Esposito, *La naturale capacità espansiva della giurisdizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2011, 2668 ss.

tivo, il problema dell'indipendenza ed imparzialità del giudice diventa centrale⁷⁴. Nel momento in cui i piatti della bilancia, che rappresenta figurativamente la giustizia (oggi, più finemente, potremmo dire il giusto processo), scendono e al tempo stesso salgono per un peso che consiste esclusivamente nella legge, è essenziale che la bilancia sia ben tarata.

Insomma, più si avvicina la parità delle situazioni giuridiche soggettive davanti alla legge (parità sostanziale) e negli strumenti di tutela (parità processuale), più si fa vistoso il *deficit* di indipendenza e imparzialità dello *status* del giudice amministrativo⁷⁵.

Restano naturalmente molti aspetti del processo amministrativo che lasciano ancora insoddisfatti (dal punto di vista dell'effettività della tutela). Si potrebbe segnalare che il risarcimento dell'interesse legittimo conta molte affermazioni di principio e poche condanne; che continua a mancare un termine preclusivo che scandisca l'attività difensiva dell'amministrazione intimata⁷⁶; sarebbe possibile andare avanti a lungo. Ma forse vi è un aspetto che merita ricordare più di ogni altro: come può essere effettivo un proces-

so in cui la cognizione non garantisce soddisfazione, perché al suo termine si può essere costretti a tornare dallo stesso giudice della cognizione (secondo la teoria del cd doppio binario)⁷⁷?

i) Non poteva mancare il rilievo che il giudice amministrativo non può essere oggetto di discussioni, perché è stato confermato dal Costituente o dalla Costituzione⁷⁸, perché è un «giudice speciale costituzionalizzato»⁷⁹. Argomento al quale spesso si accompagna quello relativo alle conquiste del giudice amministrativo in termini di effettività della tutela⁸⁰, che ricorda, rinnovandole, le prese di posizione avanzate in sede di dibattito costituente «che si risolvevano nell'apprezzamento per il ruolo svolto in precedenza dalle giurisdizioni amministrative e dal Consiglio di Stato in particolare di cui si sottolineava l'alta qualificazione»⁸¹ o la «prova di grande indipendenza nel contesto problematico della dittatura fascista»⁸².

Si deve in questo caso osservare che la tradizione non è un mostro sacro, non è un feticcio⁸³: nessuno intende mettere in dubbio i meriti storici del Consi-

74. M. Protto, *Le garanzie*, cit, 101. Aveva già osservato D. Sorace, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, IX, che «se alle origini una tutela imperfetta poteva essere apprezzata come evoluzione positiva a fronte di una totale assenza di tutela, in un mutato contesto storico-ideologico, la mancata e piena attuazione dell'equo/giusto processo non potrebbe avere giustificazione». Altra questione è se esistano e se debbano esistere «principi specifici del processo amministrativo»: v. in proposito G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 ss.

75. Per la dimostrazione dell'alterazione della parità intrinseca del rapporto per effetto di siffatto *deficit* v. in particolar modo A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit, 101 ss.

76. Come ricordato anche da M. Protto, *Le garanzie*, cit, 110.

77. Ho avanzato una soluzione a diritto vigente, da cui discende in modo inevitabile l'accesso al giudizio di esecuzione (di ottemperanza) in *Domanda giudiziale*, cit

78. F.S. Marini, *Unità*, cit.

79. G. Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, 2. Del medesimo A. v. anche *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343 ss.

80. Afferma, per esempio, F.S. Marini, *Unità*, cit, che «l'opportunità *pratica* del giudice amministrativo rimane quanto mai attuale, perché certamente non è contestabile che si tratti di un giudice altamente qualificato, che ha acquisito negli anni un patrimonio di conoscenze e di sensibilità sui limiti alla discrezionalità della pa». Sostengono che «le esigenze addotte dal Costituente [...] paiono ancora valide, alla luce della prova che i magistrati amministrativi nel complesso stanno dando» M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 14, ritenendo peraltro «necessario rafforzare le garanzie di indipendenza dei giudici amministrativi, anche alla luce del dettato costituzionale».

81. G. Montedoro, *Processo economico*, cit (ma v. anche E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente*, cit, 922 ss., che, peraltro, ritiene che «la pluralità delle giurisdizioni [...] si accorda con il pluralismo sociale»). Sottolinea il ruolo e la rilevanza che ebbe nella circostanza l'apposita Commissione speciale del Consiglio di Stato, nominata il 10 maggio 1946 e presieduta da Meuccio Ruini (pure Presidente del Consiglio di Stato e, come già ricordato, Presidente della cd Commissione dei 75), D. Sorace, *Il ruolo dell'atto*, cit, 104.

82. M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit, 158.

83. E la trasformazione del giudice speciale in giudice specializzato non è la Rivoluzione contro cui si ergeva E. Burke, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative*, Bologna, 1930, in nome della continuità tra passato e presente.

glio di Stato⁸⁴, ma si deve prendere atto di una sensibilità affinata e diversa, che non tollera che un giudice abbia relazioni con una parte processuale⁸⁵.

Ne è testimonianza l'attenzione portata dal Consiglio d'Europa nella Raccomandazione del 17 novembre 2010 sul principio dell'apparenza con una nettezza e una "oggettivazione" delle garanzie convenzionali⁸⁶, che travalica le indicazioni, pur importanti, provenienti dalla giurisprudenza della Corte Edu⁸⁷. Non basta, dunque, essere indipendenti, si deve apparire tali⁸⁸. Non vi è tutela dei diritti, laddove non vi è la "fiducia" dei cittadini nel sistema giudiziario⁸⁹.

Se questo è vero, non sembrerebbe troppo arduo guardare alla Carta costituzionale, sistematica-

mente interpretata, come a una lungimirante norma programmatica, che postula nel tempo la sua stessa riforma. In tanti, in fondo, hanno notato che in Costituzione ci sono "eccezioni", "ambiguità", "discrasie" e "contraddizioni", che ci sono norme e ci sono principi, che ci sono valori "fondanti" e disposizioni in "contrasto" con essi⁹⁰.

Il principio individualistico di cui all'art. 24 Cost.⁹¹; il principio di imparzialità, dopo l'impatto "eversivo" della riforma dell'art. 111⁹²; il principio di uguaglianza e di uniforme interpretazione del diritto (il cui rispetto è tanto più avvertito come indispensabile quanto più trovano applicazione nel diritto amministrativo istituti e paradigmi civilistici)⁹³; questi principi appaiono tutti indicare come obiettivo il rag-

84. Rileva A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380-381, che «un giudizio positivo sull'operato del Consiglio di Stato non implica nulla sulla possibilità di realizzare oggi obiettivi migliori attraverso altre modalità di tutela giurisdizionale», aggiungendo che «è difficile capire fino a che punto si voglia rendere omaggio a una vicenda storica, o si voglia invece perpetuare un centro di potere».

85. V., ampiamente, F. Volpe, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, in corso di pubblicazione. Di una «conaturata incapacità del giudice amministrativo di assicurare una costante terzietà come garanzia di effettiva parità processuale» ragiona N. Saitta, *Un giudice amministrativo veramente "terzo ed imparziale", quindi veramente "giusto"?*, in www.giustamm.it.

86. S. Mirate, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, cit, 67 ss. Circa l'apparenza di imparzialità v. anche N. Zanone - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 190 ss. (194 ss. in riferimento ai consiglieri di Stato).

87. V., tra altre, Corte Edu 28 aprile 2009 (caso Savino); Corte Edu, III sezione, 3 marzo - 3 giugno 2005 (Brudnicka et a. c. Pologne), dove può leggersi al § 41 che «*in maintaining confidence in the independence and impartiality of a tribunal, appearances may be important*»; Corte Edu, I sezione, 3 febbraio - 3 maggio 2005 (Thaler c. Austria); Corte Edu, Grande Camera, 12 aprile 2006 (Martinie c. France); Corte Edu, III sezione, 9 novembre 2006 - 9 febbraio 2007 (Saciilor Lormines c. France).

Su questa giurisprudenza v. altresì S. Mirate, *Indipendenza*, cit, 78 ss. e S. Lariccia, *Indipendenza*, cit

88. S. Raimondi, *L'ordinamento*, cit, 202.

89. V. S. Lariccia, *Indipendenza*, cit Avverte C. Marzuoli, *Note*, cit, che il «sentire diffuso, che – giusto o sbagliato che possa essere in fatto –, dovrebbe comunque essere soddisfatto, specie quando non compromette valori essenziali o quando – addirittura –, come nel caso in esame, suggerisce quella soluzione che in astratto è - se non l'unica - certo quella sicuramente preferibile», cioè «l'esclusività della funzione».

In termini generali, sull'«importanza della fiducia che si crea a valle da parte dei cittadini nei confronti della giustizia», v. F. Ost, *Le rôle du Juge. Vers de nouvelles loyautés?/Il ruolo del giudice. Verso delle nuove fedeltà?*, in *Rassegna forense*, 2013, 673 ss.

90. V., variamente, G. Silvestri, *Giudici ordinari*, cit, 712; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto*, cit, 106; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, *passim*; A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380; Id., *Il Consiglio di Stato fra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.; G. Pastori, *Per l'unità*, cit, 923; R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 125 ss.; F. Merloni, *Funzioni amministrative*, cit, 500.

91. Che costituisce il "punto logico di partenza" dell'interpretazione sistematica della Costituzione, il quale si lega al principio del giusto processo di cui all'art. 111, in una lettura circolare le cui tappe intermedie sono gli artt. 101, 102, 103 e 113 (sempre Cost.): realizzandosi per tale via la piena corrispondenza tra "giudizio", "giustizia", "funzione giurisdizionale" e "giurisdizione", connotati univocamente dalla tutela individuale, dalla posizione paritaria delle parti, dalla indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice (A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 43 ss.).

92. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 73 ss, G. Campanelli (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013.

93. A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit

Anche A. Travi, *Per l'unità*, cit, 387, aveva rilevato «il pericolo che un medesimo diritto sia attuato in termini divergenti da ciascuno dei due giudici». Similmente, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 35.

giungimento della piena unità della giurisdizione⁹⁴.

La compromissione dell'“immagine” di indipendenza dei consiglieri di Stato in ragione dei rapporti di frequentazione con gli apparati di Governo⁹⁵, per un verso, la necessità di portare ad attuazione fondamentali principi costituzionali, per altro ver-

so, dovrebbero spingere a fare presto⁹⁶, a prevenire il sorgere del sospetto che i magistrati in altri affari affaccendati dipinti da William Hogart nel quadro stampato nella *brochure* di questo Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia possano essere anche i consiglieri di Stato.

94. E quantomeno a rivederne gli aspetti di potenziale violazione riscontrabili già al livello della legislazione ordinaria. Se è indubbio che la Corte costituzionale sia sinora stata un po' timida sul fronte del rispetto dell'indipendenza (così A. Travi, *Conclusioni*, cit, 147-148; S. Battini, *La giustizia amministrativa*, cit; M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 6-7), non è detto che continui a esserlo: basterebbe considerare che il suo attuale Presidente, pur riconoscendo secondo Costituzione giurisdizioni diverse, ha sostenuto quanto all'indipendenza che la stessa Costituzione «ammette un solo tipo di magistrato» (in un saggio oltretutto antecedente alla riforma dell'art. 111 Cost.: v. G. Silvestri, *Giudici ordinari*, cit; in termini simili, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 42).

95. A. Travi, *Tre priorità*, cit

96. Si conviene con R. Villata, *Giustizia amministrativa*, cit, che la questione vada fondamentalmente posta *de iure condendo*; lascia, in particolare, perplessi il recente tentativo dottrinale di riconoscere alla Corte di cassazione il controllo di legittimità sulle sentenze del giudice amministrativo, laddove la controversia verta su diritti soggettivi attribuiti alla sua giurisdizione esclusiva (così E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 2014, V, 157 ss.).

Appunti sull'unità delle giurisdizioni

di Alfredo Guardiano

L'Autore evidenzia come, dietro l'espressione elegante e nobile del pluralismo delle giurisdizioni, si nasconda una realtà assai più verace e concreta che ne rivela il particolarismo per l'inevitabile avvicinamento delle giurisdizioni speciali agli interessi speciali di cui sono espressione, dai quali sono state volute (giacché non son cadute dal cielo) e ai quali storicamente sono "sensibili", con i rischi che quegli stessi ambienti che sono riusciti a strappare una giurisdizione propria possano condizionarla nel processo di formazione dell'*habitus* del giudice, inculcando, più o meno avvertitamente, gerarchie di valori che sono la negazione della terzietà che costituisce l'essenza della cultura della giurisdizione.

L'esigenza d'avviare una seria riflessione sul problema dell'unità della giurisdizione nasce da una constatazione che ben può considerarsi oggettiva (nei limiti in cui ciò sia possibile per la conoscenza umana nelle scienze sociali). In Italia esistono, di promanazione direttamente statale, ben cinque giurisdizioni (ordinaria, amministrativa, contabile, tributaria e militare, a tacere di quei genuini reperti archeologici che sono il Tribunale superiore delle acque pubbliche ed il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana), oltre a quella speciale istituzione che è la Corte costituzionale, difficilmente classificabile secondo tradizionali criteri di riparto tra i poteri. Ciascuna giurisdizione, a garanzia della propria pretesa autonomia, dispone d'un organo d'autogoverno, che per la Corte costituzionale è meglio qualificabile come autodichia.

Ora, questo dato, di per sé oggettivo, da solo costituisce un'evidente ragione di criticità. Già molti decenni fa, all'evidenza inutilmente, Massimo Severo Giannini a proposito della pluralità di giurisdizioni in Italia, parlava di primitivismo istituzionale: con ciò intendendo alludere al fatto, storicamente constatabile, che in epoca medievale l'organizzazione giurisdizionale era caratterizzata da un pluralismo particolaristico, formula con la quale si designa (anche) il fenomeno della parcellizzazione della funzione giurisdizionale, compiuta nel perseguimento degli inte-

ressi corporativi di ciascun ceto, riottoso a sottoporsi ad un superiore potere regolatore.

Orbene, anzitutto è evidentemente contrario ad alcuni capisaldi della moderna civiltà giuridica che il *dicere ius* sia rimesso, nell'ambito d'un medesimo ordinamento, ad una pluralità di giurisdizioni tra loro prive di momenti efficaci di coordinamento. Il diritto, considerato sul piano sociologico, dovrebbe essere uno spasmodico creatore di certezze, giacché suo precipuo compito è consentire l'ordinato svolgimento dei rapporti sociali ed economici. E nessun ordine esiste senza predicibilità, giacché l'ordine richiede che chi agisce possa prospettarsi le conseguenze del suo fare e conoscere, entro limiti accettabili, le possibili reazioni dei soggetti con cui viene ad intessere relazioni. Ora, allorquando le giurisdizioni sono diversificate, la formazione di regole e principi coerente nell'ordinamento, è per definizione impossibile, perché nessuna soluzione è oggettiva, sicché quando ad assumere decisioni sono *law makers* diversi, le soluzioni saranno diverse. Quello che è vero in astratto è anche culturalmente spiegabile, giacché se l'esistenza di plurime giurisdizioni ha un effetto, e ce l'ha, è chiaro che questo sarà necessariamente nel senso d'avvicinare le giurisdizioni speciali agli interessi speciali di cui sono espressione e dai quali sono state volute (giacché non son cadute dal cielo).

E 'sensibili' lo sono storicamente. Basti pensare alla vicenda del giudice amministrativo. Nato non certo per perseguire la tutela degli interessi dei cittadini. Come emerge dagli studi dedicati alla sua origine, lo scopo principale dell'istituzione della IV Sezione (giurisdizionale) del Consiglio di Stato nel 1889, vale a dire la principale preoccupazione dei legislatori di quegli anni – non a caso ispirati dalla cultura riconducibile alla destra hegeliana ed al neoguelfismo meridionale – fu di sottrarre l'Autorità amministrativa al controllo del giudice ordinario, in modo da assicurare ad essa una forma di giustizia, se non proprio mansueta, certo non in grado di controllare in modo incisivo le scelte del potere. E non a caso, l'istituto al quale fu ben presto affidato il sindacato di legittimità – il cosiddetto *interesse legittimo* – si caratterizzò per un sindacato *occasionale* sull'azione pubblica, e cioè su di un controllo che il privato poteva sollecitare, ma solo se coincidente con l'interesse della Pa ed in limiti accortamente definiti dal concorrente criterio della *discrezionalità amministrativa*. E non a caso, ancora, la composizione soggettiva di quella giurisdizione si caratterizzò subito per una particolare contiguità dei giudici agli organi di governo.

Ora, non v'è dubbio che storicamente il processo d'unificazione delle giurisdizioni, e nelle giurisdizioni (si pensi per quest'ultimo caso alla vicenda delle ottocentesche cinque Corti di cassazione italiane), sia un percorso impervio. Proprio per la ragione storica della pluralità delle giurisdizioni, è evidente che le resistenze siano forti e che molti interessi, non solo delle corporazioni giurisdizionali, s'oppongano alla soppressione degli organi speciali. Sul piano d'una razionale ingegneria dello Stato, però, è difficilmente negabile che moltiplicare le giurisdizioni crei non pochi inconvenienti funzionali. A parte la già indicata – ma fondamentale – questione della certezza del diritto, un'enormità di questioni parassite – vale a dire del tutto disfunzionali rispetto ai compiti della giurisdizione – si producono per il sol fatto della compresenza di molti giudici sugli stessi spazi regolativi. Basti considerare quanto frequentati siano i lemmi come competenza e giurisdizione, per rendersi conto di come la conservazione di tanti, diversi oracoli del diritto (per usare l'efficace espressione d'un libro di Dowson, risalente ma di recente tradotto qui da noi) procuri infinite pene ai giudizi ed a coloro che in essi duellano. Ciò, per di più, in un sistema che com'è noto non certo brilla per i tempi in cui è in grado di realizzare la cosiddetta domanda di giustizia.

Ma l'inconveniente più grave della pluralità di giurisdizioni è nel cuore della questione. Come ben sa chiunque eserciti funzione di giudice o almeno l'abbia per davvero studiata, i risultati dell'attività interpretativa sono in gran parte legati alla qualità dell'interprete, alla sua formazione, alla sua cultura, al suo

abito mentale. La legge s'esprime attraverso simboli linguistici; i fatti, a regolare i quali essa è dettata, si compongono di concreti accadimenti della vita, di trasformazioni fisiche della realtà, di interne deliberazioni dell'individuo. Tutto un materiale che a fatica riesce a trovare adeguata espressione nelle parole che il giudice deve utilizzare per *tradurre* la realtà nel diritto. Non solo. Ma quelle della legge sono parole astratte, piene di carica simbolica, di rinvii a principi e valori, quasi sempre indefinibili, ma che si modellano nel dialettico confronto con il reale, il quale volta per volta li illumina, ne pretende adattamenti, li spinge a rendersi plastici. Ma adattamenti, modellamenti di norme e principi hanno bisogno d'un gran mediatore, e questi è il giudice. Ora, almeno di non voler peccare di falsa ipocrisia, che potrebbe agevolmente smontarsi con banali constatazioni (ad esempio di legittimi contrasti giurisprudenziali) o raffinate elucuzioni teoriche, è ben chiaro che il *significato*, alle espressioni della legge, soprattutto a quelle più generali (che sono quelle che all'ordinamento donano la necessaria spiritualità), lo fornisce l'abito mentale del giudice, quell'interiorizzazione di valori socialmente diffusi che egli ha fatto nel corso della sua formazione ed attività e che si traducono poi in concrete reazioni comportamentali: vale a dire in concrete decisioni.

Orbene, se c'è una cosa della quale il giudice mai dovrebbe mancare è quella che, con formula un pò usurata, si denomina *cultura della giurisdizione*. E che non può definirsi in una sola espressione, ma che ha bisogno d'una serie di puntualizzazioni in dialettico rapporto tra loro: è anzitutto capacità d'oggettivazione, vale a dire di sereno problematizzare la concreta questione, perché sia rapportabile all'ordinamento; abilità nel non far prevalere troppo personali visioni, rispetto a quanto la società richiede al suo giudice, essendo questi funzione della società; acquisizione di categorie di giudizio ampiamente ricettive, perché chi giudica non può essere onnisciente né sceglie ciò su cui deve esprimersi, ma deve avere adeguati mezzi critici per riconoscere i fatti che rilevano ed i valori di cui, grazie alla loro normatività, essi sono intrinsecamente portatori; grande abilità a mantenersi terzo rispetto – non tanto alle parti, il che è scontato, quanto – ai valori che si agitano, essendo quell'inavvertito condizionamento, rischio assai grande per il giudice di perdere il proprio *saper vedere*; significa, ancora, riconoscere in ogni momento il proprio valore d'indipendenza, che non vuol dire autoreferenziale spiritualismo assoluto, bensì molto concreta capacità di non lasciarsi indurre a scelte che non discendono dai parametri di giudizio ai quali la sua aperta e critica lettura dei valori normativi lo spinga, bensì da relazioni personali o anche, ancor più pericolose, cetuali; significa quindi anche responsabilità nel formarsi una spregiudicata cultura critica, priva d'ogni

(possibile) pregiudizio e sempre pronta a riconoscere le condizioni che limitano ed influenzano i processi di giudizio per sottoporli ad un attento vaglio di razionalità, ogni qual volta le questioni da esaminare lo richiedano per la ricchezza d'implicazioni che contengono. E molto altro si potrebbe dire, anche perché ciascuna delle ora articolate proposizioni richiederebbe a sua volta approfondimenti e definizioni non lievi.

Ma quel che qui importa, è che ognuna di quelle indicate componenti della cultura giurisdizionale è in posizione idiosincratca con la pluralità delle giurisdizioni: perché dietro quell'elegante ed anche nobile espressione pluralistica, si nasconde quella storicamente assai più verace e concreta di particolarismo. Pluralismo significa – in termini nobili – apertura al relativo, legittimazione d'una varietà di voci, spazio alla libertà di perseguire scopi diversi da parte di ciascuno, purché compatibili con quelli altrui; e così via. Ma questi nobili spazi della politicità umana non sono certo facilitati dalla pluralità delle giurisdizioni, perché della giurisdizione è creare sicurezze, indicando a ciascun consociato quel che può fare e cosa deve aspettarsi dalle sue azioni, poste in essere nell'ambito plurale delle possibilità che il patto sociale gli consente. Non è moltiplicando le giurisdizioni che s'accresce l'auspicato pluralismo; slargando gli organi competenti a dichiarare il diritto, si accresce la confusione ed il rischio che quegli ambienti che

sono riusciti a strappare una giurisdizione propria, quanto meno riescano a condizionarla culturalmente (per non dire altro) e dunque intervengano sul processo di formazione dell'*habitus* del giudice, inculcando, più o meno avvertitamente (per lo più in una condizione intermedia) gerarchie di valori che sono la negazione della terzietà.

Bisogna riconoscere, sempre sul piano dell'analisi razionale delle istituzioni, che la pluralità delle giurisdizioni un ruolo "positivo" lo svolge: e quello attiene alla tendenza del giudice italiano all'auto-referenzialità. È un fenomeno culturale ben noto, quello per cui dietro la gelosa custodia dei valori d'indipendenza ed autonomia, spesso l'assozionismo giudiziario celi intenti corporativi e d'irresponsabilità: e soprattutto intenda conservare uno spazio di sovranità, nel quale applicare regole che per altri sarebbero vietate (basti solo pensare a quanto quotidianamente accade allorché debbano distribuirsi le cariche magistratuali più importanti). Il processo d'unificazione delle giurisdizioni, verso il quale sembrerebbe proprio necessario d'andare, dovrà porsi questo carico: la correzione di quelle regole d'organizzazione, gestione e selezione del personale giudiziario, che più spingono verso il corporativismo, l'autoreferenzialità, l'irresponsabilità: vizi, com'è noto, propri dell'oracolo, che però in un sistema politico democraticamente maturo vanno senz'altri emendati con opportune misure.

Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato

di Silvia Mirate

L'Autrice riflette sulle modalità con cui gli atti della pubblicazione amministrazione sono soggetti a controllo giurisdizionale in alcuni sistemi giuridici stranieri, partendo dal presupposto che la nozione di *public law* storicamente si lega ad un regime di prerogative speciali del soggetto pubblico, e vada poi evolvendo verso forme di rispetto delle libertà.

L'A. osserva che i tratti autoritari del processo amministrativo francese sono temperati dall'azione del diritto europeo, mentre il giudice amministrativo tedesco ha sempre abbracciato il punto di vista della tutela soggettiva.

L'emersione delle *agencies* statunitensi e delle Corti amministrative inglesi, prosegue l'A., segna un irrobustimento delle garanzie procedurali, ma non il declino della tutela giurisdizionale in sede di *judicial review*.

L'A. conclude individuando una comune tendenza ad una uniformazione delle garanzie giurisdizionali.

1. Il diritto amministrativo come diritto speciale

Nel *Commentaries on the Laws of England* del 1875 Blackstone dedica una sezione ai *The rights of Persons*. Fra le '*persons*' Blackstone annovera la Corona, quale soggetto di diritto pubblico, quale unico soggetto di diritto pubblico. Questa è l'idea che più si avvicina nel diritto inglese alla nozione di Stato, quale ente pubblico, di matrice giuridica continentale. La caratteristica della Corona, quale *person of public law*, è il possesso di immunità, di una garanzia di irresponsabilità, di privilegi che costituiscono un regime derogatorio alla *common law*. Altre autorità, come le amministrazioni locali, le *local authorities* -

che noi oggi condurremmo inevitabilmente nell'area del diritto pubblico - vengono ritenute soggetti privati, *corporations* e non soggetti pubblici, in quanto non godono di tali privilegi e immunità¹.

Anche nel diritto inglese, quindi, che Dicey ci ha (tradizionalmente e direi forzatamente) abituato a considerare sotto il modello teorico del regime di *ordinary law of the land*, sottratto all'esistenza di un regime derogatorio di diritto amministrativo², il concetto di *public law* nasce legato ad una specialità, ad un regime di prerogative speciali riservate ad un soggetto, protetto in modo privilegiato dall'ordinamento in quanto persegue l'interesse pubblico, sopra e al di là di ogni interesse individuale.

1. D. Oliver, *What, If, Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, in M. Ruffert (ed by), *The Public-Private Law Divide: potential for transformation?*, London, 2009, 4.

2. In proposito S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 19, 5; Id., *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, 107 e ss.

L'immunità della Corona cadrà con il *Crown Proceeding Act* 1947, ma un dato permane: l'equazione diritto pubblico-prerogative speciali e regime derogatorio al diritto comune resta a connotare il sistema di *public law*. E questo non solo in terra inglese.

È un tratto comune a tutti gli ordinamenti. Il diritto amministrativo nasce ovunque come diritto speciale connesso alle peculiarità imposte dall'azione amministrativa e dalla protezione del pubblico interesse.

In tal senso il *Régime à droit administratif*, teorizzato da Maurice Hauriou, che connota fin dal periodo napoleonico il sistema francese, ne è l'esempio sovrano³. Si pensi alla nozione di *service public*, quale criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, ove caratteristica essenziale per definire il *service* è proprio il regime derogatorio rispetto al diritto comune⁴. Si pensi al *recours pour excès de pouvoir*, alla sua fortuna quale azione di annullamento per illegittimità dell'azione amministrativa, costruito con la formula del ricorso di tipo oggettivo, (progressivamente stemperata, attraverso una serie di riforme come quella relativa all'introduzione, nel 2000, di una forma di tutela cautelare, anche su pressione dell'ordinamento dell'Unione europea), che porta con sé l'ampiezza della legittimazione processuale (legata alla nozione elastica di un interesse concreto e attuale e non all'individuazione di una specifica posizione giuridica soggettiva), la rilevabilità da parte del giudice di *moyen d'ordre public*⁵.

Ma si pensi anche a come nasce il diritto amministrativo negli Stati Uniti. Con la necessità di costruire e garantire un potere speciale, quello delle *agencies*, organi tecnici indipendenti dal circuito governativo che regolano, controllano e sanzionano le attività dei privati in determinati settori a forte impatto economico e sociale⁶. Un potere speciale, richiede regole speciali. Nasce l'*Administrative Procedure Act* del 1946, il fulcro dell'*administrative law* statunitense.

Il sistema di specialità regge nella sua coerenza all'interno dei diversi ordinamenti fino al momento

in cui sorge l'esigenza di un nuovo equilibrio. Fino al momento in cui a fianco o, meglio, di fronte, alla finalità di realizzazione dell'interesse pubblico sorge una nuova finalità: l'esigenza di tutela del privato dinnanzi al potere pubblico.

È un cambiamento culturale, prima ancora che giuridico. Un cambiamento che in ogni ordinamento si affaccia, a volte prima a volte più tardi, dalla seconda metà del '900 in poi. Sono gli stessi anni della costruzione a livello internazionale dei grandi sistemi di protezione dei diritti fondamentali, anche quale reazione alle atrocità del nazionalsocialismo. Sono gli anni della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo (proclamata dall'Assemblea generale delle nazioni unite nel 1948), dell'istituzione del Consiglio d'Europa nel 1949, dell'adozione della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, entrata in vigore nel 1953.

L'attenzione alla tutela dell'individuo di fronte ai pubblici poteri diviene un nuovo elemento da considerare nel definire il sistema giurisdizionale nei riguardi dell'azione amministrativa proprio di ogni ordinamento.

Sorge così in ogni sistema la necessità di una nuova individuazione del ruolo del giudice amministrativo, ove questo esista, ovvero di una qualche riforma degli strumenti di tutela in modo da renderli più efficaci nella protezione dei diritti individuali.

Tale necessità, se da un lato costituisce uno stimolo alle riforme, dall'altro genera scontri con gli schemi tradizionali del sistema giurisdizionale nei singoli ordinamenti. Si evidenzia il problema di contemperare la tutela oggettiva (la protezione dell'interesse pubblico e della legalità dell'azione amministrativa) con la tutela soggettiva (la protezione dell'interesse del privato)⁷.

Di fronte a questo problema ogni ordinamento reagisce secondo canoni propri e particolari. Le esigenze dettate dal principio dell'effettività della tutela giurisdizionale offerta al privato nei confronti dei pubblici poteri si realizzano con caratteri diversi nei

3. Sulla contrapposizione dei modelli teorici dell'*ordinary law of the land* inglese e del *droit administratif* francese, rispettivamente elaborati da Dicey ed Hauriou, cfr. S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 1 e ss.

4. Come sottolinea M. Fromont, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit Administratif*, 2008, 8.

5. Sul punto cfr. l'analisi di D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano, *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, 2007, 295.

6. L'aspetto è ben evidenziato da F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in E. Follieri-L. Iannotta, *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 279-281.

7. Sul cambio di paradigma dalla tutela oggettiva alla tutela soggettiva che sta interessando i sistemi europei con «la proclamazione come diritto fondamentale del "diritto a una tutela giurisdizionale effettiva" di qualsiasi "diritto materiale" di cui sia titolare il cittadino» cfr. l'ampia analisi comparatistica di E. García de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Traduzione e saggio introduttivo di S. Rodolfo Masera e presentazione di A. Travi, Milano, 2007, in part. 68 e ss.

diversi modelli processuali, anche per una interazione con ulteriori principi fondamentali (si pensi ad esempio al principio di separazione dei poteri), che a loro volta possono essere percepiti ed attuati in maniera diversa nei sistemi nazionali⁸. Ci si soffermerà, dunque, qui di seguito su alcune questioni che hanno caratterizzato e tuttora caratterizzano il tema dell'unità o della pluralità delle giurisdizioni in alcuni ordinamenti giuridici europei (Francia, Germania e Regno Unito), con un breve cenno anche all'ordinamento statunitense, per poi concludere con qualche osservazione che accomuna le diverse esperienze qui menzionate.

2. Tutela oggettiva e giudice amministrativo in Francia

L'accento sulla tutela oggettiva è sicuramente mantenuto in modo forte dall'ordinamento francese.

Fin dalle origini il *contentieux administratif*, che nell'ipotesi del *contentieux de pleine juridiction* da sempre presenta un carattere marcatamente soggettivo, in quanto appunto improntato alla tutela di situazioni di diritto soggettivo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, viene, invece, ad assumere,

nella sua forma più tipica del *recours pour excès de pouvoir*, il carattere di *contentieux objectif*, il cui oggetto si concentra sulla mera questione di *legalité* (di legittimità), e quindi di conformità dell'atto amministrativo impugnato alle norme giuridiche che lo riguardano⁹. Tale carattere oggettivo faceva addirittura escludere, nella prima dottrina, che all'interno del processo amministrativo potessero essere individuate delle vere e proprie parti in senso tecnico. Come affermava *in primis* il celebre Laferrière, secondo il quale il *recours* «*n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte*»¹⁰, si trattava di un contenzioso che aveva come unico obiettivo assicurare la legittimità dell'azione amministrativa, senza comportare alcuna finalità di tutela degli amministrati¹¹.

La rigidità di tali impostazioni viene attenuata dalle evoluzioni dottrinali, giurisprudenziali e legislative che fino ai nostri giorni si sono susseguite, edulcorando l'iniziale preteso modello puro di contenzioso oggettivo, attraverso l'introduzione di diversi elementi a carattere *subjectif*¹².

L'attenzione alla tutela dell'individuo si è venuta, in particolare, incrementando di recente a seguito delle pressioni dell'ordinamento europeo, non solo dell'Unione Europea ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui il giudice ammini-

8. Per un'articolata riflessione al riguardo si veda A. Travi, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 2010, 7 e ss., il quale osserva come sia difficile ammettere una convergenza in termini pregnanti dei modelli di processo amministrativo in Europa, «quando il principio fondamentale con cui debbono confrontarsi tali modelli risulta percepito in modo differente».

9. Per tali osservazioni e per un'attenta ricostruzione delle evoluzioni del *recours pour excès de pouvoir* tra contenzioso oggettivo e soggettivo si veda F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, e in part. 12 e ss., il quale richiama, fra gli altri, l'approfondito studio di N. Foulquier, *Le droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, 2003.

10. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1989, ristampa della 1ere édition 1887-1888, tome 2^e, 534.

11. Per tale impostazione si veda per tutti R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13 éd., Paris, 2008.

12. Come rileva anche F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 20 e ss., ad oggi non è più possibile riconoscere nel ricorso per eccesso di potere francese uno strumento processuale rispondente ad un modello puro ed integro di *contentieux objectif*. Ciò emerge chiaro dagli stessi manuali di *droit administratif*, che via via nel tempo riconoscono sempre più la possibilità di redigere un elenco degli elementi *subjectifs* sussistenti accanto a quelli *objectifs* all'interno di tale ricorso giurisdizionale. Si vedano ad esempio anche i più noti manuali J. M. Auby – R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1984; B. Pacteau, *Contentieux administratif*, Paris, 1985.

Lo stesso F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 24 e ss., ricorda poi la posizione minoritaria nella letteratura francese che, tra fine ottocento e inizi del novecento, aveva tentato di teorizzare l'esistenza di un diritto pubblico soggettivo, consistente nel *cd droit à la légalité*, alla presenza del quale il *recours* veniva ad assumere natura di strumento di tutela soggettiva di un diritto del ricorrente avente ad oggetto la legittimità dell'azione amministrativa. La posizione, in particolare assunta da studiosi quali J. Bartélémy e R. Bonnard, subiva l'influenza della teorica del diritto pubblico soggettivo di matrice tedesca (sul quale *infra* nel testo, al paragrafo successivo) e della stessa figura dell'interesse legittimo sviluppata dalla dottrina italiana, ma fu sostanzialmente rifiutata nel corso del XX secolo, anche in seguito alle opposte interpretazioni del Conseil d'Etat, sulla base di una inconciliabilità tra affermazione dell'esistenza di un diritto soggettivo ed esercizio della *puissance publique* da parte dell'amministrazione.

strativo francese si dimostra particolarmente sensibile¹³.

Già in precedenza, tuttavia, una tendenza verso l'assunzione di forme di tutela soggettiva all'interno del contenzioso oggettivo del *recours pour excès de pouvoir* si è registrata con l'introduzione di alcune rilevanti modifiche di disciplina processuale di diritto interno¹⁴. Si pensi, in particolare, oltre alla tutela cautelare, anche all'introduzione nel processo amministrativo francese delle *astreintes* o delle ingiunzioni¹⁵, nonché alla più recente riforma, operata con il Décret n° 2010-164 del 22 febbraio 2010, che amplia notevolmente la fase istruttoria dinanzi al giudice amministrativo, prevedendo garanzie simili a quelle proprie del rito di procedura civile. In particolare nella trattazione in sede istruttoria è stata notevolmente estesa la tutela della posizione delle parti, con l'introduzione di un'udienza pubblica in contraddittorio orale, in cui è possibile discutere le risultanze dell'*expertise*¹⁶.

Anche prima di tali interventi, la natura ibrida del *recours*, divisa tra tutela oggettiva e soggettiva, è, peraltro, emersa nelle analisi dottrinali di fronte alla stessa presenza nel processo amministrativo dell'*intérêt à agir*, come condizione di ricevibilità del ricorso, con il quale si finisce per ancorare inevitabilmente il potere del giudice amministrativo di verificare, secondo il diritto oggettivo, la legittimità dell'atto amministrativo alla sussistenza e alla persistenza durante tutto il processo di un interesse del *requérant* ad ottenere tale verifica¹⁷. A cui si aggiunge altresì la presenza di un istituto processuale come il *désistement*, ovvero la rinuncia del ricorrente a proseguire nell'azione, con la conseguente estinzione del processo, senza che si pos-

sa pervenire al risultato obiettivo di una certa verifica della legittimità dell'atto impugnato¹⁸.

Sembra, dunque, a tutt'oggi possibile rilevare come il *recours pour excès de pouvoir* in questa sua duplice natura di contenzioso oggettivo/soggettivo venga via via ad avvicinarsi all'altro tipo di contenzioso rimesso al giudice amministrativo francese per la tutela dei diritti soggettivi: il *recours de pleine juridiction*. Il risultato è un'evidente accentuazione dei caratteri di tutela soggettiva ed una modifica della disciplina originaria, in base alla quale dove è forte la connessione con il potere amministrativo la struttura del processo si caratterizza in modo tale da far passare in secondo piano la posizione del privato.

Il rilievo non vale ovviamente soltanto con riferimento alle modifiche legislative introdotte nella struttura processuale del *recours pour excès de pouvoir*, ma anche ad alcune rivoluzionarie trasformazioni di alcuni tipici istituti della giustizia amministrativa francese.

La mente corre in proposito alle tortuose vicende che negli ultimi anni hanno riguardato la figura del *commissaire du gouvernement*, storica presenza del pubblico interesse tutelato nel processo amministrativo, circondata da posizione di *favor* processuale (la possibilità di esprimere per ultimo le proprie conclusioni, prima che il ricorso venga trattenuto a giudizio, senza possibilità di contraddittorio per le parti private; presenza attiva in camera di consiglio). Qui è l'intervento del giudice europeo ad innescare l'inevitabile e irreversibile processo di trasformazione di tale storica figura. L'intervento della Corte europea con il caso *Kress* del 2001¹⁹ ha, infatti, obbligato la Francia

13. Il rilievo è espresso altresì da N. Foulquier, *Le droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, cit., 278.

14. Un'analisi in tal senso si trova in C. Ferrari-Breeur, *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzione e tendenze attuali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 413.

15. Al riguardo cfr. B. Delaunay, *Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction*, in *Revue de droit public*, 2007, 633 e ss., richiamato anche da A. Travi, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, cit., 11, nel sottolineare come, anche di fronte all'introduzione di tali strumenti processuali, l'obiettivo primario del processo amministrativo francese resti nelle indicazioni della dottrina quello, oggettivo, di perseguire una finalità di buona amministrazione della giustizia, piuttosto che dirigersi alla tutela di una individuale posizione giuridica sostanziale.

16. A commento J. Arrighi de Casanova – J.H. Stahl, *Le Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives*, in *RFDA*, 2010, 387.

17. Sul punto cfr. F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 20-21, il quale in proposito ricorda i rilievi di D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de pleine contentieux objectif en droit public français*, Paris, 2002, 90, secondo cui il *recours* può essere considerato uno strumento «hybride, à la fois subjectif et objectif, ce qui peut justifier l'exigence d'un intérêt à agir en la matière».

18. Previsto dall'art. R 636-1 del Code de Justice Administrative (CJA).

19. Corte Edu, Grande Chambre, 7 giugno 2001, *Kress c/France*, in *RFDA*, 2001, 991, con note di B. Genevois, *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Réconfortant et déconcertant* e di J.L. Autin – F. Sudre, *L'arrêt Kress de la Cour*

ad una revisione di tale istituzione, al fine di salvaguardare quel fondamentale principio di apparenza di imparzialità che i giudici di Strasburgo vedevano minato dalla presenza e, soprattutto, dal ruolo ricoperto dal *Commissaire* all'interno del processo amministrativo. Sono seguite diverse riforme di diritto interno, poste ripetutamente in essere tra il 2006 e il 2011²⁰, che hanno mutato il nome del *Commissaire* in *Rapporteur public*, ed hanno reso più paritaria, indipendente ed imparziale la sua funzione, prevedendo che le sue conclusioni possano essere conosciute dalle parti e replicate in sede di discussione, prima che la causa venga trattenuta in decisione, e soprattutto escludendo, salvo eccezioni, la sua presenza in camera di consiglio²¹.

L'apparenza d'imparzialità del processo amministrativo ed il principio della parità delle armi salvaguardati da Strasburgo incidono sui caratteri del processo amministrativo francese, modificandoli a maggior tutela delle posizioni del privato di fronte ai pubblici poteri.

In Francia tradizionalmente si giustifica l'esistenza del giudice amministrativo ed il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario non solo richiamando il principio di separazione dei poteri, ma anche dando rilievo alla forte connessione fra amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo, muovendo dal rilievo di antica tradizione secondo cui «*juger l'administration, c'est encore administrer*». L'idea di fondo di un giudice non solo specializzato in diritto

amministrativo, ma che rechi addirittura in sé «*l'esprit de l'administrateur*» porta con sé inevitabili corollari²².

Si pensi, in primo luogo, alla disciplina dell'organizzazione giudiziaria, laddove i *magistrats administratifs professionnels*, a differenza dei magistrati ordinari, sono soggetti allo *statut général de la fonction publique*, seppur con regole speciali dettate in ragione della peculiarità della funzione e garantistiche del connaturato fondamentale principio di indipendenza.

E si pensi altresì alla duplice funzione, amministrativa in veste consultiva e giurisdizionale, che le *jurisdictions administratives* rivestono in Francia, così come, peraltro, in molti altri ordinamenti in cui il sistema di giustizia amministrativa ha derivato le proprie caratteristiche dal modello francese, tra cui anche quello italiano. Al riguardo, v'è, tuttavia, da chiedersi quanto il principio di separazione dei poteri, nonché i fondamentali principi di indipendenza e di imparzialità degli organi giudiziari, siano davvero garantiti di fronte all'esistenza di un organo, quale il *Conseil d'Etat*, che raccoglie in sé la duplice natura amministrativa e giurisdizionale, da un lato 'consigliere' del Governo ed ora, dopo la riforma costituzionale del 2008²³, anche del Parlamento, e dall'altro di 'giudice' dell'amministrazione. Non è questa la sede per addentrarsi ad affrontare la *vexata quaestio*. Si può qui soltanto rammentare come il timore di un contrasto con il principio

européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Juridiquement fragile, stratégiquement correct; in AJDA, 2001, 675, con nota di F. Rolin, *Le rôle du commissaire du gouvernement du Conseil d'État au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme*; in JCP- La Semaine juridique, 2001, n. 31-35, 1568, con nota di F. Sudre, *La compatibilité de l'institution du commissaire du Gouvernement près le Conseil d'État à l'article 6 de la Convention EDH : l'arrêt Kress c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme ou le triomphe des « apparence »*; in Dalloz, 2001, jur., 2619, con nota di R. Drago, *Le Conseil d'État français et la Convention européenne des droits de l'homme*. In argomento sia consentito rinviare altresì a S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, 339 e ss.

20. Si veda, in particolare, il Décret n° 2009-14, 7 janvier 2009, «*relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions*».

Cfr. inoltre il più recente Décret n° 2011-1950, 23 décembre 2011, che ha introdotto l'art. R. 732-1-1 del *Code de justice administrative* (CJA), prevedendo la possibilità di dispensare i *rapporteurs publics* dal pronunciare le conclusioni in alcuni tipi di controversie innanzi ai giudici amministrativi.

Di recente fondamentale è la decisione del Conseil d'Etat, 21 giugno 2013, n. 352427, *Communauté d'agglomération du pays de Martignes*, in www.legifrance.it, con la quale il supremo giudice amministrativo si è soffermato ad illustrare compiutamente il nuovo ruolo del *rapporteur public*, quale figura indipendente ed imparziale che ha lo scopo di esporre le questioni oggetto del giudizio, manifestare le proprie valutazioni ed indicare le sue opinioni sulla possibile soluzione della controversia.

21. Si veda l'attuale formulazione degli artt. R. 732-1 e R. 733-3 del CJA, a mente dei quali il *rapporteur* non assiste mai alle deliberazioni in camera di consiglio nei giudizi innanzi ai Tribunali amministrativi e alle Corti amministrative d'appello, mentre può prendervi parte per i giudizi dinanzi al Consiglio di Stato, salvo domanda contraria della parte.

Sul punto va ricordata, inoltre, la decisione di irricevibilità Corte Edu 15 settembre 2009, *Étienne c. France*, in www.echr.coe.int, con la quale la Corte ha confermato la compatibilità della riformata figura del *rapporteur public* con le garanzie imposte dall'art. 6 Cedu.

22. Per tali rilievi R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., 44.

23. Loi constitutionnelle n° 2008-724 del 23 luglio 2008, la quale ha introdotto la previsione della possibilità per il Conseil d'Etat di essere investito della funzione consultiva dal presidente dell'Assemblée nationale o del Senato con riferimento ad un progetto di legge presentato da membri del Parlamento.

d'imparzialità del giudice sancito dalla Corte europea, dopo i giudizi di *Procola* sul Consiglio di Stato lussemburghese, di *Kleyn* su quello olandese, e soprattutto di *Sacilor Lormines* riguardante proprio il *Conseil d'Etat* francese²⁴, abbia portato la Francia a prendere, con il decreto del 6 marzo 2008, alcune precauzioni normative al fine di evitare che uno stesso consigliere abbia ad esprimersi in funzione di giudice su di una questione già trattata nell'esercizio della funzione consultiva²⁵.

Nelle pronunce menzionate, ed in particolare nella sentenza *Sacilor Lormines*, la questione della dualità di funzione, giurisdizionale e consultiva, esercitata dal Consiglio di Stato non viene, peraltro, risolta in via astratta e definitiva dalla Corte. Compare in detto ultimo pronunciamento l'importante affermazione secondo cui la questione involge un problema strutturale dell'istituzione Consiglio di Stato, ma la stessa viene poi smentita nel concreto da un'applicazione rigorosa, in sede di decisione del caso oggetto di giudizio, del principio del margine di apprezzamento statale che finisce per escludere da parte del giudice europeo una definizione in astratto del problema così posto²⁶. La valutazione circa la compatibilità del dualismo funzionale con

il principio convenzionale dell'equo processo viene, infatti, autolimitata ad un'indagine sul caso concreto. Un'indagine, che secondo i canoni già espressi in *Procola* e in *Kleyn*, è diretta ad esaminare se vi sia stata nella singola fattispecie una coincidenza soggettiva fra i membri partecipanti alla funzione consultiva e poi a quella giurisdizionale (com'era avvenuto nel caso *Procola*) e/o una coincidenza oggettiva di questioni rese nell'*avis* e nella successiva decisione giurisdizionale (come si era verificato e poi escluso nel caso *Kleyn*). La Corte conferma quindi la scelta di un approccio casistico al problema, preferendo non addentrarsi in una critica generale ed astratta sull'esercizio delle funzioni esercitate dal Consiglio di Stato come istituzione²⁷. L'intento sotteso a tali posizioni è comprensibile e, fors'anche, condivisibile: la Corte europea mostra di non volersi scontrare con consolidate tradizioni secolari di diversi sistemi di giustizia amministrativa europei, che vedono proprio nell'istituzione del Consiglio di Stato la massima espressione di garanzia della legalità dell'azione amministrativa²⁸, da attuarsi non solo attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche assicurando un'uniforme interpretazione della legge, mediante l'apporto dell'attività

24. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 febbraio 2007, *Sacilor Lormines c. France*, in *www.echr.coe.int.*, e in *RFDA*, 2007, 342, con nota di J.L. Autin – F. Sudre, *L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?*; Id., 28 settembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, in *www.echr.coe.int*; in *Serie A*, 326; in *RFDA*, 1996, 777, con nota di J-L. Autin – F. Sudre, *La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme*; in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 828; Id., 6 maggio 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, in *www.echr.coe.int*; in *AJDA*, 2003, 1490, con nota di F. Rolin, «*Encore une minute Monsieur le bourreau*»...le débat sur le dualisme fonctionnel des cours suprêmes devant la Cour européenne des droits de l'homme continue. In argomento più dettagliatamente sia consentito il rinvio a S. MIRATE, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza Cedu*, in *Le garanzie delle giurisdizioni*, G. Piperata – A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2012, 67 e ss.

25. Décret n° 2008-225 del 6 marzo 2008. A commento cfr. F. Moderne, *LA RÉFORME DU CONSEIL D'ÉTAT (DÉCRET N° 2008-225 DU 6 MAI 2008, relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat)*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, 213. L'intervento normativo è stato anche indotto da una pronuncia della Corte europea relativa ad una decisione d'irricevibilità di un ricorso nei riguardi della Francia nel caso Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 marzo 2003, *G.L. et S.L. c/ France*, in *Recueil*, 2003-III. La Corte, in quell'occasione, aveva rilevato, nel funzionamento del Consiglio di Stato francese e nello statuto dei suoi membri, una «possibilité de confusion» di funzioni consultive e giurisdizionali, suscettibile di provocare un'imparzialità strutturale della stessa istituzione; una possibilità che, tuttavia, nel caso concreto oggetto di decisione, «faute de preuve contraire», non si risolveva in una carenza d'imparzialità dei membri del Conseil d'État.

26. Corte Edu, 9 febbraio 2007, *Sacilor Lormines c. France*, cit., punto 71 della motivazione: «[...] la Cour reconnaît qu'elle pose une question structurelle [...]. Toutefois, elle réaffirme que la Convention n'oblige pas les Etats à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire.».

27. La volontà di astenersi da una valutazione generale ed astratta che metta in discussione la natura ed i caratteri dei Consigli di Stato nazionali ricompare a chiare lettere nella successiva sentenza, resa ancora nei riguardi della Francia, Corte Edu, 15 luglio 2009, *Union fédéral Que choisir de Côte d'Or c. France*, in *www.echr.coe.int.*; e in *RFDA*, 2009, 885, con nota di B. Pacteau, *La justice administrative française désormais en règle avec la Cour européenne des droits de l'homme?*, in cui la Corte di Strasburgo sostanzialmente richiama in toto le conclusioni raggiunte nel precedente *Sacilor Lormines* del 2007.

28. Si leggano ad esempio le conclusioni del *Commissaire du gouvernement* J.-C. Bonichot alla decisione del Conseil d'État, 5 aprile 1996, *Syndacat des avocats de France*, in *Rec.*, 1996, 118; in *RFDA*, 1996, 1195, «on peut faire comprendre à des juges européens, qui d'ailleurs le savent, que le Conseil d'État est l'expression même de la conception française de la séparation de pouvoirs, que la dualité de ses attributions lui donne un poids considérable vis-à-vis de l'État et que ce mode de fonctionnement, profondément ancré dans la tradition française donne des résultats que, dans beaucoup de pays, on cherche à atteindre».

consultiva, nell'ambito dell'ordinamento della pubblica amministrazione²⁹.

Certo, proprio il fatto che anche nell'ordinamento francese si sia sentito il bisogno d'intervenire con tale riforma, dimostra che questioni di commistione fra poteri siano un rischio possibile, e vi sarebbe da riflettere se si tratti di semplici questioni risolvibili con riforme procedurali, o se piuttosto non siano aspetti che involvano più a fondo la stessa natura del Consiglio di Stato come istituzione. La stessa riforma introdotta dal legislatore francese sul punto sembra, d'altra parte, ancora muoversi nel senso di assicurare un'apparenza di imparzialità del singolo membro del collegio giudicante, comportando, quindi, una garanzia di indipendenza e di imparzialità che attiene ancora alla sfera soggettiva e non alla dimensione oggettiva del giudice amministrativo (Consiglio di Stato) in quanto istituzione.

3. Tutela soggettiva e giudice amministrativo in Germania

Un cenno di comparazione, proprio in ragione del raffronto con il sistema francese, deve in questa sede essere rivolto anche al modello di tutela soggettiva proprio del sistema giurisdizionale amministrativo tedesco. In Germania il principio di separazione dei poteri viene invocato, a differenza di quanto avviene in Francia, proprio per fondare la previsione costituzionale dell'individuazione del giudice amministrativo quale branca dell'ordinamento giudiziario, con stessa indipendenza e *status* dei giudici ordinari.

Nessuna specialità di ruolo o istituzione, ma soltanto specializzazione nell'adempimento dei compiti giurisdizionali. Nessuna connessione con il potere esecutivo o legislativo. Nessuna funzione consultiva che affianchi quella giurisdizionale. I giudici amministrativi tedeschi hanno la stessa formazione dei giudici ordinari, non strettamente connessa quindi alla sola area pubblicistica. L'idea di fondo qui è che il riparto risponda solo a esigenze di specializzazione

nei riguardi dell'*Öffentliche Recht* e non a poteri giurisdizionali distinti ed antagonisti.

Ne deriva un sistema fluido con la possibilità per ciascun giudice di verificare autonomamente e in modo definitivo la sua giurisdizione su di una singola controversia. Il riparto viene definito secondo il cd criterio della prevenzione, secondo cui è il primo giudice adito a definire la questione di giurisdizione (affermando la propria, o negandola ed indicando quella competente). A ciò si aggiunga la possibilità per ciascuna delle due giurisdizioni, civile e amministrativa, di risolvere rispettivamente tutte le questioni di diritto pubblico o privato in via incidentale³⁰.

Il punto di vista del giudice amministrativo tedesco è diverso da quello da cui parte il giudice francese. È il punto di vista della tutela soggettiva. Non è tanto l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, che viene perseguito, quanto piuttosto la protezione del diritto pubblico soggettivo. È questa figura, d'altra parte, che fonda l'azione giurisdizionale amministrativa. Con l'esito di una legittimazione a ricorrere più ristretta rispetto alla Francia, ma un'attenzione alla posizione processuale del privato maggiormente accentuata, nell'ottica di una parità fra le parti, che deriva da regole di rito simili al processo civile.

E non è certo un caso che, proprio nel sistema tedesco in cui è particolarmente evidente il rapporto fra giurisdizione amministrativa e tutela di un diritto pubblico soggettivo, si sviluppi il più intenso sindacato sulla discrezionalità dell'azione amministrativa. Un sindacato che si fonda su di una limitata individuazione della discrezionalità pura (*Ermessen*, che c'è soltanto quando la norma attributiva del potere espressamente assegna all'amministrazione la facoltà di scegliere fra diversi possibili comportamenti) ed il controllo pieno e diretto di quanto non è considerato discrezionale, ovvero l'applicazione di norme che si limitino a contenere concetti giuridici indeterminati (*umbestimmte Rechtsbegriffe*), in quanto valutazioni opinabili dell'autorità amministrativa che possono essere verificate, anche in senso sostitutivo, nella loro correttezza³¹.

29. Per siffatti rilievi si vedano i contributi di F. Patroni Griffi, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*; G. Barbagallo, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*; R. Caranta, *La riforma della giustizia amministrativa. Rilievi comparatistici*, tutti in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, rispettivamente 105, 113 e 133; nonché *La fonction consultative des Conseils d'État*, Séminaire des Conseils d'État, 16 febbraio 2004, Le Haye, in www.raadvst.consetat.be. Per uno studio comparato sui caratteri del Consiglio di Stato, quale organo consultivo ed insieme giurisdizionale, in Francia ed in Italia, si veda Y. Mény (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.

30. Cfr. H. Maurer, *Doit Administratif Allemand*, Traduit par M. Fromont, Paris, 1994; M. Fromont, *Droit Administratif des Etats européens*, Paris, 2006; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common law Perspective*, Heidelberg, 2001.

31. Questo almeno di regola. Eccezioni si sono formate per via giurisprudenziale per esempio in tema di valutazioni d'esame, o in materie quali quelle pianificatorie e ambientali, nelle quali maggiormente evidenti sono il carattere prognostico della valutazione e la responsabilità della pubblica amministrazione. Al riguardo cfr. D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, cit., 309.

4. Public authorities e tutela giurisdizionale nel Regno Unito

Del tutto differente l'esperienza anglosassone, che, con riferimento al Regno Unito, parte da un sistema di *judicial review on administrative action* che veniva definito già da De Smith come “*sporadic and peripheral*” sulla base del rilievo secondo cui «*the administrative process is not, and cannot be, a succession of justiciable controversies*»³², per poi giungere ad un sistema complesso di specializzazione degli organi competenti a risolvere controversie nel settore dell'*administrative law*, che sta assumendo via via, con le ultime riforme degli *Administrative Tribunals*, una connotazione sempre più garantistica di tutela giurisdizionale.

La tradizionale teorica del *judicial self-restraint* si fondava sul rilievo in base al quale «*public authorities are set up by the law to govern and administer, and if their every act or decision were to be reviewable by the courts, the business of administration could be brought to a standstill*»³³. L'individuazione di un modello “classico” di diritto amministrativo trova in terra inglese sue determinate peculiarità, laddove il sindacato giurisdizionale sul potere autoritativo, vincolato o discrezionale, della pubblica amministrazione, non risente della costruzione teorica del provvedimento amministrativo e dell'individuazione dei relativi vizi di legittimità, caratteristica dei sistemi continentali di *civil law*³⁴. Il mancato riferimento allo schema classico provvedimentale non preclude, tuttavia, l'esistenza di un controllo sulla decisione amministrativa ugualmente connesso ad una rigida individuazione dei possibili vizi dell'attività amministrativa sindacabili in sede di *judicial review*.

In realtà, oggi il sistema inglese presenta un doppio e diverso livello di tutela dei privati nei confronti dell'azione delle pubbliche amministrazioni: quella specializzata offerta dagli *administrative tribunals*, e quella dinanzi alle corti ordinarie in sede di *judicial review*.

Gli *administrative tribunals* sono organi a carattere amministrativo, aventi funzioni giurisdizionali

esercitate al di fuori della magistratura ordinaria³⁵. Storicamente sorti quali organi di amministrazione giustiziale, in conseguenza della caratteristica anglosassone dell'assenza di una netta separazione tra il potere esecutivo e il potere giudiziario, e cresciuti in modo considerevole sotto il profilo numerico in corrispondenza dei diversi settori di competenza del *welfare state*, gli *administrative tribunals* sono stati oggetti di diverse riforme, tutte volte a migliorarne l'efficienza e a garantire un'omogeneità nell'esercizio dei loro poteri e nello svolgimento delle procedure. Da ricordare, in particolare, la riforma ad opera del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, con il quale si sono concentrate le competenze, prima suddivise tra una pluralità di *tribunals* operanti a livello settoriale, in capo a due soli organi a carattere generale: il *First-tier Tribunal*, giudicante in primo grado, e l'*Upper Tribunal*, con funzioni d'appello e anche di prima istanza in particolari ipotesi³⁶. La riforma ha operato nel senso di spingere i *tribunals* verso una crescente giurisdizionalizzazione ed una forte commistione, a livello di rito, funzioni e composizione, con le corti ordinarie. Si tratta, infatti, di organi a composizione mista, con presenza non solo di membri tecnici, con caratteristiche d'indipendenza dal potere esecutivo e dotati di una particolare esperienza in un determinato settore dell'amministrazione, ma anche di giudici, provenienti dalle corti ordinarie. Decidono con procedure para-giurisdizionali, ispirate al principio della *natural justice*, caratterizzate, peraltro, da una particolare snellezza, flessibilità e celerità (la rappresentanza legale non è ad esempio obbligatoria e, a differenza delle corti ordinarie, i tribunali non sono vincolati alla regola del precedente). Il sindacato può spingersi, nel giudizio di primo grado, fino al merito dell'azione amministrativa, mentre in appello una decisione del *First-tier Tribunal* può essere impugnata dinanzi all'*Upper Tribunal* solo per motivi di legittimità. Sempre ancora “*on a point of law*” la decisione del tribunale di secondo grado può essere sindacata in *judicial review* dinanzi alle corti ordinarie, ed in particolare alla *High Court*. Il collegamento con

32. H. Wolf- J. Jowell-A. Le Seur, *De Smith's Judicial Review*, 6th ed., London, 2007, 5.

33. Così ancora H. Wolf- J. Jowell-A. Le Seur, *De Smith's Judicial Review*, cit., 5.

34. Per un'approfondita analisi al riguardo cfr. G. Napolitano, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, e S. Battini- B. G. Mattarella - A. Sandulli, *Il procedimento*, entrambi in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., rispettivamente 19 e ss. e 139 e ss.; nonché S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, cit., 1 e ss.

35. In tal senso M. Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 212. Per uno studio approfondito in argomento cfr. G. Lugugnana, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, 2010.

36. Sulla riforma cfr. ancora, oltre ai contributi citati alla nota precedente, G. Lugugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 432.

la giurisdizione ordinaria di prima istanza è poi ancora accentuato dalla previsione di una particolare procedura di trasferimento dei ricorsi di *judicial review* dalla *High Court* all'*Upper Tribunal*, in modo tale da ridurre in determinati casi (per materie predefinite dal *Lord Chief Justice* o su indicazione della stessa *High Court*) il contenzioso dinanzi alle corti ordinarie.

Le corti ordinarie (*High Court*, *Court of Appeal* e *Supreme Court of the UK*³⁷) offrono un secondo livello di tutela, con l'applicazione della particolare procedura del *judicial review*, che si svolge secondo un rito attinto dalle regole di procedura civile, ed in particolare disciplinato dalla *Part 54* delle *Civil Procedure Rules*. All'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court* opera, quale corte ordinaria di primo grado giudicante in *judicial review*, la *Administrative Court*. La denominazione di tale sezione specializzata all'interno della *High Court* non deve, però, trarre in inganno circa una sua ipotetica natura di "giudice amministrativo". Così denominata in seguito ad una riforma del 2000, l'*Administrative Court* deriva dalla precedente *Crown Office List*, una lista di giudici all'interno della *Queen's Bench* con particolare competenza nel settore del *judicial review*. E questa è ancora la composizione attuale della *Court*, con giudici, esperti della particolare procedura di *judicial review*, ma che decidono anche controversie secondo il rito ordinario delle *civil procedure rules*³⁸.

In sede di *judicial review* le corti inglesi sono riuscite a sviluppare nel corso degli anni un sistema complesso di principi, alla luce dei quali ampliare il controllo giurisdizionale sull'attività della pub-

blica amministrazione, dirigendosi a vagliare sia la sostanza della decisione effettuata dall'autorità amministrativa, sia la forma e le modalità (ovvero il procedimento) attraverso cui si è giunti a quella decisione³⁹. La classificazione dei diversi *grounds of review*, corrispondenti all'indagine sulla sussistenza di tali vizi, deve qui la propria costruzione alla necessità di delineare un equilibrio fra potere discrezionale dell'autorità amministrativa e limiti del controllo giurisdizionale effettuato dalle corti, all'esigenza cioè di assicurare garanzie di controllo su decisioni di *policy*, seppure nel rispetto dell'atteggiamento di *deference* che i giudici inglesi riservano al potere dell'esecutivo, in quanto legittimato nella sua azione dal Parlamento secondo il fondamentale principio della *rule of law*⁴⁰. Tale duplice livello di controllo giurisdizionale si riscontra nell'individuazione delle tipologie di vizi sindacabili in *judicial review* secondo lo schema disegnato da Lord Diplock nel noto caso *GCHO*⁴¹, e poi costantemente recepito in dottrina e giurisprudenza, in cui si distingue fra *illegality*, *irrationality* e *procedural impropriety*. Lo stesso schema, peraltro, viene oggi integrato dalle corti inglesi in rapporto all'influenza del diritto europeo, da intendersi non solo con riferimento all'impatto del diritto dell'Unione Europea, che sicuramente fin dal *European Community Act* 1972 ha inciso sulla definizione dei diversi *grounds of review*, ma anche con riguardo al più recente *Human Rights Act* 1998, che, nell'incorporare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) nell'ordinamento inglese, assegna alle corti un importante ruolo di "garanti" dei diritti convenzionali, da esercitare in armonia con i principi interpretativi

37. Prima del *Constitutional Reform Act* 2005 (riforma che ha comportato la separazione della funzione giudiziaria da quella legislativa all'interno della *House of Lords*) era il *Judicial Committee della House of Lords*.

38. In tal senso D. Oliver, *What, If Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, cit., 11, che osserva come l'*Administrative Court* rimanga, anche dopo la riforma del 2000, «a list of judges who spend part of their time hearing cases brought by a particular procedure in which a limited range of remedies are available in respect of certain decisions by public or private bodies exercising 'public functions'. [...] For the rest of their time they hear ordinary cases [...]».

39. Cfr. ancora H. Wolf- J. Jowell- A. Le Seur, *De Smith's judicial review*, cit., 3, in cui si osserva come: «over a relatively short period, English courts reduced the zone of immunity from legal challenge formerly surrounding a great deal of action by public authorities. The task involved the jettisoning of many of conceptual barriers and disfiguring archaism which had inhibited the development of effective judicial review».

40. La questione è ben illustrata in A. W. Bradley, *Relations between Executive, Judiciary and Parliament: an Evolving Saga?*, in *Public Law*, 2008, 470. Per un'analisi del carattere di *deference* nella *case law* cfr. altresì P. Craig, *The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review*, in *LQR*, 2001, 117, 589; nonché R. Clayton Q.C., *Judicial deference and "democratic dialogue": the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998*, in *Public Law*, 2004, 33; D. Nicol, *Are Convention rights a no-go zone for Parliament?*, in *Public Law*, 2002, 447.

41. *Council of Civil Service Unions v. Minister of State for the Civil Service*, [1985] AC 374, concernente l'impugnazione di un provvedimento ministeriale che vietava l'iscrizione ai sindacati dei dipendenti del GCHO, un centro di comunicazioni strategiche, su cui R. Caranta, *Judicial Review*, in *Digesto Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 60.

espressi dalla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente definizione di nuovi *standards* di tutela nel *judicial review*⁴².

Illegality e *irrationality* vengono definiti *substantive grounds of review* in quanto concernono il contenuto della decisione e dunque il risultato sostanziale dell'attività amministrativa oggetto di sindacato, mentre il vizio di *procedural impropriety* attiene appunto ad aspetti procedurali, ovvero al modo in cui si è giunti ad adottare la decisione soggetta al controllo giurisdizionale⁴³. In realtà, nell'utilizzo di tali *grounds*, procedura e sostanza spesso si fondono per divenire unico oggetto di sindacato giurisdizionale. La procedura, in tali casi, diviene condizione fondamentale per un contenuto legittimo della decisione. Come si è ben evidenziato in dottrina, nell'attuale sistema di *judicial review* la funzione teleologica delle corti inglesi, diretta ad assicurare la realizzazione di una "*good public administration*", si realizza attraverso l'indagine sul rispetto dei principi di *lawfulness*, *fairness* e *reasonableness*, unitariamente considerati non solo quali elementi chiave per un corretto adempimento da parte delle autorità dell'obbligo di buona amministrazione, ma anche quali imprescindibili garanzie di tutela dei diritti individuali di fronte ai pubblici poteri⁴⁴.

Nonostante il sistema di *judicial review* si fondi sulla mera previsione di particolari regole di procedura disciplinate dalle stesse *Civil Procedure Rules*, senza, quindi, acquisire i caratteri di un autonomo "processo amministrativo", si assiste anche nel sistema inglese ad un acceso dibattito, in dottrina ed in

giurisprudenza, sulla definizione dei criteri ai sensi dei quali riconoscere l'ambito applicativo di tale particolare procedura. Il controllo sull'azione amministrativa ad opera delle corti ordinarie in sede di *judicial review* viene ricondotto all'individuazione della complessa nozione di "*public function*". Le difficoltà in merito a siffatta definizione sorgono, come ha sottolineato la stessa dottrina anglosassone, dall'assenza nel diritto pubblico inglese di una compiuta definizione di "*what must be defined as public in English law*"⁴⁵. Il riferimento nella *case law* alla nozione di "*public authority*" rimane ancora oggi piuttosto confuso ed indeterminato, laddove non venga supportato da una specifica e delimitata definizione legislativa, presente, peraltro, solo per specifici settori dell'azione amministrativa⁴⁶. La tendenza è quella di delineare una nozione piuttosto restrittiva che consenta di restringere il campo di applicazione del *judicial review*, in quanto procedura "speciale" finalizzata ad un sindacato sull'esercizio di poteri speciali (il controllo sull'esercizio dei pubblici poteri).

Al fine di considerare ciò che in effetti è "*public power*", le corti inglesi muovono da due dati normativi fondamentali: i principi di *judicial review*, come delineati nella *Part 54* delle *Civil Procedure Rules* e le previsioni, più recenti, dello *Human Rights Act (HRA)1998*.

Ai sensi delle *Civil Procedure Rules* ('CPR') *Part 54.1*, un ricorso in *judicial review* deve essere rivolto a valutare «*the lawfulness of an enactment or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function*»⁴⁷.

42. Al riguardo sia consentito il rinvio a S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., in part. 99 e ss. Proprio con riferimento a tale nuovo ruolo delle corti inglesi, sembra rilevante sottolineare come in alcune fondamentali opere dottrinali sul *judicial review on administrative action*, come ad esempio nella Sesta edizione del 2007 del celebre *De Smith's judicial review*, il rispetto dei *Convention rights* venga analizzato come quarta tipologia di *ground of review*, utilizzabile dalle Corti per vagliare la legittimità dell'azione amministrativa sotto nuovi profili sostanziali ma anche procedurali (come si vedrà ad esempio per l'estensione ai procedimenti amministrativi delle garanzie dell'art. 6 Cedu sull'equo processo).

43. Cfr. I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*, 4th ed., Oxford 2006, 503 e ss.; nonché, *ex multis*, A. W. BRADLEY- K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, 2007, 725 e ss.; J. Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 5th ed., London, 2005, 357 e ss.; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford, 2003, 176 e ss.

44. Per tali rilievi cfr. C. Harlow – R. Rawlings, *Law and Administration*, 3rd edn, Cambridge, 2009, in part. chs 1-2; T. Allan, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, 1994.

45. Cfr. J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, 2000, 72, come richiamato anche da D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, 92; C. Donnelly, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, in M. Ruffert (ed.), *The Public-Private law Divide: Potential for Transformation?*, London 2009, 186.

46. Un esempio in proposito è fornito dalle previsioni del *Freedom of Information Act 2000*, che, nell'imporre l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere accessibili le informazioni, indica, nel primo allegato (*First Schedule*) dell'*Act*, una lista di autorità su cui grava tale obbligo.

47. Nella decisione sul caso *R. v. Datafin, ex p Panel on Takeovers and Mergers* [1987] Q.B. 815, la *Queen's Bench Division* interpretò tale previsione sottolineando il riferimento alla "natura" del potere, con la conseguenza di definire un "*public power*" indipendentemente dal fondamento legislativo o regolamentare del medesimo. La natura del potere pubblico viene, in particolare, indagata dalla

La seconda via per definire la nozione di “*public function*” viene rintracciata più di recente dalle corti nella disposizione della *Section 6* dello HRA 1998⁴⁸. La norma prevede che «*[i]t is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*», e definisce come “*public authority*” «*any person certain of whose functions are functions of a public nature*».⁴⁹

La previsione dello HRA presenta una formulazione diversa rispetto alla disposizione contenuta nelle CPR Part 54.1, in quanto parrebbe introdurre una nozione di *public authority* più ampia rispetto a quella sviluppata dalle corti a partire dalle disposizioni procedurali di *judicial review*⁵⁰. La tendenza attuale è, tuttavia, quella di dirigersi verso un’interpretazione restrittiva della disposizione della *Section 6* dello HRA, che finisca per avvicinarne il contenuto alle precedenti soluzioni giurisprudenziali adottate con riferimento alle *Civil Procedure Rules*⁵¹.

L’intenzione della *case law* sembra, infatti, essere sempre la stessa, circoscrivere la nozione di organo esercitante una funzione pubblica in modo tale da ridurre il campo di applicazione di quelle regole “speciali” che governano (e limitano) il sindacato giurisdizionale in sede di *judicial review*, per attirare il maggior numero di controversie all’interno delle garanzie giurisdizionali proprie del rito ordinario⁵².

5. Tutela procedimentale e tutela giurisdizionale: il modello statunitense

La diversità rispetto ai sistemi europei continentali appare ancora più marcata ove si ponga attenzione al diritto amministrativo statunitense, che si presenta essenzialmente come *procedural law*, un diritto che disciplina il procedimento di *decision-making* condotto dalle *agencies* e che prevede poi forme di tutela giurisdizionale dinanzi alle corti ordinarie, soltanto quale ulteriore momento di verifica e controllo sulla legalità dell’azione amministrativa. Una grande attenzione è, dunque, riservata alle forme procedurali, che in realtà divengono esse stesse, come si vedrà, anche garanzia della posizioni sostanziali dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo nel momento in cui sono tutte ispirate ed orientate a garantire il fondamentale principio del *due process*.

Negli Stati Uniti, ancor più che nel Regno Unito, sono i giudici ordinari a controllare l’azione amministrativa. Tuttavia, non esiste un unico rito processuale, ma una pluralità di *reviews* specifici. Il sistema si fonda, infatti, sulla previsione di *statutory remedies*, previsti dalle singole leggi che istituiscono le diverse amministrazioni sulle decisioni delle quali deve essere effettuato il controllo giurisdizionale. Ogni azione amministrativa ha, dunque, lo specifico rimedio processuale previsto dalla legge. La conseguenza è una disciplina molto frammentata, che prevede, peraltro, una sola ipotesi di azione generale, la *federal question jurisdiction*, operante laddove non vi siano disposizioni che prevedono riti specifici⁵³.

giurisprudenza con riferimento all’ambito di applicazione del *judicial review* attraverso il ricorso a due diversi criteri (*tests*): il “*but-for test*” (a mente del quale una funzione deve considerarsi “pubblica” laddove, in assenza di un soggetto privato eventualmente chiamato a svolgere tale funzione, la stessa dovrebbe inevitabilmente essere assunta in capo ad un ente pubblico) e lo “*statutory underpinning test*” (secondo il quale una funzione avrebbe carattere pubblico se l’organo che la esercita è regolato da una disposizione legislativa, che ne preveda le regole e i limiti di azione o che comunque provveda a determinare diritti e doveri dei soggetti sottoposti all’azione di detto organo).

48. Sul punto D. Oliver, *Functions of a Public Nature under the Human Rights Act*, in *Public Law*, 2004, 329.

49. Come si è precisato nella *case law* immediatamente successiva all’Act, la previsione racchiude l’indicazione di una dicotomia tra “*core public authorities*”, le pubbliche amministrazioni in senso proprio, caratterizzate da una *governmental nature* e quindi obbligate al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo quando agiscono in regime pubblicistico così come attraverso strumenti di diritto privato, e “*hybrid bodies*”, che, «*while not governmental themselves, nonetheless exercise some public functions and to that extent they are bound to respect the ECHR*». Il *leading case* al riguardo è *Aston Cantlow and Wilmcote and Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546, in particolare 554-555 per Lord Nicholls.

50. Per una dettagliata analisi in tal senso cfr. D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 90.

51. Si veda fra le prime decisioni in tal senso *YL v. Birmingham City Council and ors.*[2007] UKHL 27.

52. Per tali rilievi C. Donnelly, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, cit., 199; D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 100.

53. In argomento cfr. l’ampio studio di B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005.

Al riguardo va, peraltro, avvertito come nel sistema americano la tutela giurisdizionale approntata dalle corti ordinarie si ponga quasi come una sorta di seconda istanza di tutela, poiché la tutela del privato nei confronti dei pubblici poteri è *in primis* una tutela procedimentale. Concentrando la ricerca sul livello federale (e tenendo presente che sovente gli stessi principi ed istituti si riflettono negli ordinamenti dei diversi Stati), si può evidenziare come, accanto al modello tradizionale di *administrative law* – in base al quale le *agencies* sono chiamate a conformarsi alle specifiche direttive legislative del Congresso, con la conseguenza che è la Legge a controllare l'azione amministrativa realizzando la volontà popolare – si sia sviluppato nel sistema americano quello che è stato definito da Richard Stewart un “*interest representation model*”⁵⁴. Un modello diretto ad offrire un approccio sostitutivo della partecipazione politica, attraverso la partecipazione ai processi decisionali a carattere amministrativo di gruppi portatori di “*unorganized public interests*”, ai quali vengano assicurati strumenti partecipativi endo-procedimentali ed adeguati rimedi giurisdizionali tesi a verificare l'effettiva attenzione a tali interessi da parte delle autorità pubbliche nell'assunzione delle scelte finali di governo⁵⁵.

La *ratio* partecipativa nei procedimenti amministrativi non si limita, dunque, ad assicurare un cor-

retto esercizio delle scelte discrezionali esercitate dai soggetti “amministratori”, ma si pone come obiettivo la possibilità di attribuire ai cittadini “amministrati”, singolarmente considerati o, ancor più, organizzati collettivamente in gruppi portatori di interessi determinati, un senso di coinvolgimento nelle scelte operate e nelle procedure decisionali poste in essere dalle *agencies*⁵⁶.

Pietra miliare nella realizzazione di tale modello partecipativo è, nel sistema normativo statunitense, l'*Administrative Procedure Act* (APA) 1946, con il quale si definiscono le procedure che le *agencies* possono seguire per l'adozione delle decisioni di carattere amministrativo e si individuano i rimedi (inclusi quelli giurisdizionali) necessari al fine di verificare la legittimità di queste stesse scelte⁵⁷. La *ratio* cui risponde questo fondamentale *Act* non è soltanto quella di approntare moduli procedimentali in grado di proteggere, attraverso la partecipazione, gli interessi dei privati cittadini di fronte alle decisioni amministrative.

La partecipazione viene qui avvertita come elemento fondamentale ed imprescindibile per una “*good governance*” ed una piena ed effettiva realizzazione degli interessi della collettività⁵⁸.

Nella disciplina di entrambe le procedure formali di *rulemaking* - esercitate dalle *agencies* al fine di adottare regolamenti di applicazione generale⁵⁹ - e

54. R. B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. Law Rev.*, 1667, (1975); *Id.*, *Madison's Nightmare*, in *Univ. Of Chicago Law Rev.*, 57, 1990, 335 ss.; *Id.*, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004, 1 ss. Al riguardo si vedano altresì S. Cassese, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 617; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 13; T.TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Ashgate, 2002, 29 ss.; J. F. Duffy, *Administrative common law in judicial review*, 77 *Texas Law Review*, 121 (1998).

55. L'espressione è stata elaborata da S. G. Breyer – R. B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown and Company, 1979, 1012.

56. Come rileva R. B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., 1667, «*Such participation [...] will not only improve the quality of agency decisions and make them more responsive to the needs of the various participating interests, but is valuable in itself because it gives citizens a sense of involvement in the process of government and increases confidence in the fairness of government decisions*».

Sul punto si vedano altresì le riflessioni di L. Schultz Bressman, *Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state*, 78 *N.Y.U.L. Review*, 485 (2003) e meno di recente di M. Shapiro, *Administrative discretion: the next stage*, 92 *Yale L. J.*, 1487, (1983), i quali evidenziano il rischio che l’*“interest representation model”* possa risolversi in una commistione, nei procedimenti amministrativi dinanzi alle *agencies*, degli interessi pubblici con «*self-interests deeply entangled with narrow private interests*» e nell'emersione di gruppi portatori d'interessi privati cd. forti in grado di condizionare l'esito del processo decisionale.

57. Al riguardo W. Gellhorn, *The Administrative Procedure Act: the Beginnings*, 72 *Va. Law. Rev.*, 231 (1986) il quale sottolinea come l'*Act* abbia il fine di assicurare «*a reasonable uniformity and fairness in administrative procedures without at the same time interfering unduly with the efficient and economical operation of the Government*». Sui profili di tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni delle *agencies* cfr. B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, cit., 7 ss. Più in generale sulle procedure amministrative innanzi alle *agencies* e la disciplina dell'Apa si vedano R. J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, New York-Gaithersburg, 2002, 8; J. C. Adams, *Il diritto amministrativo americano*, Bologna, 1957, 17; nonché A. C. Aman, *Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law*, 10 *Ind. J. Global Leg. Stud.*, 2003, 125.

58. In proposito, L. Schultz Bressman, *Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state*, cit., 461; N. Greco, *Temi e problemi dello Stato amministrativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, I.

59. La procedura di *rulemaking* ha come obiettivo “*formulating, amending, or repealing a rule*”. In particolare la Section 551 del Titolo 5 dell'Apa definisce come “*rule*” «*the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect*

di *adjudication* – nelle quali vengono formulati *orders* diretti a soggetti individuati ed a casi singoli⁶⁰ – l'*Administrative Procedure Act* garantisce lo strumento partecipativo attraverso la previsione della possibilità per i privati interessati di presentare memorie scritte, di addurre testimonianze, di richiedere *cross-examinations*.

Va poi menzionata l'istituzione presso le varie *agencies* di *administrative law judges* (Aljs), chiamati a gestire e realizzare, all'interno del procedimento amministrativo, le garanzie partecipative, anche attraverso l'emanazione di *orders* o *decisions*, poi soggetti ad un'*administrative review* da parte della stessa *agency* cui gli Aljs sono assegnati⁶¹.

Nell'ipotesi di *informal procedures*, invece, occorre distinguere fra procedure di *rulemaking* e di *adjudication*. Nel primo caso è lo stesso *Administrative Procedure Act* a dettare alcune garanzie di partecipazione riassumibili nella formula del *notice and comment*, ovvero della previsione, contenuta nella Sezione 4 dell'Apa, di un obbligo di comunicazione in capo a ciascuna *agency* circa la volontà di adottare un regolamento su di una determinata questione, mediante la pubblicazione di una *draft rule* e l'invito generale ai soggetti interessati di proporre, per iscritto ed anche oralmente, osservazioni e commenti sul progetto presentato⁶².

La procedura di *rulemaking*, in entrambe le sue modalità, formale ed informale, è, dunque, espressione di un dialogo aperto fra poteri pubblici e società civile, dove il principio del *fair hearing* diviene canone fondamentale alla luce del quale ponderare e gestire i diversi interessi coinvolti nell'azione amministrativa⁶³. Com'è stato attentamente sottolineato «*given citizens a greater chance to participate in administrative rulemaking can improve the quality of rules made [...]. If the quality [...] of rules is enhanced, so will their authority and ultimately their acceptance by the public [...]. The acceptance of rules issued after genuine public participation will be increased not only as a result of the improved quality of rules, but also because the public itself had the opportunity to co-determine their contents [...]. Increased acceptance of rules can lead in turn to the reduction of friction between the administration and the public*»⁶⁴.

Per quanto concerne, invece, l'*adjudication* manca nella disciplina dell'Act una previsione circa lo svolgimento informale di tale procedura. Ciò appare curioso se si pensa che, nella realtà amministrativa statunitense, le *informal adjudications* costituiscono la maggioranza dei procedimenti di adozione di *orders* individuali poste in essere dalle *agencies*.

designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganization thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing». In proposito J. M. Scheib, *Administrative agreements: should they be in the shadows of the Administrative Procedures Act?*, in *Admin. Law Rev.*, 2003, 477.

60. L'*order* è definito dal § 551 Apa come «*the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rulemaking but including licensing*». L'attività di *adjudication* consiste in particolare nella «*resolution of specific litigation controversies between adversary parties – such as an agency's denial of an individual's claims for benefits, the administrative imposition of penalties on a firm, or the revocation for a licence*». Al riguardo E. Gellhorn – R. M. Levin, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003; S.G. Breyer – R. B. Stewart – C.R. Sunstein – M.L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy*; New York, 2002, 653 ss.

61. Sul punto cfr. ancora B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, cit., 60 e ss.

62. Ai sensi della Lett. c), § 553, Section 4, Apa: «*After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*».

63. Al riguardo, si veda, in particolare, S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 1019; nonché G. F. Ferrari, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 421; M. Comba, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269; G. Gardini, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, 757; G. Arena, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279; R. Bettini, *Aspetti della partecipazione amministrativa negli Usa*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1975, 117; R. Perez, *L'istruzione del procedimento amministrativo (studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623.

64. T. TH. Ziamou, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the Usa and Europe*, cit., 247 ss. Più in generale, sulla rilevanza della procedura di *notice and comment* cfr. S. N. Subrin – A. R. Dykstra, *Notice and The Right to be Heard: the Significance of old friends*, 9 *Harv. Civil Rights – Civil Liberties Law Rev.*, 449 (1974).

Nell'assunzione di siffatte determinazioni vengono, quindi, seguite le regole procedurali che ciascuna *agency* prevede all'uopo con proprie determinazioni interne.

Le garanzie partecipative dei privati cittadini vengono comunque assicurate, anche se forse non così specificamente dettagliate come nel modello formale, attraverso il ricorso alla fondamentale *Due Process Clause*. Prevista per ben due volte in Costituzione, nel Primo Emendamento in relazione al livello di governo federale, e nel Quattordicesimo Emendamento nei confronti degli Stati membri, la *Due Process Clause* costituisce il pilastro fondamentale nel sistema statunitense dei rapporti fra cittadini e pubblici poteri⁶⁵.

L'obbligo di *notice*, il diritto ad essere ascoltati "*by an unbiased decisionmaker*", il principio del contraddittorio ed il ricorso all'*evidence* quale strumento di supporto all'adozione delle scelte amministrative sono alcuni dei contenuti essenziali di tale clausola fondamentale, come evidenziati dalla dottrina ed analiticamente precisati nelle *opinions* della *Supreme Court*⁶⁶.

6. Qualche riflessione conclusiva

Dopo questa breve rassegna di alcuni fra i caratteri essenziali dei sistemi di tutela nei confronti dell'azione amministrativa, sembra potersi rilevare come qualunque sia la scelta ordinamentale in tema di giurisdizione sui pubblici poteri (esistenza di un giudice amministrativo, speciale in Francia, o appar-

tenente all'ordine giudiziario in Germania, Corti comuni e organi specializzati nel Regno Unito, o tutela giurisdizionale e procedimentale negli Stati Uniti) un'esigenza si pone come imprescindibile, anche se ancora non pienamente, e comunque non uniformemente, attuata nei diversi ordinamenti⁶⁷. È l'esigenza di garantire che la ricerca della legalità dell'azione amministrativa non vada a scapito di una garanzia, sostanziale ma, prima ancora ed insieme, processuale delle posizioni del privato cittadino. Tale esigenza, pur risolvendosi nell'accurata scelta di adeguati strumenti di tutela, necessita a priori di un ulteriore elemento imprescindibile: la certezza del diritto, quale condizione preliminare del riparto ai fini della tutela giurisdizionale.

Una certezza, che, come dimostra anche l'esempio dell'ordinamento italiano, non sempre risulta pienamente assicurata⁶⁸. Eppure è la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad aver sottolineato il rapporto fra certezza giuridica e giurisdizione. Anche nel caso di un non ben definito criterio di riparto, e quindi di fronte al verificarsi di contrasti interpretativi fra giurisdizioni all'interno di un dato sistema nazionale in relazione alle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale, il giudice di Strasburgo ha, infatti, rintracciato una grave violazione della garanzia di un ricorso effettivo e del diritto all'equo processo, rispettivamente enunciati agli artt. 6 e 13 Cedu, posto che «*la réglementation en matière de conditions de recevabilité des recours doit présenter une cohérence et une clarté suffisantes*» e che «*la Convention a pour*

65. In proposito, *ex multis*, S. A. SHAPIRO & R. E. LEVY, *Government benefits and the rule of law: toward a standards-based theory of due process*, 57 *Adm. Law Rev.*, 108 (2005); P.L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, 49, 2nd ed., (2002); Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985; E. RUBIN, *Due Process and the Administrative State*, 72 *Cal. Law Rev.*, 1044, (1984); nonché, nella dottrina italiana, per un'interessante comparazione fra "due process clause" e diritto di voto, M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, cit., 269 ss.

66. In particolare, la Suprema corte ha evidenziato nella sua giurisprudenza le condizioni necessarie al godimento di tali garanzie da parte dei privati interessati in procedimenti informali innanzi alle *agencies*, richiedendo che:

- il soggetto privato sia "*exceptionally affected*" dalla decisione amministrativa;
- emerga, dall'analisi della singola fattispecie, la possibilità per il cittadino d'influenzare, con la propria partecipazione alla procedura, il potere di valutazione dell'*agency* procedente;
- la decisione amministrativa finale venga ad incidere su di un "*interest protected by the Constitution (life, liberty and property)*". Si veda, a paradigma di tali condizioni, le *opinions* della *Supreme Court* *Londoner v. Denver*, 210 U.S. 373 - 1908; *Bimetallic Inv. Co. V. State Board*, 239 U.S. 441 - 1915; *Weinberger v. Hynson Westcott & Dunning Inc.*, 412 U.S. 609 - 1973; nonché, nell'elaborazione dottrinale, A.C. AMAN - W. T. MAYTON, *Administrative Law*, St Paul, Minn., 2001; R. J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, cit., 568, secondo cui «*to resolve a dispute under the Due Process Clause, a court must ask two questions. Does the government action deprive an individual of 'life, liberty or property'? Assuming the answer is yes, the court then ask: How much process is due*».

67. Come osserva G. DELLA CANEANA, *Per uno studio storico e comparato della giustizia amministrativa*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, cit., 34, i moderni ordinamenti liberal-democratici includono tutti «un "sistema" di giustizia amministrativa, pur se le concrete, storiche, manifestazioni di esso hanno rilevanza e articolazioni diverse in relazione allo stadio di sviluppo degli istituti rappresentativi, alla struttura di ogni società, alla cultura o alle culture che essa è in grado di esprimere».

68. Al riguardo per un'attenta analisi delle problematiche connesse all'effettività della tutela giurisdizionale dei cittadini con riferimento al sistema italiano di dualità della giurisdizione (ordinaria e amministrativa) si veda A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014.

*but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs»*⁶⁹.

Proprio in vista della finalità di rendere la giustizia nei confronti dei cittadini, anche laddove sia coinvolta la pubblica amministrazione, sempre più improntata a garanzie concrete ed effettive, si può notare come, con riferimento agli ordinamenti in questa sede considerati, si possa tracciare un comune disegno, volto all'incremento e alla ottimizzazione delle tutele processuali che nei procedimenti giurisdizionali amministrativi (o anche semplicemente nei procedimenti amministrativi, come nel modello statunitense) vengono ad assumere via via caratteristiche sempre più simili a quelle proprie dei procedimenti giurisdizionali ordinari.

Così è, si è visto, per il processo amministrativo francese, il quale, anche nella sua forma più tipicamente pubblicistica del *recours pour excès de pouvoir*, molto ha perso degli originari caratteri di *contentieux objectif*, dimostrando come la tutela del *requerant* possa via via svilupparsi dinanzi al *juge administratif*, non partendo necessariamente da un'originaria forma di contenzioso soggettivo, come è avvenuto, viceversa, in Germania con la tutela del diritto soggettivo pubblico dinanzi ai tribunali amministrativi. Non è necessariamente l'affermazione teorica dell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva in capo al privato nei confronti dell'amministrazione pubblica che determina, infatti, la sussistenza di una tutela di tipo soggettivo, ben potendo questa costruirsi anche attraverso la disciplina e le modalità in base alle quali un processo è strutturato⁷⁰.

Anche laddove sembri poi apparentemente possibile rintracciare una recente spinta verso la specialità di un "giudice" amministrativo, che in precedenza non pareva esistere, come comunemente si dice in relazione all'esperienza del Regno Unito sull'istituzione e sull'ingente sviluppo degli *Administrative Tribunals* accanto al tradizionale sistema di *judicial review* riservato alle corti ordinarie, la situazione è a ben guardare profondamente diversa. Alla specializzazione delle competenze assunte dai *Tribunals* si affianca, come ben dimostrano anche le riforme attuate con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, un aumento delle garanzie giurisdizionali proprie della procedura dinanzi alle corti ordinarie. E lo stesso ambito di applicazione del *judicial review on administrative action* viene ridotto, nell'interpretazione della *case law*, al fine di consentire la più ampia comprensione delle controversie di cui sia parte un'amministrazione pubblica all'interno del più garantistico rito ordinario previsto dalle *Civil Procedure Rules*.

Nell'ottica comparata sembra, dunque, potersi avvertire, nelle evoluzioni dottrinali, legislative e giurisprudenziali dei sistemi qui considerati, una comune tendenza, se non certo ancora all'unificazione delle giurisdizioni, quanto meno ad una uniformazione delle garanzie giurisdizionali. La disciplina dei procedimenti giurisdizionali in cui è coinvolta la pubblica amministrazione sembra, infatti, svilupparsi e convergere in via generale verso forme di tutela sempre più vicine a quelle approntate nelle controversie fra privati dinanzi ai giudici ordinari.

69. Così, ad esempio, Corte Edu, 20 agosto 2008, *Santos Pinto C. Portugal*, in www.echr.coe.int.

70. In proposito F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 33 e 42, il quale rileva altresì come elemento che sempre più accomuna le giurisdizioni amministrative anche l'evoluzione del processo «da sede di cognizione della sola *quaestio iuris*, con esclusione dell'accertamento dei fatti, a processo di piena cognizione anche dei fatti».

La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa

di *Aristide Police*

Ciclicamente negli studi di giustizia amministrativa si ripropone l'interrogativo se possa ancora giustificarsi la sopravvivenza della “giurisdizione speciale” del giudice amministrativo ovvero, ma si tratta dello stesso interrogativo, se non sia venuto il tempo di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle Pubbliche amministrazioni.

Di recente, sollecitate da convegni e da incontri di studio, non sono mancate meditate riflessioni di studiosi del diritto amministrativo e del diritto costituzionale che si sono nuovamente concentrate sulle “ragioni di attualità di tale giudice”. Queste rinnovate riflessioni sono significativamente concomitanti, occorre averne piena consapevolezza, con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche che, per ragioni affatto diverse da quelle che muovono gli studiosi di diritto, hanno di recente ripetutamente posto in dubbio l'utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita.

Tre paiono i punti di indagine più significativi: un primo attiene all'esigenza da più parti rappresentata di dare piena realizzazione al principio costituzionale di unità della giurisdizione, sull'assunto della ingiustificata specialità del giudice amministrativo (assunto sempre accompagnato dal sospetto, più o meno esplicitato, della insufficienza delle garanzie di indipendenza assicurate a questo giudice e da quest'ultimo offerte agli utenti del servizio giustizia); un secondo riguarda la verifica circa il superamento o meno delle ragioni storiche che hanno per un certo tempo giustificato -nel nostro ordinamento costituzionale- la sussistenza di una giurisdizione speciale e che, anche alla stregua delle disposizioni transitorie della nostra Carta fondamentale, sarebbero le sole ragioni che giustificano questa temporanea deroga a tale giurisdizione speciale; un terzo, infine, riguarda la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al (solo) giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia post-industriale in un contesto globale.

Nelle pagine del lavoro ci si sofferma su questi punti e, diffidando da mitologie giuridiche o dalla ricerca di nuove albe accorrenti e scompaenti, l'indagine non dimentica mai di confrontarsi con il quadro costituzionale, il diritto positivo e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

1. Una necessaria premessa

Ciclicamente negli studi di giustizia amministrativa si ripropone l'interrogativo se possa ancora giustificarsi la sopravvivenza della "giurisdizione speciale" del giudice amministrativo¹ ovvero, ma si tratta dello stesso interrogativo, se non sia venuto il tempo di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle Pubbliche amministrazioni².

Anche di recente, sollecitate da convegni e da incontri di studio, non sono mancate meditate riflessioni di studiosi del diritto amministrativo³ e del diritto costituzionale⁴ che si sono nuovamente concentrate sulle "ragioni di attualità di tale giudice"⁵.

Queste rinnovate riflessioni sono significativamente concomitanti, occorre averne piena consapevolezza, con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche che, per ragioni affatto diverse da quelle che muovono gli studiosi di diritto, hanno di recente ripetutamente posto in dubbio l'utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita⁶.

Vi è quindi più di una ragione per affrontare questo tema, così come più d'uno sono gli angoli prospettici da tenere sotto osservazione nello svolgere l'approfondimento.

Tre tuttavia paiono i punti di indagine più significativi:

un primo attiene all'esigenza da più parti rappresentata di dare piena realizzazione al principio costituzionale di unità della giurisdizione, sull'assunto della ingiustificata specialità del giudice amministrativo (assunto sempre accompagnato dal sospetto, più o meno esplicitato, della insufficienza delle garanzie di indipendenza assicurate a questo giudice e da quest'ultimo offerte agli utenti del servizio giustizia);

un secondo riguarda la verifica circa il superamento o meno delle ragioni storiche che hanno per un certo tempo giustificato -nel nostro ordinamento costituzionale- la sussistenza di una giurisdizione speciale e che, anche alla stregua delle disposizioni transitorie della nostra Carta fondamentale, sarebbero le sole ragioni che giustificano questa temporanea deroga a tale giurisdizione speciale;

un terzo, infine, riguarda la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al (solo) giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia post-industriale in un contesto globale⁷.

Nelle pagine che seguono ci soffermeremo su questi punti con attenzione e si tenterà di prospettare in modo motivato le conclusioni (sempre provvisorie) che si raggiungeranno. Occorre tuttavia sin d'ora avvertire il lettore che il tema di indagine di questo

1. Il pensiero corre subito a M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* In *Foro It.*, 1983, V, 249 ss.

2. Si vedano le belle pagine di G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss. e di A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.

3. Per tutti gli scritti di R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287 ss., Relazione ad un convegno presso l'Avvocatura generale dello Stato (Roma, dicembre 2013), e di L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss. Relazione in occasione della presentazione del *Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia "Semplificazione ed unificazione dei riti nella prospettiva dell'unificazione della giurisdizione"*, Unione nazionale camere civili, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), marzo 2014.

4. F.S. Marini, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Giustamm.it – Riv. Internet di Diritto Pubblico*, 2014. Relazione in occasione del Convegno organizzato dalla Suprema Corte di Cassazione, *Unità e pluralità della giurisdizione. Presupposti costituzionali e prospettive di riforma*, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), ottobre 2014.

5. Per usare le parole di L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561.

6. Si pensi all'intervento di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, articolo apparso su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* 11 agosto 2013. Ma il tema è stato poi ripreso dal presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni, sin da una intervista del novembre 2013, in cui aveva dichiarato «abolire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due punti di Pil» (*Servizio pubblico*, *La7*, 8 novembre 2013); si veda sul punto *Matteo Renzi alla guerra dei Tar*, in www.formiche.net, 22 aprile 2014.

7. Una prospettiva quest'ultima che viene assunta in queste pagine nei limiti della logica del diritto amministrativo (per dirla con G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014), consapevoli dell'esistenza di una prospettiva più ampia e sovranazionale e della sua estraneità al tema che ci occupa. Si veda per tutti S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

studio è popolato, e non certo da ora ma almeno da quando con passione esso fu dibattuto in sede di Assemblea costituente (ma già nei dibattiti tardo ottocenteschi tra destra e sinistra storica), da una schiera di figure mitologiche⁸ che rendono molto accidentato il percorso del giurista che – per mestiere - deve tener distinto il reale dal mito.

2. Unità della giurisdizione e articolo 103 della Costituzione

Andando con ordine fra i diversi miti sarà opportuno proprio partire dal mito della unicità della giurisdizione che spesso si fa coincidere con il principio costituzionale della unità della giurisdizione.

Ebbene, l'unità e l'unicità della giurisdizione non sono la stessa cosa e solo la prima è un principio costituzionale; l'aspirazione alla unicità, invece, è soltanto un legittimo obiettivo politico, pur con nobili radici culturali ed ideologiche. Un approfondimento sul portato dell'art. 103 Cost., anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul punto è assai utile per rendersene conto.

La previsione di cui all'art. 103 Cost. si ricollega alle previsioni che precedono o seguono nel testo costituzionale. Il riferimento è in particolare, all'art. 24 Cost. che assicura la garanzia della tutela giurisdizionale a diritti ed interessi legittimi; all'art. 100, che assicura rilievo costituzionale al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti; agli artt. 101 e 102, che fondano il principio della unità della giurisdizione, all'art. 108, secondo cui “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali” (così il secondo comma), all'art. 111 che, sempre al secondo comma, assicura il principio del giusto processo “in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale” e all'art. 113, che assicura la tutela giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) avverso gli atti ed i provvedimenti della Pubblica amministrazione. Ri-

spetto a tali previsioni, tuttavia, i primi due commi dell'art. 103 si pongono in una posizione di assoluta preminenza. E' infatti proprio l'art. 103 Cost. ad aver assicurato adeguata “copertura” costituzionale al “Consiglio di Stato e (a)gli altri organi di giustizia amministrativa”⁹, nonché ai criteri di riparto della funzione giurisdizionale fra i diversi ordini di giudici chiamati storicamente ad esercitarla, pur nella unicità della funzione medesima sancita – come è ben noto – dall'art. 101 Cost.

Il Costituente, infatti, ha cristallizzato proprio nell'art. 103 Cost. il difficile equilibrio che nella prima parte del secolo scorso si era raggiunto nel ripartire l'esercizio della funzione giurisdizionale fra il giudice ordinario, giudice dei diritti civili e politici sin dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ed il giudice amministrativo, giudice degli interessi legittimi sin dalla sua istituzione con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Un equilibrio raggiunto dopo una brusca oscillazione tra il sistema monistico della funzione giurisdizionale affidata unicamente al giudice ordinario (sistema sostenuto dalla parte maggioritaria della destra storica di Mancini, Minghetti, Boncompagni e Borgatti ed invero nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo) ed il sistema dualistico caratterizzato appunto dal riparto della giurisdizione fra diversi ordini di giudici (a seguito del movimento di opinione suscitato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo e fatto proprio dal ministero Crispi con la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato¹⁰).

Non è questo il luogo di dilungarsi sull'evoluzione dottrina e giurisprudenziale che ha caratterizzato il tema della giurisdizione amministrativa e del suo giudice e quello, ad esso connesso, del riparto di giurisdizione¹¹. Il dibattito in questione è frutto e trae alimento non già dalla norma costituzionale, o dai lavori preparatori della medesima, ma dalle norme che all'indomani dell'unificazione del Regno d'I-

8. Non suoni irrispettoso il riferimento alla mitologia, nel raffronto tra problemi reali e questioni che pur affascinanti non trovano riscontro nella realtà giuridica. Come intuibile esso è il richiamo alle parole di S(anti), Romano (*Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 126 ss. Ed anzi, la capacità di librarsi nella mitologia giuridica nell'accezione romaniana è capacità non comune, essa non può predicarsi per tutte le inopie, ma solo per quelle che assumono il carattere di una “immaginazione favolosa” o di una “credenza che ha carattere di fede” (le citazioni sono a 127 e 128).

9. Per un aggiornato commento degli artt. 100, 103, 111, 113 Cost., si rinvia per tutti a G. Cerrina Feroni, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, nel *Codice della giustizia amministrativa*, diretto da G. Morbidelli, 3^a ed., Milano, 2015, 3 e ss.

10. Il discorso è stato più volte pubblicato, da ultimo, S. Spaventa, *La giustizia amministrativa* (a cura di S. Ricci), Napoli, 1993, 41 ss. Sul punto, anche per un quadro completo delle diverse esperienze comparate, si veda M. Nigro, *Le varie esperienze di giustizia in Giustizia amministrativa*, 6^a ed., Bologna, 2002, 33 e ss. Più in dettaglio, il dibattito relativo alla istituzione della IV sezione è riportato da N. Paoantonio, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

11. Il plurisecolare dibattito in materia è ricostruito da F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ss.

talia intesero regolare la materia¹². L'art. 103 Cost. si limita a recepire e consolidare i frutti di quel dibattito ed a riproporre e "costituzionalizzare" la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa, nonché un riparto di giurisdizione che, superando l'impostazione monista affermatasi con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, fa propria la soluzione dualistica del discrimine delle giurisdizioni fondato sulla diversa natura e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Ed è proprio il chiaro tenore dell'art. 103 Cost. a limitare grandemente la portata e la consistenza dei dubbi e delle dispute sulla legittimità costituzionale dell'intero sistema di giustizia amministrativa e sulla riserva di giurisdizione ad esso assicurata¹³. Mentre infatti è ben possibile, in una prospettiva di politica del diritto, interrogarsi sull'opportunità e sui vantaggi di un mutamento del quadro costituzionale sul punto e sull'adozione di un diverso modello monista¹⁴, deve sempre evitarsi che tali valutazioni di opportunità politica vengano a trarre alimento da una malintesa lettura del quadro costituzionale attuale.

E ciò è tanto vero che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale si è assai raramente confrontata con il tema della giurisdizione amministrativa e del suo riparto (mentre molto più spesso si è data carico di approfondire il tema della effettività della tutela giurisdizionale del giudice amministrativo).

Ed anzi, se il criterio di riparto così cristallizzato, quello fra diritti ed interessi, fosse stato l'unico criterio di riparto previsto dall'art. 103, il tema della giurisdizione amministrativa non avrebbe mai potuto costituire oggetto di interesse per il giudice delle leggi. Se il riparto della giurisdizione e quindi la delimitazione del perimetro della giurisdizione amministrativa avesse trovato suo esclusivo fondamento nelle previsioni costituzionali che richiamano il discrimine delle situazioni giuridiche soggettive, il tema della giurisdizione amministrativa e le relative controversie si sarebbero dovute limitare alla cognizione del giudice della giurisdizione e cioè la Corte di cassazione a Sezioni unite.

Come è ben noto però, l'art. 103 Cost., sempre per lasciare immutato il delicato equilibrio raggiunto in materia prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, accanto al criterio generale di riparto fonda-

to sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive controverse, ha previsto anche un criterio alternativo di carattere speciale. Un criterio speciale che consentiva al legislatore ordinario, in deroga al criterio generale, di fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ma implicitamente anche quella del giudice ordinario) in "particolari materie", indipendentemente dal fatto che siano oggetto di controversia situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo. È proprio questo margine di apprezzamento discrezionale lasciato dal Costituente al legislatore ordinario nella delimitazione delle "particolari materie" di giurisdizione esclusiva che ha fatto sì che la Corte costituzionale venisse ad occuparsi, a più riprese dell'ambito e della estensione della giurisdizione amministrativa.

E ciò sia per verificare il rispetto del limite costituzionale delle "particolari materie" che solo giustifica la deroga al criterio generale di riparto fondato sulle situazioni soggettive; sia e soprattutto per assicurare che la scelta discrezionale del legislatore non si ponesse in contrasto con i principi di eguaglianza, indipendenza della funzione giurisdizionale e pienezza della relativa tutela assicurati dagli artt. 3, 24, 108, 111 Cost. Infatti, proprio la previsione costituzionale che abilita il legislatore ordinario a riservare la tutela di situazioni giuridiche soggettive eguali (diritti soggettivi o interessi legittimi) alla esclusiva cognizione di giurisdizioni diverse (la tradizionale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oppure le nuove ipotesi di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario), ha consentito che il legislatore potesse scegliere di assegnare ad una giurisdizione piuttosto che all'altra situazioni giuridiche soggettive di eguale consistenza.

Ebbene, è proprio questo il duplice binario lungo il quale corre tutta la giurisprudenza costituzionale in materia di giurisdizione amministrativa: da un lato, il binario costituito dal parametro di giudizio offerto dal medesimo art. 103 Cost. quanto ai limiti alla discrezionalità legislativa nell'individuare materie particolari di giurisdizione esclusiva; dall'altro lato, il binario costruito sul parametro dell'eguaglianza, indipendenza ed effettività delle garanzie giurisdizionali assicurate a situazioni giuridiche soggettive di eguale consistenza.

È allora evidente come proprio in ragione delle previsioni costituzionali appena richiamate, mai si è

12. Valga ancora il rinvio alle pagine di M. Nigro, *La formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, nel citato *Giustizia amministrativa*, 55 e ss. e di F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della Pubblica amministrazione*, nel manuale a sua cura *Giustizia amministrativa*, 6^a ed., Torino, 2014, 3 e ss. Lavoro che ritorna su un antico scritto di F.G. Scoca, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Perugia, n. 5 del 1976, Padova, 1977, 373 ss.

13. E su questo non si può che convenire con R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, 287.

14. È questo, ad esempio, l'esercizio che svolge L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561 ss.

ipotizzato che il sistema dualista su cui è costruita la giurisdizione nei confronti delle Pubbliche amministrazioni potesse essere in contrasto con il principio di unità della giurisdizione. Unità in sostanza non si è mai declinata, nella Carta costituzionale, in termini di unicità¹⁵. Nel porsi allora il tema di una possibile riforma dell'assetto costituzionale della giurisdizione nella prospettiva della sua unificazione occorre necessariamente declinare le reali esigenze che giustificano o necessitano una siffatta significativa riforma.

Ebbene, negli scritti antichi e recenti che sono apparsi sul tema, l'unica significativa esigenza che in modo diverso viene esplicitata si fonda su di un preteso "peccato originale" del giudice amministrativo. Questo giudice, come è noto, è nato nella sfera dell'amministrazione e non in quella della giurisdizione; quando nel 1889 si attribuirono le funzioni di giustizia "nell'amministrazione" ad una sezione del Consiglio di Stato si pensò di introdurre una garanzia che pur con natura giustiziale non fosse giurisdizionale¹⁶.

Da tale origine si continua ancor oggi a far discendere:

a) la vicinanza, o meglio la "contiguità" di questo giudice, con il potere esecutivo;

b) la sua strutturale "cedevolezza" rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico in danno della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati;

c) la commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive (o addirittura amministrative)¹⁷.

Tutto ciò contribuirebbe ad alimentare un insanabile *vulnus* alla garanzia costituzionale dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo, o quantomeno un *vulnus* alla immagine di tale giudice come indipendente ed imparziale¹⁸.

Soltanto una verifica sulla reale consistenza di questi timori, sulla effettiva rispondenza alla realtà di

tali "vizi capitali", sulla possibile nefasta incidenza di tali condizionamenti sull'esercizio della funzione giurisdizionale potrà consentire o meno di aderire alle proposte di modifica dell'assetto attuale del sistema delle tutele nei confronti delle Pubbliche amministrazioni. Occorrerà altresì domandarsi se questi problemi, ammesso che abbiano una significativa consistenza, siano i problemi più reali e più vivi della giustizia amministrativa, quelli che richiedono con maggiore urgenza l'intervento del legislatore e addirittura del legislatore di rango costituzionale.

Nel dare risposta a tali ricorrenti interrogativi, la dottrina è stata inevitabilmente ispirata e condizionata da opzioni culturali ed ideali, da giudizi di valore, da vicende dell'attualità (più che dalla storia) e conseguentemente è naturale che abbia prospettato conclusioni che sono per loro natura opinabili. Viene allora alla mente il monito che uno dei massimi umanisti italiani poneva sulle labbra di San Bernardino da Siena: «non tutte le cose che sono state scritte sono degne di fede. Certo le scritture canoniche (la Costituzione, per noi) hanno un'autorità indubbia. Ma negli altri casi bisogna sempre domandarsi chi fu lo scrittore, di quale vita, di quale credenza, di quale importanza, che cosa abbia detto: con quali cose concordi e con quali sia discordi, se dica cose verosimili, se le cose che si leggono concordinino con i luoghi e con i tempi. Non bisogna credere a caso a chi parla o a chi scrive»¹⁹.

Applicando questa saggia massima al tema che ci occupa si potrà constatare ad esempio come alla critica circa la vicinanza, o meglio la "contiguità" del giudice amministrativo con il potere esecutivo, si potrà agevolmente rispondere che tale circostanza se è stata vera in una determinata porzione dell'esperienza repubblicana, molto meno lo è stata nella triste stagione dell'ordinamento corporativo²⁰, o nella recente attualità.

15. È questa posizione tanto ovvia quanto spesso obliterata o sottaciuta. Sul punto chiarissima è la R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, 287 ss., che contesta anche l'ambiguità di certi orientamenti giurisprudenziali della Cassazione come giudice della giurisdizione (293 ss.), o se si vuole, ma le parole tornano le mie di propulsore (o promotore) della (o verso la) giurisdizione unica.

Sul punto, per un approfondimento, si veda ancora R. Villata, *Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 324 ss.

16. È questa la posizione di tutta la Scuola orlandiana, per tutti si veda il Maestro, V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1907, 818 ss.

17. Si veda il lavoro di A. Travi, *Il consiglio di stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.

18. Per una articolazione di questi argomenti si veda L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561 ss, spec. 581.

19. Il passo è tratto da Enea Silvio Piccolomini (poi Pio II, Papa), *Dialogus de somnio quodam* (databile intorno al 1453-1454), finalmente pubblicato con una mirabile traduzione critica in lingua italiana, *Dialogo su un sogno*, a cura di A. Scafi, Torino, 2004. La citazione è a 186.

20. Si vedano tra i tanti, gli scritti di G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di santi Romano*, Relazione al convegno Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano, (Roma, febbraio 2003), in www.giustizia-amministrativa.it e più diffusamente Id., *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, 2015, spec. nella parte seconda del lavoro *Quanto è stato fascista lo Stato fascista*, il cap. VIII, *Il Consiglio di Stato: note sulla giurisprudenza* ed il cap. IX *La giurisdizione sul rapporto di impiego negli enti pubblici e il ruolo di Santi Romano*.

tà caratterizzata da una tendenza del tutto opposta, sia per una sostanziale preclusione ed un rigido argine alla collaborazione dei giudici amministrativi negli uffici di *staff*, sia per una dichiarata insofferenza del potere esecutivo rispetto ai giudici amministrativi (ed ancor più al peso del loro sindacato demolitorio)²¹. Ed anzi questa significativa insofferenza del potere esecutivo sia a livello statale, sia a livello regionale, sia a livello di enti territoriali pare in evidente contraddizione con la supposta strutturale “cedevolezza” del giudice amministrativo rispetto alle ragioni dell’interesse pubblico. Anche le censure circa la commistione dei ruoli nella titolarità delle funzioni giurisdizionali e di quelle consultive, potrebbero essere considerate il frutto di una sopravvalutazione dottrinarie se solo lo si esamina in una prospettiva comparata alla luce della giurisprudenza delle Alte corti europee rispetto ad analoghe istituzioni di Paesi dell’Unione²².

È proprio la opinabilità delle contrapposte visioni dottrinarie che ci suggerisce di non incamminarci sulla stessa strada nel formulare una aggiuntiva posizione in questo dibattito popolato di rispettabilissimi e molto spesso accattivanti giudizi di valore. Da modesti giuristi si è pensato più utile prospettare qualche conclusione sul tema restando ancorati alle decisioni della Corte costituzionale pure sollecitata, per impulso per lo più di giudici ordinari, ad affrontare il tema della insufficienza delle garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice amministrativo.

3. La garanzia costituzionale della giurisdizione del giudice amministrativo è ancora giustificata?

Deve segnalarsi come l’approfondimento della Corte costituzionale in materia di giurisdizione amministrativa sia molto spesso (se non sempre) preceduto da una motivata ed argomentata premessa. Quasi un monito rispetto ai dubbi che, nelle ordi-

nanze di rinvio, i giudici ordinari seminano ciclicamente.

La Corte costituzionale, infatti, ripetutamente ricorda come l’art. 103 non solo costituisca la principale garanzia costituzionale della giurisdizione del giudice amministrativo ma, al contempo, rappresenta un solido argine contro tutti i tentativi che in dottrina si avanzano in favore di una “giustizia non amministrativa”²³ e che militano per un ritorno al sistema monistico ed alla unicità dell’ordine che esercita la funzione giurisdizionale²⁴.

Del resto, l’obiettivo tutto politico di ricostruire la giurisdizione in termini monistici, e quindi di assicurare la unità della funzione giurisdizionale anche sul piano degli ordini giudiziari chiamati ad esercitarla, era un obiettivo che - dichiaratamente perseguito da alcuni Costituenti - non ha mai incontrato un diffuso e generale consenso. Come palesano i lavori dell’Assemblea costituente, infatti, al di là della pur autorevole voce di Piero Calamandrei, tali posizioni restarono assolutamente minoritarie ed isolate portando appunto ad assicurare al giudice amministrativo piena cittadinanza nell’ordinamento costituzionale repubblicano.

Di ciò offre ampia testimonianza anche la sentenza n. 204/2004. Nella prima parte della motivazione di questa pronuncia, infatti, la Corte ricorda come la Costituzione «ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della Pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive» di interesse legittimo. Si dovrebbe trattare di una acquisizione scontata ormai, ma le questioni di legittimità costituzionale anche di recente riproposte hanno reso necessario questo chiarimento, così come hanno reso necessario ricordare la portata costituzionale del principio di unità della giurisdizione che, con le parole di Mortati, la Corte ricorda essere una “unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi”. In sostanza la

21. Si sono già ricordati gli interventi di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato*, cit., e del presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni nella presente legislatura. V. *supra* nota 6.

22. Sul punto una efficace sintesi è nello studio di S. Mirate, *L’indipendenza e la imparzialità del giudice amministrativo. Un’analisi problematica tra diritto interno e giurisprudenza Cedu*, nel volume a cura di A. Sandulli e G. Piperata, *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza ed imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 78 ss. e nelle riflessioni di M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *Astrid Rassegna*, n.35/2006.

23. Il più nobile dei quali è nelle belle pagine di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. per una giustizia “non amministrativa”* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, *passim*. Per un commento si veda *Dir. pubbl.*, 2006, n. 1, con scritti di G. Silvestri, *Un libro che fa ‘respirare’* (61 ss.); F.G. Scoca, *Un pensatore generoso* (69 ss.); A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini* (91 ss.); G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello Stato di diritto)* (111 ss.).

24. Si veda A. Orsi Battaglini, op. ult. cit., 33 ss.

Corte costituzionale, pur ricordando gli interventi di Calamandrei, sembra sfatare in modo deciso ed autorevole il mito della unità della giurisdizione e ciò fa in una prospettiva di arricchimento delle garanzie giurisdizionali dei singoli e di effettività di tutela che fa evidente tesoro dell'insegnamento di Vittorio Bachelet e di un suo non dimenticato lavoro²⁵.

È sempre in questa prospettiva che deve leggersi quella parte della sentenza n. 204/2004²⁶ che esamina il potere riconosciuto dal giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Nel far salvo dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale l'art. 35 del dl n. 80 del 1998 (come sostituito dalla legge n. 205 del 2000), la Corte sottolinea come l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisca «uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione». E l'attribuzione di tale potere giurisdizionale trova giustificazione, da parte della Corte costituzionale, non soltanto nella pienezza della «dignità di giudice» che si è riconosciuta al giudice amministrativo, ma anche nella esigenza di pienezza della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. La Corte infatti riconosce che essa «affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena

ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguata tutela».

Si tratta, del resto, di conclusioni che la stessa giurisprudenza costituzionale aveva già raggiunto in passato²⁷ e che sono state ribadite con estrema chiarezza laddove si ricorda che «l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare». Ma sul tema si avrà modo di tornare (v. *infra*) in merito alla giurisdizione del giudice amministrativo sull'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

Che il sistema della giustizia amministrativa si indirizzasse verso una piena giurisdizione era una acquisizione che la dottrina aveva segnalato al primo apparire delle novità legislative e giurisprudenziali di fine secolo²⁸. Oggi la Corte costituzionale ha riconosciuto come pienamente compiuto quel percorso e pone un freno significativo ad ogni ipotesi di ritorno al passato. Indipendentemente dal riferimento all'art. 35 del dl. n. 80 del 1998 e quindi alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, infatti, la Corte segnala come il superamento del sistema che prevedeva la giurisdizione amministrativa per l'annullamento di un atto amministrativo e la giurisdizione ordinaria per il risarcimento dei diritti patrimoniali consequenziali, «con i relativi gradi di giudizio», «costituisce null'altro che attuazione del precetto

25. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969.

26. Il riferimento è al par. 3.4.1.

27. Si pensi alla sentenza di Vincenzo Caianiello, Corte cost. n. 177/1995, in materia di opposizione di terzo nel processo amministrativo. Per un approfondimento, A. Police, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo: la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 512 ss.

Ma in realtà, si tratta di affermazioni ricorrenti, soprattutto in relazione a tutti i dubbi di legittimità costituzionale sollevati con riferimento al difetto di pienezza ed effettività della tutela del giudice amministrativo come giudice esclusivo dei diritti soggettivi nell'impiego pubblico prima della privatizzazione. Cfr. in particolare le sentenze C. cost. n. 47/1976 e n. 43/1977 e n. 100/1979 (seguita dalle ordinanze di manifesta infondatezza nn. 23 e 90/1980), in materia di assegnazione e revoca degli alloggi di edilizia residenziale pubblica. Si vedano altresì le sentenze di rigetto n. 140/1980, in materia di assunzioni obbligatorie presso le Pubbliche amministrazioni, n. 185/1981, in materia di liquidazione dell'indennità di buonuscita dei dipendenti statali, e n. 208/1984, in materia di sanzioni disciplinari a carico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione, le quali si sono ampiamente riportate a quanto deciso in materia di pubblico impiego con le citate sentenze n. 47/1976 e n. 43/1977.

In tempi più recenti, la questione di legittimità costituzionale dell'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui provvedimenti disciplinari a carico dei cd. autoferrottranvieri, personale ormai in servizio sempre più presso enti privati (o almeno formalmente tali) che presso enti pubblici economici, è stata nuovamente e ripetutamente sollevata, ma la Corte ha continuato a dichiararla infondata pure dopo l'attribuzione al giudice ordinario della generalità delle controversie sui rapporti di pubblico impiego privatizzati (incluse quelle relative alle sanzioni disciplinari), seguendo a sottolineare, per quanto qui rileva, che la tutela offerta dinanzi al giudice amministrativo non è, in via di principio, «meno valida» o «meno vantaggiosa o appagante» di quella disponibile davanti al giudice ordinario (si cfr. la sentenza di rigetto n. 62/1996 e le ordinanze di manifesta infondatezza n. 161/2002, n. 439/2002 e n. 301/2004).

28. Il riferimento è a S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo. Il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, fasc. 12, 1221 ss. Si veda, diffusamente, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000.

di cui all'art. 24 Cost.», ed anche dell'art. 111 Cost.²⁹ cui fa espresso riferimento la successiva sentenza C. cost. n. 191/2006.

La giurisprudenza costituzionale appena ricordata è molto più utile di ogni sforzo dottrinario per sfatare il mito della specialità del giudice amministrativo, di una specialità declinata in termini di diminuita o insufficiente garanzia di indipendenza ed imparzialità. In realtà, come si è già accennato, quella contiguità con il potere pubblico (e più in particolare con il Governo) su cui tanto si è scritto³⁰, se da un lato pare oggi grandemente attenuata se non dissolta grazie alla scelta dei ministri del Governo in carica di non avvalersi nei propri Uffici di *staff* dell'opera di magistrati amministrativi (se non in ridottissima misura); dall'altro lato, è stata da molti anni sottoposta a precise regole deontologiche per l'esercizio della funzione giurisdizionale³¹ e al controllo di Istituzioni di garanzia³², come accade anche per la magistratura ordinaria³³.

4. Il giudice amministrativo indipendente ed imparziale nella giurisprudenza costituzionale

Se si mettono da parte i miti, allora, si vede come il vero tema non è tanto quello di assicurare la unicità o meglio la riduzione ad unità delle giurisdizioni, quanto piuttosto assicurare la unità ed effettività della funzione giurisdizionale.

Ed anche rileggendo la giurisprudenza costituzionale si avrà conferma di quanto siano fondate le posizioni di quella parte della dottrina³⁴ che sottolinea la centralità dell'esigenza di assicurare la eguaglianza e la effettività delle garanzie giurisdizionali a tutela di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo da parte del giudice amministrativo. E ciò sia con riferimento ai profili dinamici, attinenti al sistema delle azioni processuali esperibili davanti al giudice amministrativo, ai mezzi istruttori ed ai poteri decisorio di tale giudice ed al sistema delle impugnazioni ordinarie e straordinarie; sia con riferimento ai profili statici attinenti alla struttura ed alla organizzazione dell'ordine giurisdizionale amministrativo.

Non è questa la sede per soffermarsi sui profili dinamici, in questa sede occorre soffermarsi sui profili statici della garanzia costituzionale della giurisdizione amministrativa a tutela delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo.

Così come per i diritti soggettivi, anche per gli interessi legittimi gli organi giurisdizionali hanno il compito di garantire l'effettiva osservanza delle norme poste dalla Costituzione. Da ciò deriva l'importanza della funzione giurisdizionale negli ordinamenti civili volta ad assicurare in modo efficace, indipendente ed imparziale la composizione delle controversie ed il rispetto delle norme violate, al fine di garantire la pacifica convivenza e l'ordinato vivere civile³⁵. La garanzia contenuta nell'art. 24 Cost. afferma in primo luogo che solo il giudice può concedere o negare la tutela, verificandone in giudizio i

29. Su cui si ricordano le pagine di E. Piccozza, *Il giusto processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1061 ss. Si veda, più ampiamente, S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; e più di recente F.F. Guzzi, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano 2013.

30. Per un approfondimento da ultimo L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., spec. 565 ss.

31. Per un approfondimento sia consentito il rinvio ad A. Police, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 23 ss.

32. Per un approfondimento sia consentito il rinvio ad A. Police, *Le garanzie istituzionali dell'indipendenza dei giudici amministrativi in un confronto tra diversi modelli di autogoverno*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, vol. I, 361 ss.

33. Ciò senza dire che analoghi dubbi potrebbero ben essere sollevati con riguardo ad alcuni giudici ordinari. Si veda R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione ed indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 165.

34. Il riferimento è all'articolo di M. Clarich, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in *Guida al Dir.*, n. 21 del 17 maggio 2014.

35. Anche la giurisprudenza Comunitaria ritiene che per organo giurisdizionale debba intendersi un organo di origine legale, dotato dei caratteri della permanenza e dell'indipendenza, la cui giurisdizione sia obbligatoria e il cui procedimento sia ispirato alla regola del contraddittorio ed alla applicazione di regole giuridiche: v. Corte di Giust. Ce, 30 giugno 1966, in causa 61/65, *Goebbels*, in *Racc.*, 1966, 407; Corte eur. dir. uomo, 25 settembre 1997, *Aydin*, in *Racc.*, 1977, 1866. In più occasioni la Corte di Strasburgo ha avuto modo di acclarare violazioni del "diritto al giudice" da parte degli Stati europei. In una interessante pronuncia che ha interessato il nostro Paese la Corte ha ritenuto lesive del "diritto al giudice" alcune disposizioni in materia di sfratti che consentivano alle Prefetture la graduazione dell'esecuzione degli stessi in assenza di controllo giurisdizionale (Corte di Giust. Ce, 28 luglio 1999, *Società Immobiliare Saffi*, in *Guida al Dir.*, 25 settembre 1999, 132). Come è stato evidenziato da Autorevole dottrina (L.P. Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"* (mo-

presupposti. Pertanto le norme che direttamente o indirettamente sottraggono all'autorità giudiziaria, in tutto o in parte, il "giudizio" violano il precetto costituzionale. Ed è su questo punto che deve segnalarsi il primo significativo contributo della giurisprudenza costituzionale.

Con una serie di pronunce che si susseguirono in un decennio (dalla seconda metà degli anni Sessanta alla seconda metà degli anni Settanta dello scorso secolo), la Corte procedette a dichiarare costituzionalmente illegittimi una serie di organi non giurisdizionali cui la legislazione anteriore alla Costituzione affidava la tutela di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Come è ben noto, al momento della entrata in vigore della Costituzione esistevano alcuni organi amministrativi (Giunte provinciali amministrative e Consigli di prefettura "in sede giurisdizionale", Consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale) la cui sopravvivenza era consentita dalla IV disp. trans. della Costituzione. Dopo oltre quindici anni dalla entrata in vigore della Costituzione ed in assenza di un intervento del legislatore ordinario che ponesse fine al periodo transitorio, la Corte costituzionale ritenne di dover assicurare che la tutela degli interessi legittimi non fosse ulteriormente sottratta alla giurisdizione amministrativa³⁶.

Sullo stesso filone, anche se in epoca diversa, si pongono le altre pronunce che, nel ritenere ammissibilità dell'arbitrato facoltativo, quello strumento cioè

cui i privati possono liberamente ricorrere al fine di risolvere le controversie relative a diritti disponibili mediante arbitri da loro stessi scelti; ritengono al contrario costituzionalmente illegittime quelle norme che impongono l'arbitrato come forma obbligatoria di giurisdizione privata alternativa a quella pubblica³⁷. Pronunce che inducono a ritenere non suscettibile di essere compromesse in arbitri controversie aventi ad oggetto situazioni di interesse legittimo³⁸, come oggi sembra peraltro confermare la previsione dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205³⁹.

La tutela giurisdizionale si manifesta nel giudizio e, si impersona nel giudice soggetto terzo ed imparziale rispetto alle parti in causa. La terzietà e l'imparzialità del giudice consistono nell'assoluta equidistanza dell'Autorità giudicante dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano all'interno del processo⁴⁰. Questa garanzia deve essere assicurata ed è oggi assicurata anche a tutela delle situazioni di interesse legittimo da parte del giudice amministrativo (come si è visto anche nel par. 2, *supra*) e ciò sia nella configurazione e nell'assetto organizzativo ed ordinamentale che deriva dalla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali e dal Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sia in relazione ad ipotesi caratterizzate da soluzioni organizzative da considerarsi "speciali", come ad esempio quei modelli organizzativi propri di alcune Regioni autonome o Province a Statuto speciale⁴¹.

delli a confronto), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 896) il "diritto al giudice", condiviso dalla Corte di Giustizia, si inserisce nel nucleo centrale del modello giustiziale accolto dal costituzionalismo moderno.

36. Si fa riferimento a C. cost. n. 133/1963, sull'istituto del "Ministro giudice" (il Potere del Ministro per la marina mercantile di decidere sui ricorsi contro i provvedimenti che determinano le indennità di requisizione delle navi); a C. cost. n. 93 del 1965, sui Consigli comunali quali organi del contenzioso elettorale; a C. cost. n. 55/1966, sui Consigli di prefettura in sede giurisdizionale, su cui la nota di F.G. Scoca, *Il contenzioso contabile dopo la dichiarazione di incostituzionalità dei Consigli di prefettura*, in *Giur. cost.*, 1966, 1485 ss.; a C. cost. n. 30/1967, sulle Giunte provinciali amministrative; a C. cost., n. 33/1968, sulla Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta. Ancora si veda C. cost., n. 49/1968, con nota di M.S. Giannini, *Una sentenza ponte verso i Tribunali amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1968, ed ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, 925 ss.; ed ancora a C. cost., n. 128/1974, sul Presidente del Consorzio autonomo del porto di Genova a decidere sui provvedimenti amministrativi dell'Ente. Senza dire delle pronunce relative a giurisdizioni diverse da quella amministrativa: C. cost., n. 60/1969, sui poteri dell'Intendente di finanza (ma con riferimento alla giurisdizione penale); C. cost., n. 121/1970, sui poteri dei Comandanti di porto (sempre con riferimento alla giurisdizione penale); C. cost., n. 164/1976, sempre sui poteri dei Comandanti di porto, in materia di sinistri marittimi.

37. Il riferimento è a C. cost. n. 127/1977 e n. 488/1991.

38. Sul punto si veda però M. Vaccarella, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004, 18 ss., la quale mette in evidenza una diversa attitudine della Corte desumibile, ad esempio da C. cost. 376/2001.

39. Che al secondo comma precisa: «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediant arbitrato rituale di diritto». Ma non fa menzione – e quindi esclude – le controversie in materia di interessi legittimi.

40. Per assicurare l'imparzialità del giudice, l'ordinamento prevede diversi strumenti, quali le norme sulla competenza, i mezzi di impugnazione, le norme sull'ordinamento giudiziario ecc.. A tal proposito in giurisprudenza v. C. cost., n. 123/1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1031; C. cost., n. 335/2002, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1090.

41. Il riferimento è al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ed al Tribunale Regionale di giustizia Amministrativa trentino.

Soprattutto con riferimento ai dubbi sollevati sulle garanzie di indipendenza e sulla reale natura di giudice del Consiglio di Stato, la Corte costituzionale è intervenuta in modo deciso sin dai lontani anni settanta. Nella sentenza n. 177/1973⁴², si precisò infatti che “non può negarsi che dal Costituente siano state prese in specifica considerazione due esigenze, di ampia portata: che le persone, a cui poter affidare funzioni giurisdizionali, siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata. Ed esse, infatti, trovano compiuta o sufficiente tutela là dove varie disposizioni le affermano e le riconoscono come attuali ed essenziali perché siano assicurate alla magistratura le caratteristiche, che la contraddistinguono, della indipendenza e della (per quanto di ragione, connessa) imparzialità. Sono indubbiamente in tal senso, l’art. 100, comma terzo, per cui, specificamente e comunque assorbendosi il disposto dell’art. 108, comma secondo, la legge assicura l’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo; l’art. 102, comma secondo, ultimo inciso, che prevede la partecipazione alle Sezioni specializzate presso gli organi giudiziari, di cittadini idonei estranei alla magistratura; l’art. 106, comma terzo, che fissa i requisiti e le categorie delle persone a cui poter affidare l’ufficio di consigliere di Cassazione; e, per la residua sua portata autonoma, ancora l’art. 108, comma secondo, per cui la legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia”⁴³.

Con riferimento quindi alle norme che regolano la (parziale) provvista di Consiglieri di Stato per nomina governativa, la Corte ha precisato che tali norme, ed in particolare quelle di esse che attengono ai profili qualitativi della scelta ed alle garanzie della verifica e del procedimento, «vanno interpretate, sulla base dei riferimenti e delle considerazioni che precedono, nel senso che esse impongono: a) che la

scelta debba cadere su persone specificamente idonee alle funzioni e cioè - mutuando le parole dal parere dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato del 24 settembre 1973 ed *in toto* dal testo dell’art. 1 del d.P.R. n. 579 del 1973 - su persone *che per l’attività o gli studi giuridico-amministrativi compiuti e per le doti attitudinali e di carattere, posseggano piena idoneità all’esercizio delle funzioni di consigliere di Stato*; b) che codesta idoneità sia concretamente accertata, e c) correlativamente, che, in quanto il tutto sia compatibile con la natura e con la funzione del procedimento e del provvedimento di nomina, l’effettuazione dell’accertamento della detta idoneità venga in qualche modo documentata o sia desumibile dal contesto». Così rettamente interpretate tali norme, la Corte costituzionale ha ritenuto che esse non vadano contro le disposizioni ed i principi costituzionali sopra ricordati. «Esse danno vita ad una disciplina legislativa che, pur conferendo al Governo un ampio potere discrezionale, garantisce, in materia, il rispetto dell’esigenza dell’idoneità del giudice, nonché di quella dell’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo (e almeno per quanto possa derivare dall’esercizio del potere di nomina). Gli atti di nomina, che in applicazione di quelle norme siano posti in essere, sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e possono essere portati al giudizio del Consiglio di Stato»⁴⁴.

L’ampiezza della citazione si giustifica perché essa sintetizza un non più smentito orientamento assunto dalla Corte nel giudicare sul problema, un orientamento che segue un approccio di tipo non formalista ma attento alla sostanza delle cose, secondo una lettura delle norme costituzionalmente orientata.

Ed anche in anni più recenti la Corte ha dimostrato di seguire un approccio legato alla sostanza dei problemi, più che alla enunciazione di astratte questioni di principio. Sia con riferimento a possibili incarichi

Sul punto, da ultimo, C. cost., n. 316/2004, secondo cui «la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa delineate dal decreto n. 373/2003 appaiono dunque pienamente giustificate, stante la chiarezza del principio espresso nell’art. 23 ma anche l’assenza di soluzioni organizzative prestabilite, dall’intento di realizzare concretamente quel principio attraverso la prefigurazione di un apposito modello la cui specialità, alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte, non appare certo *praeter statutum*. A questo riguardo è significativo ricordare che lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (ed il relativo decreto di attuazione 6 aprile 1984, n. 426) si sia ispirato agli stessi principi di autonomia, riproducendo sostanzialmente, a distanza di anni, il modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell’organo di giustizia amministrativa, di membri “non togati” designati in sede locale. Si tratta evidentemente di un modello del tutto particolare fondato sulla “specialità” di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell’organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia». Tale favorevole giudizio è stato reso possibile grazie alle modifiche legislative e statutarie introdotte di recente, a fronte invece di consistenti dubbi di legittimità costituzionale già palesati in tempi remoti da C. cost. n. 25/1976.

42. Pubblicata in *Giur.cost.*, 1973, 2348 ss., con una storica nota di C. Mortati.

43. Il riferimento è a C. cost. n. 177/1973.

44. Il riferimento è ancora a C. cost. n. 177/1973.

extragiudiziari dei giudici della Corte dei conti⁴⁵, sia più in generale rispetto ad occasioni di scrutinio di legittimità di altre giurisdizioni “speciali”⁴⁶.

Non è quindi la unicità della giurisdizione a costituire principio costituzionale indefettibile, quanto piuttosto l’unità come regola di esercizio della funzione giurisdizionale. E di ciò la Corte costituzionale è ben consapevole e ne ha dato una significativa lettura nell’interrogarsi sulla portata e sui limiti della giurisdizione esclusiva.

La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che la “particolarità” delle materie di giurisdizione esclusiva cui fa riferimento il Costituente, null’altro sia che il riferimento a quel particolare tipo di controversie in cui la «sicura e necessaria compresenza o coabitazione ... di posizioni di interesse legittimo o di diritto soggettivo legate da un inestricabile nodo gordiano” rendeva talmente difficile operare una distinzione da giustificare la deroga al tradizionale criterio di riparto. Una tesi che era stata esposta anche nel corso dei lavori dell’Assemblea Costituente da Ruini, secondo il

quale –come si ricorda anche nella sentenza - per “la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime” si è imposta la esigenza di “aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificatamente indicate dalla legge”⁴⁷.

La Corte costituzionale ha quindi precisato che la particolarità delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva implica che tali materie «devono partecipare della medesima natura» di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità «che è contrassegnata dalla circostanza che la Pubblica amministrazione agisce quale autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

Tale soluzione è stata accolta in dottrina con molte critiche, tanto che si è addirittura giunti a dubitare della stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva⁴⁸. Non è questa la sede per soffermarsi sul punto. Ai fini di questo breve saggio è sufficiente ricorda-

45. Il riferimento è a C. cost. 224/999, secondo cui «le Sezioni regionali siciliane della Corte dei conti svolgono, in posizione di indipendenza, nei confronti dell’amministrazione regionale, comprensiva degli enti pubblici dipendenti dalla Regione, e degli amministratori e dei funzionari che operano presso di essa, tutte le funzioni di controllo e giurisdizionali proprie della Corte stessa: ivi comprese le funzioni di riscontro a posteriori sulla gestione delle Pubbliche amministrazioni, disciplinate dall’art. 3, commi 4, 5, 6 e 7, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nel cui ambito fra l’altro la Corte verifica il perseguimento degli obiettivi stabiliti dalle leggi regionali (comma 5), riferisce all’assemblea regionale sull’esito del controllo eseguito, anche con valutazioni sul funzionamento dei controlli interni, e formula alle amministrazioni interessate le proprie osservazioni (commi 6 e 7). I collegi dei revisori dei conti degli enti regionali in questione svolgono le funzioni tipiche del controllo interno, essendo dunque a loro volta soggetti alle valutazioni “esterne” della Corte dei conti. È palese il rischio di un intreccio fra i due ordini di funzioni, suscettibile di tradursi in una menomazione dell’indipendenza e dell’imparzialità dei magistrati delle sezioni regionali della Corte, a causa della necessaria presenza istituzionale di magistrati, appartenenti alle stesse sezioni, nell’ambito, e addirittura alla presidenza, degli organi degli enti regionali. A ben vedere, la previsione dell’affidamento di siffatti incarichi ai soli magistrati delle sezioni siciliane della Corte, contenuta nelle disposizioni impugnate, non ha il senso e la portata di una semplice scelta di opportunità per ragioni organizzative, ma esprime una linea di coinvolgimento istituzionale di dette sezioni, attraverso i magistrati ad esse addetti, in un’attività di controllo interno nell’ambito di amministrazioni regionali, a loro volta poi soggette ai poteri istituzionali di controllo esercitati dalle stesse sezioni. Non è un caso, infatti, che non si tratti di una scelta isolata ed occasionale, ma corrisponda ad una linea di politica istituzionale applicata sistematicamente nella disciplina dell’organizzazione degli enti regionali in Sicilia: la disposizione, impugnata, dell’art. 5 della legge regionale n. 25 del 1976 si riferisce ad una categoria di enti (i centri interaziendali per l’addestramento professionale nell’industria); la disposizione, pure impugnata, dell’art. 15, primo comma, della legge regionale n. 212 del 1979 si riferisce a quattro enti regionali; nello stesso senso dispone, per altri due enti regionali, il terzo comma dello stesso art. 15; identica previsione si trova, a proposito di altri enti, in altre leggi regionali (cfr. ad esempio art. 6, primo comma, della legge regionale 21 dicembre 1973, n. 50, a proposito dei collegi dei revisori di tre enti). Che siffatta linea possa corrispondere all’intento del legislatore regionale, di per sé lodevole, di imprimere caratteri di serietà e di “neutralità” al controllo interno agli enti, attraverso la presenza della professionalità tipica dei magistrati contabili, non elimina la “contaminazione” fra controlli interni ed esterni, che si può realizzare attraverso la sistematica attribuzione di incarichi di controllo interno, conferiti e remunerati dalla Regione o da enti regionali, a molti degli stessi magistrati che per i compiti di istituto operano, nel medesimo ambito territoriale, nell’organo di controllo esterno. La limitazione territoriale, in questo caso, si traduce in un ostacolo all’esercizio dei compiti di salvaguardia dell’indipendenza e dell’imparzialità dei magistrati, affidati al Consiglio di presidenza, cui spetta, proprio a questi fini, deliberare sugli incarichi, e che non potrebbe impedire, non tanto in singole occasioni (per le quali esso potrebbe sempre esercitare la sua potestà di rifiutare in concreto la designazione), ma sistematicamente, che si crei l’accennato rischio di intreccio, pericoloso per l’indipendenza della Corte e dei suoi magistrati. Deve dunque concludersi che sono costituzionalmente illegittime, per contrasto con gli articoli 100, terzo comma, e 108, secondo comma, della Costituzione, le disposizioni denunciate nella parte in cui limitano ai magistrati in servizio presso le sezioni regionali siciliane la scelta dei magistrati contabili cui possono essere conferiti gli incarichi in questione».

46. Il riferimento è a C. cost. 284/1986.

47. Il riferimento è a C. cost. 204/2004.

48. Fra i molti commenti si vedano quelli di F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2004 e

re come la lettura che la Corte prospetta di tutta la giurisdizione amministrativa e che giustifica ancora oggi la sua specialità risieda nella configurazione costituzionale del giudice amministrativo come giudice del pubblico potere. Questa lettura è poi stata fatta propria dallo stesso legislatore nell'articolo 7 del Codice del processo amministrativo⁴⁹. Ed anzi il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione non è affatto, se mai lo è stato, un giudice speciale; dovremmo più correttamente rilevare con la legge che nelle questioni in cui si controverta dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere il giudice amministrativo è l'unico giudice ordinario, il giudice naturale di cui si parla con infuocata passione anche in dottrina⁵⁰.

5. Al di là del mito, una conclusione sui problemi reali della giustizia nei confronti delle Pubbliche amministrazioni

Se la giurisprudenza costituzionale ci ha soccorso nel ridimensionare la portata mitologica di alcuni temi, quelli dell'unicità della giurisdizione e della specialità del giudice amministrativo (o della sua strutturale parzialità), questo non significa che non rimanga un significativo terzo tema di indagine, fra quelli che si erano enumerati nell'*incipit* di questo studio; ci si riferisce a quello che sollecita la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia globale.

Il tema, come si è ricordato, è stato a più riprese posto in discussione nell'ambito del dibattito politico e merita una meditata riflessione. Se infatti una parte non marginale di questo dibattito è alimentata dal naturale fastidio e dalla inevitabile insofferenza ai controlimiti da parte dei pubblici poteri e del potere esecutivo in particolare, sarebbe molto miope da parte delle Istituzioni di garanzia non avvedersi dell'esistenza di alcuni problemi reali e non riconoscere le giuste ragioni che talvolta alimentano polemiche dal tono semplicistico o populista.

Non può negarsi infatti che l'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti delle Pubbliche amministrazioni ha concorso in maniera non secondaria a generare negli anni recenti un deprecabile effetto di instabilità delle decisioni pubbliche; quelle decisioni che in quanto esito dell'esercizio del potere pubblico costituiscono appunto l'oggetto del giudizio amministrativo.

La portata demolitoria di una pronuncia di annullamento, rimedio tipico conseguente al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ma il discorso in tempi recenti si è posto anche per il giudizio di legittimità sulle leggi da parte della Corte costituzionale), determina la sensazione che il giudice amministrativo sia di ostacolo alla tempestiva adozione delle misure necessarie alla cura degli interessi collettivi. Le pagine dei quotidiani sono piene di polemiche sulla pretesa responsabilità dei giudici amministrativi per la mancata realizzazione dei lavori per la bonifica ambientale di aree inquinate o affette da dissesto idrogeologico, ovvero per la fuga degli investitori stranieri in progetti per la realizzazione di impianti di trasformazione di fonti energetiche o di generazione di energia, o ancora per la mancata posa in opera delle grandi reti di servizio pubblico (dalla distribuzione di energia elettrica e gas al trasporto ferroviario ad alta velocità), ovvero per la interruzione nella prestazione di servizi pubblici.

Ebbene, è del tutto evidente che imputare alla funzione giurisdizionale gli effetti nefasti di attività amministrative illegittime (quando non illecite) è un fuor d'opera, e tuttavia che in talune circostanze si determini una palese sproporzione tra l'utilità del rimedio (la garanzia della legittimità nell'esercizio della funzione pubblica) ed il pregiudizio derivante dagli effetti che produce l'esercizio di tale rimedio è una constatazione che non può essere smentita. Esiste (e non fa bene nasconderselo) un tema di proporzionalità ed adeguatezza degli effetti del rimedio demolitorio rispetto agli interessi pubblici o collettivi connessi alla decisione pubblica che si è assunta.

Per far fronte a questa esigenza il giudice amministrativo nel passato si è talvolta esposto alla critica di cui si è parlato nelle pagine che precedono, quella secondo cui egli manifesterebbe un sostanziale fa-

ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, ivi, 2004; L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, ivi, 2005; M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, ivi, 2004; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d. leg. 31 marzo 1998, n. 80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I; F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, ivi, 2004.

49. Su cui N. Paolantonio, *Commento all'art. 7*, in R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 81 ss.

50. Si veda M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 156.

vor per la parte pubblica in danno della tutela dei privati⁵¹. In realtà, il giudice lungi dall'alterare la posizione di parità delle parti del giudizio ha immaginato una serie di possibili soluzioni per garantire adeguatezza e proporzionalità fra gli effetti generali della propria pronuncia e la richiesta riparazione della lesione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto del giudizio.

Ne sono esempio gli spunti offerti per la dequotazione dei vizi di legittimità formale dei provvedimenti amministrativi, soluzione poi recepita dal legislatore sia in termini generali⁵², sia con riguardo ai vizi delle procedure ad evidenza pubblica (ed agli effetti sui contratti pubblici conseguenti)⁵³, ovvero le pronunce volte a differire o a modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento⁵⁴, o da ultimo il tentativo di dequotazione della stessa tutela costitutiva ipotizzato in una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁵.

Parte della dottrina e la stessa Adunanza plenaria⁵⁶ non hanno accolto con favore questa soluzione ma, in disparte le ragioni che hanno motivato una lettura più tradizionale, è indubbio che è restata sul tappeto la vera questione, il vero e principale problema della tutela giurisdizionale nei confronti delle Pubbliche amministrazioni. E si tratta di un problema, come si vede, che prescinde da quale sia il giudice chiamato a sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi⁵⁷.

Se allora si vuole davvero por mente ai reali problemi della giustizia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, o almeno a quelli più urgenti, si crede che sia più costruttivo da parte degli studiosi, così come dei giudici, soffermarsi sulla possibile evoluzione delle garanzie di tutela, senza andare alla vana ricerca di "albe accorrenti e scomparenti"⁵⁸, fra le quali ben si colloca l'aspirazione pur legittima all'unità della giurisdizione.

51. Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.

52. Non è questa la sede per dilungarsi sul punto, sia consentito il rinvio ad A. Police, *Annullabilità e annullamento* in *Enc. Dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, 49 ss.

53. Ci si riferisce agli artt. 119 ss. del Codice del processo amministrativo. Su cui si vedano N. Paolantonio, *Commento al Libro quarto Titolo quinto*, nel volume *Codice del Processo Amministrativo*, a cura di G. Leone ed altri, Padova, 2010, 876 ss.; R. Giovagnoli, *Commento agli artt. 119 e 120*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 980 ss.; R. De Nictolis, *Commento agli artt. 121-125*, ivi, 1013 ss.; S. Morelli, *Commento all'art. 119*, nel volume a cura di E. Picozza, *Codice del Processo Amministrativo*, Torino, 2010, 228 ss.; C. Sgubin, *Commento agli artt. 120-125*, ivi, 232 ss.; R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 562 ss.; P. Lignani, *Commento all'art. 119*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, vol. III, 1635 ss. ed ivi, G. Ferrari, *Commento agli artt. 120-125*, vol. III, 1649 ss.; M. Lipari, *Commento all'art. 119*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2010, 1090 ss. ed ivi S. Cresta, *Commento agli artt. 120-125*, 1118 ss.

54. Il riferimento è fra le altre a Consiglio di Stato, Sez. VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755, con commento di M. Clarich, *L'annullamento degli atti non è sempre retroattivo*, in *Il Sole 24Ore. Norme e Tributi*, 7 giugno 2011.

55. Il riferimento è a Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, con commento fortemente critico di M. Mazzamuto, *Dalla de quotazione dei vizi "formali" alla de quotazione dei vizi "sostanziali" ovvero della de quotazione tout court della tutela costitutiva*, in *Giust. amm - Rivista internet di diritto pubblico*, 2015.

56. Il riferimento è a Consiglio di Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4.

57. Ciò sempre che non si voglia risolvere il problema con un divieto, analogo a quello che da centocinquanta anni ancora vige per i giudici ordinari (il riferimento, come è ovvio, è all'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) e che ovviamente sarebbe in stridente contrasto con le previsioni dell'art. 113, secondo comma, Cost.

58. Per usare le parole di M.S. Giannini (*Diritto amministrativo*, Milano, 1988, *Prefazione*), lì dove egli "con malinconia" confessa che «all'età cui il Tempo mi ha condotto non si aprono più né prospettive né di naufragi né aspettative di palingenesi, anche se la condanna dei giuristi è quella di pensare sempre a nuove albe. Ma sono albe accorrenti e scomparenti».

L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione

di *Andrea Proto Pisani*

Alla domanda sul perché debbano coesistere due giurisdizioni diverse nello stesso ordinamento, vista la quasi assoluta sovrapposibilità delle stesse quanto all'oggetto (concernente la interpretazione e applicazione delle medesime norme di diritto comune e di diritto pubblico), ai poteri e alle modalità di esercizio del sindacato giurisdizionale, l'Autore risponde lucidamente che non vi sono ragioni che giustifichino una simile coesistenza, essendovi invece ragioni, di coerenza e di efficienza del sistema, che giustificano l'unificazione della giurisdizione mediante l'articolazione di sezioni specializzate (civile, penale, amministrativa) nell'ambito di un'unica giurisdizione con un'unica Corte suprema di ultima istanza, competente a decidere anche nelle controversie nei confronti dell'Amministrazione pubblica.

Il tema della specialità del giudice amministrativo, dell'aumento smisurato delle sue competenze in materia di diritti (obbligazioni, responsabilità, contratti), è tema che deve essere costantemente richiamato all'attenzione degli operatori giuridici.

1. Come ho rilevato più volte¹ la storia, e soprattutto il buon senso non giustificano più la sottrazione al giudice ordinario (se del caso nelle forme della sezione specializzata) della giustizia amministrativa.

Come ho avuto occasione di rilevare e di motivare il sistema che era venuto fuori a seguito della legge del 1889 è stato un sistema da sempre farraginoso, e soprattutto incapace di assicurare una tutela effettiva al cittadino contro la Pubblica amministrazione. L'unico vero aspetto positivo del sistema lo si coglieva nell'empireo dei concetti, nella sua coerenza sistematica.

Non appena però sotto la spinta di più o meno nobili intenzioni negli ultimi anni il sistema è stato modificato nel senso del superamento della contrapposizione delle due giurisdizioni basata sulla contrapposizione delle situazioni soggettive, e dell'allarga-

mento in grande misura della giurisdizione esclusiva, il sistema se in prospettiva potrebbe acquistarne di effettività è divenuto del tutto incoerente ed in contrasto con scelte di base che affondano nella Costituzione (art. 111) o addirittura nei principi supremi dell'ordinamento costituzionale in materia di ricorso per cassazione per violazione di legge.

In questo contesto si ripropone in una luce tutta nuova la domanda sul perché di una giurisdizione speciale amministrativa.

Nessuno degli argomenti che possono essere addotti, consente, a mio avviso, adesione.

a) Nonostante i periodici tentativi in tal senso, la giurisdizione amministrativa creata nel 1889 non può essere considerata – e quindi giustificata – in quanto sarebbe una giurisdizione di tipo oggettivo nell'interesse dell'amministrazione: ciò soprattutto perché una tale tesi contrasta con la legittimazione a ricorrere attribuita ai soggetti titolari dell'interesse oggetto del provvedimento amministrativo, con la disciplina dei motivi di ricorso come limite del giudizio, con la rilevanza «dell'abbandono del ricorso o della

1. V. le mie *Lezioni*, 6° ed. Napoli 2014, 257 ss.; *Riv. dir. civ.* 2000, I, 127 ss.; *Foro it.* 2009, V, 369ss.

rinuncia». Contrasta con la chiarissima configurazione che la Costituzione del 1948 dà alla giurisdizione amministrativa come giurisdizione a tutela di situazioni soggettive del cittadino.

b) Ancora la giurisdizione amministrativa devoluta dal Consiglio di Stato, massimo organo di consulenza amministrativa, non può essere giustificata col particolare interesse dell'amministrazione in controversie che concernono l'esercizio del potere amministrativo (o di attività esclusive vincolate della pubblica amministrazione), ovvero nella particolare capacità di questo giudice, consulente e giudice di un tempo, di cogliere l'interesse dell'amministrazione insito in leggi di diritto pubblico. A rilievi di questa specie è agevole replicare che cozzano inevitabilmente contro la terzietà e imparzialità del giudice oggi proclamata anche formalmente dal 2° comma dell'art. 111 Cost. La specialità del diritto pubblico può indurre a prevedere l'istituzione di sezioni specializzate nell'ambito dell'unica giurisdizione ordinaria, non a creare giudici speciali. Ancora rilievi di questa specie dal 1971 in poi valgono solo per i giudici del Consiglio di Stato, non per i giudici dei tribunali regionali amministrativi il cui reclutamento non presuppone necessariamente alcuna esperienza specifica nella amministrazione.

c) Ancora si sente spesso dire che il sindacato esercitato dal giudice amministrativo per il tramite del vizio dell'eccesso di potere è stato sempre storicamente più penetrante del parallelo sindacato effettuato o effettuabile dal giudice ordinario. Indipendentemente dalla difficoltà di dimostrare effettivamente una simile affermazione, mi sembra sia agevole replicare che il sindacato esercitato tramite l'eccesso di potere, seppur penetrante è quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove ci si allontani dalle figure sintomatiche: è cioè un sindacato meno controllabile dello stesso giudizio di fatto. Ben venga allora – a seguito della devoluzione della giustizia amministrativa al giudice ordinario – una riduzione della incisività di tale sindacato: ciò che si perderebbe sarebbe ampiamente compensato dall'aumento di trasparenza delle motivazioni, dall'aumento della loro controllabilità, dall'aumento di garanzie per il cittadino.

d) Ancora è poi da notare come i più o meno recenti interventi giurisprudenziali e legislativi sono caratterizzati non solo dall'attribuzione al giudice ordinario e al giudice amministrativo della possibilità di interpretare ed applicare le stesse norme (di

diritto comune o di diritto pubblico), ma anche: aa) dall'affermazione secondo cui il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio (art. 63 ss. nuovo cod. proc. amm.); bb) dalla introduzione nel processo amministrativo di un sistema di tutela cautelare modellato sulla falsariga degli art. 669 *bis* ss. cpc (art. 55 ss. cod. cit.); cc) dal trapianto nel processo amministrativo con giurisdizione esclusiva del procedimento d'ingiunzione *ex* art. 633 ss. e dei provvedimenti anticipatori di condanna *ex* art. 186 *bis* e 186 *ter* cpc (art. 118 cod. cit.); dd) dalla previsione della piena possibilità che una controversia instaurata davanti al giudice ordinario (o al giudice amministrativo o speciale in genere), in caso di difetto di giurisdizione possa trasmigrare davanti al giudice amministrativo (o altro giudice speciale e viceversa) con piena salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice originario privo di giurisdizione²: col che probabilmente si è aperta la strada all'estensione degli istituti della litispendenza e della deroga ai criteri originari di competenza per ragione di connessione anche ai rapporti tra giurisdizioni.

Alla luce di questi rilievi, diviene davvero legittima la domanda del perché debbano continuare a coesistere nello stesso ordinamento, per le controversie fra cittadini e pubblica amministrazione, due giurisdizioni che conoscono o possono conoscere delle stesse norme (di diritto comune o di diritto pubblico), che trattano le controversie secondo procedure molto simili, che, stante la trasmigrazione tra le giurisdizioni, non costituiscono più compartimenti stagni, ma che si differenziano radicalmente quanto a composizione del giudice (in quanto i giudici del Consiglio di Stato sono anche consulenti dell'amministrazione e possono ricoprire una serie di incarichi impensabili per i giudici ordinari) e quanto a ricorribilità per cassazione delle decisioni di secondo grado.

Non sarebbe molto più ragionevole, almeno per le controversie tra privati e pubblica amministrazione, introdurre anche in Italia un sistema di giurisdizione unica con accesso dei giudici tramite concorso unitario, articolato in sezioni civili, penali, amministrative, tributarie, del lavoro e previdenziale, con possibilità dei giudici di essere trasferiti dall'un settore all'altro previa verifica a seguito di aggiornamenti professionali; articolata secondo il sistema del doppio grado e con una unica Corte suprema divisa in sezioni civile, penale, amministrativa, tributaria, del lavoro e previdenziale; caratterizzata, in caso di

2. V. Cass. sez. un. 4109/2007 e Corte Cost. 77/2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1009, ed oggi l'art. 59 l. 69/2009 e l'art. 11 nuovo cod. proc. amm..

errore dell'attore nella individuazione della sezione competente dalla piena traslazione della causa da una sezione all'altra e da un'agevole soluzione dei possibili conflitti alla stessa stregua ad esempio del modello tedesco?

Ove non vi si opponesse il potere dei consiglieri di stato e la loro stretta vicinanza con gli amministratori che svolgono la loro attività di avvocati presso il Consiglio di Stato e la soppressione dei veri e propri privilegi di cui essi ancora godono, reputo che i tempi sarebbero più che maturi quanto meno per l'apertura di un serio dibattito culturale secondo le linee che si sono indicate in questo paragrafo.

2. Recentemente³ è stato osservato che, a seguito dell'art. 1 nuovo cod. proc. amm. il quale riserva agli organi della giustizia amministrativa (Tar e Consiglio di Stato) l'esercizio della giustizia amministrativa, sarebbe venuta meno la supremazia del giudice ordinario (art. 1 cpc) rispetto al giudice amministrativo, e ciò anche perché solo al giudice amministrativo sarebbe riconosciuto il potere di annullare gli atti dell'Amministrazione (con la "a" maiuscola).

A mio avviso questa opinione non è suscettibile di adesione: a) in primo luogo perché mentre la categoria del diritto soggettivo è categoria storicamente chiara, quella di interesse legittimo è molto discussa non solo sul piano comparativistico ma anche su quello della teoria generale del diritto; b) il giudice ordinario è giudice per l'appunto "ordinario" dei diritti, mentre il giudice amministrativo lo è solo nelle *eccezionali* (ancorché oggi numerose) ipotesi di cd giurisdizione esclusiva (art. 133 nuovo cod. proc. amm.); c) soprattutto perché ai sensi della nostra Costituzione solo il giudice ordinario vede assicurata la sua terzietà ed imparzialità (la sua "soggezione *soltanto* alla legge": art. 101, 2° comma, Cost.) attraverso l'enunciazione di principi e di modalità organizzative *costituzionalizzate* (dagli art. 102 a 109 Cost.) laddove quanto ai giudici speciali il secondo comma dell'art. 108 si limita a disporre che «la legge (ordinaria) assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali» (e si è già accennato a come leggi e prassi assicuravano molto male l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato, cioè del massimo organo della giustizia amministrativa).

Quindi nessuna equaordinazione tra giudici ordinari e giudici speciali amministrativi (come del resto dovrebbe essere insegnato in tutti i corsi di

diritto costituzionale e di diritto processuale civile; non so se sempre anche nei corsi di giustizia amministrativa).

3. Sempre traendo spunto dall'articolo citato di Verde mi sembra anche sia fortemente da dissentire dalla affermazione secondo cui la Costituzione riconosce al solo giudice amministrativo il potere di annullare gli atti amministrativi.

Una simile affermazione è puramente e semplicemente errata a livello istituzionale, anche se è diffusa tra i teorici e pratici del diritto.

Il motivo di questo duro dissenso, è dato dal fatto che di "annullamento degli atti della pubblica amministrazione" la nostra Costituzione si occupa (non nell'art. 103) bensì nell'art. 113 laddove al terzo comma dispone che «la legge determina quali organi di giurisdizione (quindi anche ordinari e non necessariamente speciali) possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa».

Quindi la nostra Costituzione ben lungi dall'attribuire soltanto ai giudici speciali amministrativi il potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione, consente esplicitamente e molto chiaramente che tale potere possa essere attribuito (come talvolta accaduto: si pensi per tutti alla l. 689 del 1981) anche al giudice ordinario.

Purtroppo della esistenza del terzo comma dell'art. 113 si è dimenticato non solo il mio amico Giovanni Verde, ma anche il mio altrettanto caro amico Romano Vaccarella⁴: quest'ultimo, infatti è l'estensore della decisione 204 del 2004 della Corte costituzionale cioè della decisione che era chiamata a pronunciarsi su uno dei tanti casi in cui il legislatore ordinario aveva aumentato a dismisura le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il dubbio di costituzionalità derivava non solo dalla circostanza che l'art. 103 prevede i casi di giurisdizione del giudice speciale amministrativo anche in materia di diritti soggettivi soltanto in "particolari materie indicate dalla legge" ma anche della circostanza che in ipotesi di giurisdizione esclusiva le sentenze del Consiglio di Stato, anche se relative a obbligazioni, responsabilità o contratti (cioè le tipiche materie di diritti soggettivi), sono ricorribili per cassazione (ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111) *soltanto* per motivi inerenti alla giurisdizione e non generalmente per violazione di legge (inerente e quelle obbligazioni, responsabilità e contratti che costituiscono il cuore

3. da G. Verde, *Riv. dir. proc.* 2014, 827 ss., part. 833 ss..

4. *Foro it.* 2004, I, 2594.

della giurisdizione ordinaria e del controllo di legittimità da parte della Corte di cassazione). Orbene C. cost. 204/04 ebbe a dichiarare infondata la questione di costituzionalità fondandosi (mi sembra) su sacrosante esigenze di concentrazione e di effettività della tutela, pretermettendo il rilievo secondo cui queste esigenze di concentrazione ed effettività della tutela, ai sensi del terzo comma dell'art. 113 Cost., ben si sarebbero potute assicurare prevedendo l'attribuzione

del potere di annullamento al giudice ordinario, senza alcun *vulnus* al controllo di legittimità della Corte di cassazione sulle sentenze relative a diritti.

4. Il rispetto della nostra (in questa parte non certo obsoleta) Costituzione impone di non dimenticare l'esistenza dell'art. 113 ed in particolare del suo terzo comma.

Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo

di Aldo Travi

L'Autore evidenzia i rischi e le anomalie di un sistema giurisdizionale nel quale due diverse autorità giurisdizionali esercitano un sindacato che ha progressivamente raggiunto un identico oggetto, sebbene con limitazione *ratione materiae*, stante il crescente ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che ha modificato l'equilibrio tra le giurisdizioni su cui si reggeva originariamente l'art. 113 Cost. Infatti, sui diritti soggettivi possono sindacare, oggi, quali giudici di ultima istanza, sia la Corte di cassazione sia il Consiglio di Stato (nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), con possibilità di divergenze interpretative che non è possibile comporre per la mancanza di strumenti istituzionali che consentano il coordinamento tra le due giurisprudenze, vista la limitata ricorribilità in Cassazione (alle sole questioni di giurisdizione) delle sentenze del Consiglio di Stato nelle controversie sui diritti soggettivi nei confronti dell'Amministrazione pubblica.

1. Verso una sovrapposizione delle giurisprudenze in tema di diritti?

Gli sviluppi che negli ultimi venticinque anni hanno caratterizzato l'estensione della giurisdizione amministrativa nella tutela dei diritti hanno prodotto nel nostro ordinamento situazioni sostanzialmente nuove, difficilmente inquadrabili nei modelli precedenti. Questa vicenda sembra apparentemente trascurata dalla giurisprudenza costituzionale che, di fronte alla sfida che la giurisdizione amministrativa sui diritti evidenzia rispetto al criterio di riparto sancito negli artt. 102 e 111 Cost., ha preferito operare secondo una logica 'arbitrale', di bilanciamento del peso del ruolo delle giurisdizioni.

La Corte costituzionale ha così circoscritto gli effetti della riforma degli anni 1998/2000¹, invocando una nozione tutt'altro che univoca, quella di 'potere

amministrativo' e proponendo su questa base una rilettura dell'art.102 Cost., ma nello stesso tempo ammettendo e approvando l'assegnazione al giudice amministrativo del contenzioso sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi². In particolare la pronuncia della Corte costituzionale del 2004 ha realizzato un'operazione singolare che, in formale ossequio dell'art. 103 Cost. e della tradizione recepita nella disposizione costituzionale, ha in realtà rinnovato rispetto all'assetto della giurisdizione amministrativa, riproponendo schemi che alludono piuttosto alla logica della distinzione fra atti di imperio e atti di gestione che era stata superata un secondo prima. In questo stesso senso può essere letta anche la successiva pronuncia della Corte costituzionale³ che ha elaborato una nozione formalmente contraddittoria, quella dell'atto riconducibile 'mediatamente' all'esercizio del potere, per cercare di individuare una linea di confine

1. d.lgs 31 marzo 1998, n. 80, e l. 21 luglio 2000, n. 205.

2. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204.

3. Corte cost. 11 maggio 2006, n. l. 91.

fra giurisdizione amministrativa sulle vicende obbligatorie e giurisdizione civile sul diritto di proprietà, ma in realtà introducendo una oggettiva petizione di principio. La direzione seguita dalla Corte costituzionale si è poi esplicitata nella sentenza 27 aprile 2007, n.140, che ha ridimensionato la figura dei diritti costituzionalmente garantiti, ignorando che il nucleo di un diritto è definito anche dagli strumenti per la sua tutela giurisdizionale, e che ha prospettato una separazione tendenziale fra il livello delle situazioni soggettive e il livello delle giurisdizioni, come se in realtà il processo amministrativo non avesse una sua identità costruita proprio sugli interessi legittimi.

Rispetto a questo quadro la possibilità di sovrapposizione di giurisprudenze e di soluzioni diverse rispetto a questioni identiche diventa un rischio sempre più concreto, con effetti non adattabili alla fisiologia di un sistema. D'altra parte già la tendenza formalmente riconosciuta dalla legge (ma tutt'altro che radicata in profondità nell'ordinamento) per una intensa contaminazione fra diritto amministrativo e diritto privato rende più concreta la sovrapposizione delle giurisprudenze.

2. Il ruolo della Cassazione nell'articolo 111 Costituzione

I problemi sollevati da questa sovrapposizione non sono risolti dalle disposizioni sull'ambito della giurisdizione esclusiva: si tratta infatti di disposizioni che individuano una linea del reparto (diversa da quella generale), ma non stabiliscono nulla sulle modalità di esercizio della giurisdizione amministrativa. Una soluzione non può essere rappresentata neppure dalla tesi che ammette, in ipotesi peraltro non ben definite, uno spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione: prescindendo qui dalla considerazione che le giurisdizioni superiori continuano a negare formalmente la possibilità di un tale spostamento (altro discorso, a ben vedere, è se esso non venga comunque praticato in vari casi), va osservato che anche una soluzione del genere finirebbe col risultare non decisiva. Anzi, nella misura in cui l'unificazione delle giurisprudenze verrebbe attuata in presenza di una circostanza contingente (rappresentata dalla connessione fra più domande), si determinerebbe un'estensione dei margini di incertezza e non un loro ridimensionamento.

Il problema attiene, a ben vedere, all'interpretazione del ruolo della Cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost. Si tratta, come è noto, di uno dei profili già sottoposti alla Corte costituzionale in ri-

ferimento all'art. 7 della legge n. 205/2000 e che la Corte, nella sentenza del 2004 già richiamata, preferì eludere (cfr. § 3.3 della sentenza). Da allora si è assistito alla elaborazione di ipotesi ricostruttive che ampliano il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato in tema di diritti. Alcune di queste proposte sembrano aver fatto breccia nella giurisprudenza della Cassazione, per lo meno a far tempo dalla estensione della nozione di 'diniego di giustizia' operata dalla Sezioni Unite in occasione del dibattito sulla cd pregiudizialità amministrativa⁴. È stato obiettato che in questo modo viene forzata la portata della disposizione costituzionale, che assicura al Consiglio di Stato (e alla Corte dei conti) una immunità dagli indirizzi della Cassazione in tema di interpretazione della legge. L'obiezione è senz'altro fondata, ma ciò non toglie che l'ampliamento della giurisdizione esclusiva abbia modificato anche l'equilibrio stesso su cui si reggeva l'art. III Cost., rendendo molto più frequente situazioni che invece, all'epoca di elaborazione del testo costituzionale, sembravano destinate a rimanere sporadica, e cioè che il Consiglio di Stato si pronunciasse su questioni propriamente di diritto civile.

3. Giurisprudenze discordanti sui diritti e difficoltà di coordinamento

Il quadro attuale ammette dunque che sulle questioni di diritto civile, nell'ambito delle rispettive giurisdizioni, si possano pronunciare, quali giudici di ultima istanza, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato. Nessuno strumento istituzionale consente di assicurare un coordinamento fra le due giurisprudenze. Nello stesso tempo il rapporto fra le due giurisprudenze si svolge secondo modelli non agevolmente decifrabili.

Va subito dato atto che, nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato su questioni di diritto civile si attiene agli indirizzi della Cassazione civile. In questo modo viene circoscritto il peso del diritto civile 'speciale' dell'amministrazione, con un esito che non può essere risolto in termini meramente descrittivi, ma che contribuisce a rafforzare la convinzione che il diritto speciale sia di problematica compatibilità con il principio costituzionale d'eguaglianza, o per lo meno richieda una giustificazione concreta e apprezzabile. Da un punto di vista diverso, ma non meno significativo, il richiamo alla giurisprudenza della Cassazione consente al Consiglio di Stato di inserire la sua pronuncia in un circuito motivazionale più ampio, che rende superfluo un

4. Cass. sez. un. 13 giugno 2006, n. 13659.

approfondimento critico. Si tratta di considerazioni che toccano un altro livello, quello della motivazione della pronuncia giurisdizionale nel nostro sistema giuridico e al rilievo che riveste in una pronuncia il riferimento a precedenti conformi.

Queste considerazioni rendono ancora più significativi i casi in cui il giudice amministrativo si discosta, nell'interpretazione di regole civilistiche, dalla giurisprudenza del giudice civile. In queste occasioni, infatti, emerge una posizione autonoma della giurisprudenza amministrativa che sarebbe improprio e riduttivo ricondurre al modello del diritto civile 'speciale', costruito a beneficio dell'amministrazione pubblica.

Per esempio, la giurisprudenza amministrativa esclude che possano maturare a carico del debitore principale le sanzioni previste per il ritardo nel pagamento del contributo di costruzione, ove l'amministrazione non abbia cercato preventivamente di escutere il fideiussore⁵. In questo modo, però, si finisce con l'introdurre surrettiziamente in onere di preventiva escussione del fideiussore che non trova fondamento nella legge. La soluzione accolta dal giudice amministrativo, comunque, non va a beneficio degli interessi della parte pubblica, ma va piuttosto a beneficio del privato.

Non vanno dunque generalizzate le conclusioni in merito a una giurisprudenza amministrativa molto 'comprensiva' delle ragioni dell'amministrazione, che sono suggerite invece dall'esame della medesima giurisprudenza in altri contesti, come in tema di riconoscimento del trattamento economico corrispondenti all'esercizio di mansioni superiori nel periodo precedente all'entrata in vigore del d. lgs 29 ottobre 1998, n.387⁶. Nel caso della fideiussione per il contributo di costituzione, il rigore dell'interpretazione giurisdizionale appare opinabile, ma ciò non deve giustificare generalizzazione: semmai induce a riflettere più in profondità sulla concezione del rapporto fra giudice e legge che è espressa in queste posizioni. Il peso che assumono considerazioni equitative appare diverso, rispetto all'una e all'altra giurisprudenza, e ciò pone in luce concezioni differenti del ruolo del giudice e del significato della funzione giurisdizionale. In ultima analisi anche il carattere cogente della legge rispetto alla giurisdizione sembra essere interpretato, almeno in alcuni casi, con accenti non omogenei.

L'espressione più evidente di queste giurisprudenze 'parallele' riguarda la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi.

Come è noto, la soluzione accolta dalle Sezioni Unite nel 1999 esprimeva anche un bilanciamento operato dal giudice rispetto all'assetto ricavabile dal quadro civilistico, e ciò era manifesto non solo attraverso il rilievo assegnato alla nozione del cd bene della vita, ma anche (e soprattutto) nella ricostruzione dell'elemento soggettivo. Il modello elaborato negli anni successivi dalla giurisprudenza amministrativa risulta significativamente diverso: pur essendo invocato sempre l'art. 2043 cc (come è reso evidente, per esempio, dalle soluzioni accolte rispetto alla disciplina della prescrizione), l'assetto elaborato dalla giurisprudenza appare sempre più lontano dal testo della legge. Si pensi, in particolare, alla rilevanza attribuita al tema dell'errore scusabile⁷, che è un elemento non rilevante nella disposizione del codice invocata anche dal giudice amministrativo, e la cui introduzione rispecchia la convinzione del giudice di poter definire direttamente l'equilibrio primario degli interessi contrapposti in gioco, e cioè di occupare uno spazio che, in un sistema come il nostro, dovrebbe essere ricoperto tipicamente dalla legge. Naturalmente, poi, rispetto a questo quadro, caratterizzato da iniziative ardite del giudice che hanno un fondamento ideologico ben più diretto del fondamento normativo, l'intervento di giudici sovranazionali può essere molto più invasivo, proprio perché l'ideologia del giudice è un fattore che rileva soprattutto secondo linee interne e che può difficilmente si comunica a giudici di ordini così diversi. Le soluzioni che hanno un fondamento ideologico sono le prime a cadere sotto la scure del giudice europeo, come appunto evidenzia la vicenda recente della responsabilità dell'amministrazione in tema di appalti pubblici.

Conclusioni

Le considerazioni che ho esposto non implicano in alcun modo un giudizio negativo sul merito della giurisprudenza in materia civile del Consiglio di Stato che si distacchi da quella della Cassazione.

Almeno in alcuni casi la giurisprudenza amministrativa ha saputo argomentare le sue soluzioni divergenti in termini ben più convincenti di quanto non abbia fatto la Cassazione per giustificare le soluzioni da essa stessa adottate (si pensi, in materia processuale, alla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla sospensione volontaria del giudizio). Viene quindi

5. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5734; Cons. Stato, sez. I, 17 maggio 2013, n. 11663/12; ecc..

6. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2014, n.2528.

7. Su cui cfr., in senso critico, Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino 2009.

naturale ipotizzare anche un effetto virtuoso della possibilità di due giurisprudenze 'parallele', effetto virtuoso rappresentato, per i giudici di ultima istanza, dal confronto ineludibile con una giurisprudenza diversa, non espressa però da un organo inferiore, e perciò oggettivamente molto autorevole.

In realtà rimane senza risposta l'interrogativo centrale, che induce a ritenere insostenibile la soluzione che ammetta che una stessa disposizione possa valere in due modi diversi solo per il fatto che le vertenze pendono davanti a giurisdizioni diverse. Una soluzione del genere è inaccettabile a maggior ragione perché nel caso della giurisdizione amministrativa

una parte in causa è in genere un soggetto pubblico, con la conseguenza che la distinzione sul piano soggettivo finirebbe col determinare anche la regola applicabile, e che per l'amministrazione si profilerebbe, in ambito civilistico, un regime sostanziale se non 'privilegiato', per lo meno 'differenziato'.

Il tema, nei suoi termini generali, sollecita una rimeditazione dell'assetto attuale, articolato su giurisdizioni diverse e però, nello stesso tempo, sempre più vicine e 'interferenti'. Altrimenti il sistema della tutela giurisdizionale dovrà continuare a tollerare deroghe non marginali alle ragioni della uniformità nell'interpretazione della legge.

Introduzione.

La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il dibattito culturale dalla legge Vassalli alla legge n. 18 del 2015. Le prospettive future

di *Vincenza (Ezia) Maccora*¹

Sarebbe stato necessario conoscere e non sottovalutare il dibattito culturale, politico ed istituzionale che ha portato al referendum del 1987 ed all'approvazione della Legge Vassalli, da molti considerata una legge truffa, per comprendere su quale terreno particolarmente fertile avrebbe operato una proposta di riforma della normativa sulla responsabilità civile dei magistrati.

La legge n. 18 del 2015, approvata sull'onda della spinta europea, consegna ora alla magistratura, alle sue rappresentanze istituzionali ed associative un compito gravoso e indispensabile, investire sul concetto di forte professionalità del magistrato, per evitare che nel futuro il punto di equilibrio tra responsabilità da un lato ed autonomia ed indipendenza dall'altro si sposti ulteriormente a danno dei secondi.

1. Una riflessione ragionata sulla nuova disciplina della responsabilità civile non può prescindere dalla conoscenza del dibattito che accompagnò il varo della cd legge Vassalli all'indomani del referendum del 1987.

Un dibattito in cui emersero argomentazioni che mantengono, ancora oggi, una assoluta attualità nella ricerca del punto di equilibrio tra il principio di responsabilità (art. 28 Cost) e quello di salvaguardia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.

Equilibrio indispensabile per tutelare soprattutto il cuore della giurisdizione: l'attività di interpretazione.

Fino agli anni '70, l'istituto della responsabilità civile del magistrato rappresentava più che altro un'ipotesi di scuola; era trascurato dal dibattito scientifico e aveva scarso e/o nullo rilievo nella concretezza della giurisprudenza.

A metà degli anni settanta il tema divenne, invece, dominante in quanto investiva nodi fondamentali della problematica politico-costituzionale del mo-

mento, quali il ruolo della magistratura e la separazione dei poteri dello Stato.

I risultati del dibattito di quegli anni possono così riassumersi:

- la responsabilità civile del giudice se contenuta entro dati limiti (non necessariamente così restrittivi come quelli dell'articolo 55 cpc) non può rappresentare una minaccia per l'indipendenza del giudice, purché sia predisposto un conveniente filtro;
- alla responsabilità civile del magistrato non bisogna attribuire la funzione di indurre o ricondurre il giudice ai suoi doveri; molto più adatto a tal fine è il sistema di controllo della professionalità del magistrato e nei casi più gravi la responsabilità disciplinare;
- la responsabilità dello Stato per fatti imputabili al giudice non può essere prevista se non negli stessi casi che valgono per la responsabilità personale del giudice (totale simmetria) e deve rispondere unicamente alla finalità di reale protezione dei danneggiati.

1. Questo scritto riprende la tematica trattata nella relazione presentata nel convegno sulla responsabilità civile dei magistrati organizzata dal Consiglio superiore della magistratura e tenutosi a Roma presso la Sala delle conferenze di Palazzo dei Marescialli nei giorni 11 e 12 giugno 2015.

Negli anni ottanta, il mutato contesto storico sociale fece sì che il tema sul controllo del magistrato sfociasse in un conflitto istituzionale tra classe politica e magistratura.

Erano anni in cui la magistratura in Italia svolgeva un ruolo estremamente vivace; rivendicando una funzione dinamica e creatrice di valori e rifiutando il ruolo del *giudice-funzionario* e del formalismo giuridico come metro interpretativo e applicativo.

Di qui i timori della classe politica che, spaventata dall'intervento giudiziario nei confronti della Pubblica amministrazione e dalla sovraesposizione della magistratura in genere, nel tentativo di contrastare gli effetti del mutato ruolo del giudice, spinse l'acceleratore sul versante della responsabilità civile prevedendo una responsabilità per colpa grave.

Basta riprendere gli scritti che riassumono il dibattito di quell'epoca per constatare l'esistenza di due posizioni fortemente diversificate, da un lato la classe politica secondo cui la magistratura godeva di una sostanziale impunità, dall'altro la magistratura associata e una parte del mondo giuridico che ritenevano un inaccettabile condizionamento l'estensione della responsabilità all'ipotesi della colpa grave che mal si conciliava con il valore dell'indipendenza del magistrato.

È in questo contesto culturale che matura l'ideologia della *professionalità del giudice*: la magistratura vuole costruirsi uno *status* di professionalità diverso dal modello di giudice-funzionario proprio dell'Ordinamento del '41.

Il passaggio dal *giudice funzionario* al *giudice professionale* è un fenomeno che si radica non sulla preparazione tecnica (patrimonio peraltro necessario a tutte e due le figure), bensì sul diverso ruolo istituzionale dell'ordine giudiziario, con una categoria che ricerca ed opera in via autonoma una mediazione tra l'astratto senso giuridico della norma e i fatti sottoposti al suo giudizio.

Una professionalità carica di valenze istituzionali e, nel contempo, una professionalità forte perché postula la consapevolezza di quanto siano preziosi i valori dell'autonomia e dell'indipendenza a cui deve necessariamente corrispondere un impegno in termini di responsabilità pari al ruolo assunto.

Le due diverse visioni, quella della responsabilità da una parte e quella della professionalità dall'altra, arrivarono ad uno scontro finale con la proposta di referendum abrogativo degli artt. 55 e 56 del cpc in materia di responsabilità civile del magistrato.

La vicenda fu seguita con straordinario interesse dell'opinione pubblica e dei mass media: l'8 novembre 1987 il popolo italiano votò a favore dell'abrogazione dei suddetti articoli.

A quel punto l'intervento legislativo si rese necessario.

La tesi sostenuta dai promotori del referendum, secondo cui l'abrogazione di quelle norme, non richiedeva un nuovo intervento legislativo, potendosi applicare al giudice la disciplina degli altri pubblici dipendenti o addirittura l'art. 2043 cc, era, infatti, in contrasto con l'orientamento espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 2/1968, che ribadiva, già in quei lontani anni, l'esigenza della differenziazione dagli altri dipendenti pubblici per la peculiarità della funzione giudiziaria e per la tutela dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

Dopo pochi mesi, a seguito di una vivace discussione parlamentare, fu approvato il disegno di legge Vassalli.

2. Il primo impatto che la l. n. 117/1988 ebbe sull'opinione pubblica non fu positivo; si osservò infatti che mentre il referendum del novembre 1987 aveva avuto per oggetto la responsabilità del giudice, la l. n. 117/1988 riguardava sostanzialmente la responsabilità dello "*Stato giudice*".

Ne conseguì l'accusa al Parlamento di aver sovvertito l'esito del referendum e quindi di infedeltà al voto popolare.

In effetti, al di là di alcune reazioni emotive, il Parlamento mantenne una posizione equilibrata, comprese che occorreva da un lato escludere la responsabilità diretta del magistrato e, dall'altro, prevedere la necessità che fossero prima esperiti i mezzi di impugnazione.

Due previsioni che rispondevano ad evidenti esigenze di ordine costituzionale e sistematico.

L'esclusione della responsabilità diretta mira ad evitare che la parte possa trarre in giudizio il proprio giudice con pretese risarcitorie, provocando le condizioni per l'astensione o la riconsunzione, al fine di liberarsi di un giudice scomodo (con evidente lesione del principio del giudice naturale).

La necessità che siano prima esperiti i mezzi di impugnazione risponde all'esigenza di evitare che una vertenza per responsabilità civile instaurata nel corso di un processo pregiudichi l'obiettività del magistrato addetto (con evidente lesione dei principi di autonomia, indipendenza e imparzialità del giudice).

Inoltre la domanda di risarcimento doveva essere sottoposta ad un filtro preventivo circa la sua ammissibilità e solo, in caso di condanna, lo Stato poteva rivalersi nei confronti del magistrato interessato.

Il filtro di ammissibilità, quale giudizio preventivo, era ritenuto necessario anche dalla migliore dottrina giuridica per escludere *ab origine* azioni pretestuose, assolutamente e macroscopicamente infondate, evitandosi il discredito per la credibilità dell'istituzione giudiziaria e per gli stessi magistrati che la impersonano.

In questo senso le pronunce della Corte costituzionale n. 18 del 1989 e n. 468 del 1990.

È stata poi prevista una responsabilità per dolo o colpa grave o per diniego di giustizia.

La previsione di ipotesi tipiche in cui lo Stato è chiamato a rispondere per i danni derivati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie nasceva dall'esigenza di impedire che l'istanza risarcitoria si trasformasse in una specie di impugnazione impropria, una sorta di *processo sul processo*; tanto che alcuni giuristi hanno inquadrato la responsabilità civile per attività giudiziaria come «*responsabilità della Pa a tipologia chiusa*»: al di fuori delle previste specifiche categorie non può esserci altra forma di responsabilità.

Infine è stata prevista la clausola di salvaguardia con l'art. 2, comma 2, l. cit., che testualmente recita «*nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*».

Tale clausola rispondeva (risponde) alla necessità di contemperare la tutela dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura con il diritto del cittadino al risarcimento del danno.

Si tratta quindi di valori che rimandano ai principi costituzionali stabiliti per un verso dagli articoli 101, 104, 105, 108 e 111 della Costituzione per l'altro dall'art. 28 della Costituzione valori, che anche in quella temperie culturale, il Legislatore comprese dovessero essere bilanciati per trovare un possibile equilibrio.

Con la legge Vassalli ciò avvenne grazie alla tipizzazione della colpa grave, non solo descrivendo *in positivo* le fattispecie rilevanti di errore di diritto e di fatto (art. 2, comma 2), ma anche precisando *in negativo*, e con diversa disposizione, ciò che non può mai dar luogo ad errore di diritto o di fatto causativo di responsabilità colposa: l'attività interpretativa e quella valutativa delle prove e del fatto, pur se conducenti a risultati inesatti.

La clausola di salvaguardia in altre parole aveva questo preciso significato: non è possibile giudicare della "bontà" dell'interpretazione delle norme di diritto, siano esse contenute nella legge o in altra fonte normativa.

Il Legislatore aveva ritenuto, confortato dall'orientamento della Corte costituzionale, che l'assenza di tale clausola di salvaguardia avrebbe aperto la strada ad un contenzioso sul come e perché il magistrato avesse interpretato la norma o valutato il fatto, un contenzioso che avrebbe finito per incidere nella sostanza stessa della giurisdizione.

Dall'entrata in vigore della l. n. 117/1988 fino ad oggi la Corte di cassazione si è spesso occupata dell'ipotesi di responsabilità per dolo e colpa grave del ma-

gistrato prevista dall'art. 2 l. cit., soffermandosi sulla fattispecie della colpa grave e sulla nozione di negligenza inescusabile.

È stato da subito evidenziato che per esserci responsabilità la colpa grave doveva essere qualificata da negligenza inescusabile, che si sostanzia «*nella violazione evidente, grossolana, e macroscopica della norma, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo e nello sconfinamento nel diritto libero*»; resta invece, nell'area dell'esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando la motivazione dia conto dell'opzione interpretativa seguita.

La negligenza inescusabile infatti, postula la sussistenza di un *quid pluris* rispetto alla colpa grave disciplinata dal codice civile: tale negligenza si concretizza non nell'errore in cui il giudice sia incorso nel valutare il materiale probatorio a sua disposizione, bensì soltanto nel fatto che il giudice abbia posto a fondamento del suo giudizio *elementi del tutto avulsi* dal contesto probatorio di riferimento (Cass. 29 novembre 2002 n. 16935).

Questi i caratteri salienti della disciplina della responsabilità civile per come si è peraltro cristallizzata nella sua concreta applicazione.

3. Oggi può quindi ragionevolmente affermarsi che con la legge Vassalli, il Legislatore, a fronte di un dibattito particolarmente ostile nei confronti della magistratura, si è dimostrato consapevole dei valori in gioco e ha salvaguardato la specificità dell'attività giurisdizionale.

La non condivisione, mai del tutto sopita, delle scelte operate dal Legislatore con la citata normativa, è da ultima riesplora.

E non vi è dubbio che il tema della responsabilità civile dei magistrati è stato presentato all'opinione pubblica da parte di alcuni esponenti politici come un taumaturgico rimedio ai mali innegabili della giustizia, quando il vero obiettivo perseguito è sempre stato quello di creare uno strumento per porre un argine alla dilatazione dei poteri di apprezzamento del giudice ed all'ampliamento delle occasioni di intervento discrezionale che l'ordinamento moderno affida al magistrato, tanto sul piano sostanziale che su quello processuale.

Il tema viene ciclicamente riproposto nelle fasi in cui entrano nel vivo indagini della magistratura su reati che coinvolgono esponenti politici e/o personaggi di spicco del mondo economico-finanziario.

Slogan, spesso mistificatori della realtà, rispetto ai quali forse anche la magistratura associata si è

dimostra disattenta e non sempre mediaticamente attrezzata, hanno impedito di adeguatamente considerare la sfiducia che sempre di più il Paese nutrive verso la giustizia, una sfiducia che è stata alimentata strumentalmente da chi rappresentava la legge Vassalli, e la sua concreta applicazione, come un momento in cui nel bilanciamento tra indipendenza e responsabilità (quindi tutela del privato danneggiato dall'uso scorretto del servizio giustizia) il secondo valore è stato di fatto accantonato.

Infatti, nel dibattito politico, poi sfociato con l'approvazione della legge n. 18 del 2015, il dato più utilizzato è stato quello della scarsa percentuale delle condanne a carico dello Stato a dimostrazione che anche la l. n. 117 del 1988 «*esenta di fatto i magistrati e/o lo Stato dalla responsabilità civile*».

Partendo da questa considerazione, sono state individuate le maggiori criticità della legge Vassalli, richiedendone sostanziali modifiche.

È stato evidenziato come il filtro di ammissibilità si è tramutato in un vero e proprio sbarramento delle azioni di risarcimento; come l'interpretazione della giurisprudenza è stata fortemente restrittiva; come la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2, ha reso irrilevante qualunque discussione sull'ampiezza con cui debbono essere intese le fattispecie tipiche di colpa o i limiti del controllo preliminare.

Mentre una parte della dottrina parlava di *vizi d'origine o vizi congeniti della l. n. 118/1988*, per la natura compromissoria delle soluzioni adottate all'epoca, l'opinione pubblica veniva contemporaneamente raggiunta da accattivanti slogan e, da ultimo, da sintetici twitter del tipo «*chi sbaglia paga*».

Ed ancora alle critiche sempre più stringenti di scarsa incisività della normativa in tema di responsabilità civile si evidenziava l'insoddisfacente risultato assicurato dal controllo disciplinare e di professionalità da parte dell'organo di governo autonomo tacciato di *giustizia domestica*.

4. Su questo terreno decisamente fertile si è arrivati alla approvazione della legge n. 18 del 27 febbraio 2015, che infatti si è mossa per eliminare proprio quelle criticità della legge Vassalli da più parti segnalate.

- La limitazione della clausola di salvaguardia che esclude la responsabilità del magistrato;
- la ridefinizione delle fattispecie di colpa grave;
- l'eliminazione del filtro endoprocessuale di ammissibilità della domanda;
- una più stringente disciplina della rivalsa dello Stato verso il magistrato.

Sono stati modificati quei punti di criticità che in questi quasi 27 anni di vigenza della legge Vassalli erano stati segnalati nel dibattito pubblico come fattore di scarsa incisività della legge rispetto al concetto di responsabilità previsto dall'art. 28 della Costituzione.

5. Ulteriore, e non trascurabile, elemento di pressione per ottenere la modifica dell'impianto legislativo è pervenuto dalle famose pronunce della Corte europea².

Nelle sentenze citate la Corte comunitaria non accetta la negazione aprioristica e generale di ogni rapporto tra interpretazione e responsabilità, chiedendo espressamente che lo Stato risponda dei danni causati dalla violazione della normativa comunitaria. Nulla chiede invece relativamente alla specifica responsabilità del magistrato, questione rimessa alla legislazione interna

Ed infatti, come osservato dai commentatori più autorevoli, dal diritto dell'Unione non derivava affatto l'obbligo per il legislatore italiano di incidere sui profili di responsabilità civile del magistrato, trattandosi di precedenti giurisprudenziali che attengono specificamente al diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, da esercitarsi nei confronti *dello Stato*; ma non c'è dubbio che la richiesta di colmare le lacune della legge Vassalli relativamente alla responsabilità dello Stato verso manifeste violazioni della Legge comunitaria, non poteva, nel terreno fertile sopra descritto, che riversare i propri effetti sull'equilibrio sempre difficile tra i valori dell'indipendenza e della responsabilità, a danno del primo.

Il Legislatore ha utilizzato la richiesta della Corte comunitaria per dare una risposta a quella pressione ben più forte che agitava il contesto nazionale in cui la legge Vassalli da più parti veniva descritta come legge che aveva tradito il suo scopo (*legge-truffa*).

Pressione doppia perché nel momento in cui la Corte comunitaria ha di fatto posto/imposto il rispetto assoluto della norma comunitaria, affermando la responsabilità dello Stato per la sua violazione manifesta, anche se questa è frutto di attività interpretativa del giudice di ultima istanza, ha offerto un facile grimaldello a chi voleva scardinare la clausola di salvaguardia del comma 2 dell'art. 2 della legge citata che non consentiva che l'attività di interpretazione comportasse responsabilità.

Pressione ulteriormente rafforzata da alcune *discutibili tendenze* che agitano il mondo giudiziario e

2. Kobler, *Traghetti del Mediterraneo*, Commissione europea c. Repubblica italiana.

che sono state opportunamente segnalate da alcuni commentatori nei primi dibattiti pubblici sulla novità³.

Da un lato la magistratura sembra acquietarsi ad una sorta di gerarchia assoluta che vede nell'attività esegetica che gli compete per dettato costituzionale (art. 101 Cost.) la supremazia della fonte europea dall'altro sta emergendo l'idea, tutta interna al nostro Paese, che il pluralismo, deve essere «guidato» e «condotto» con soluzioni di carattere verticistico.

Significative al riguardo le scelte operate dal Legislatore con il decreto legislativo n. 106 del 2006 sull'assetto delle procure della Repubblica, con il ruolo di forte coordinamento affidato alle procure Generali ex art. 6 della normativa citata, con la previsione dell'art. 374 cpc, con l'ampio potere organizzativo e tabellare affidato ai dirigenti coniugato con l'accentuazione del concetto di carriera e con l'esigenza, per il dirigente allo scadere del quadriennio, di fornire *i propri i risultati*, indipendentemente dalle reali condizioni lavorative dell'ufficio che coordina, per rinforzare il proprio profilo professionale anche in vista di future competizioni.

Insomma il Legislatore, influenzando in parte anche l'operato del governo autonomo della magistratura, sembra privilegiare la tendenza alla gerarchia quale metodo di ricerca dell'equilibrio e forse anche della certezza e prevedibilità delle decisioni unitamente alla tempestività delle stesse.

Due tendenze (scelta di forte gerarchia delle fonti e tendenza al verticismo nell'organizzazione processuale e di amministrazione della giurisdizione) da non sottovalutare soprattutto nell'attuazione delle novità introdotte con la legge 18 del 2015, per gli effetti che potrebbero derivarne sull'essenza stessa della funzione giudiziaria.

6. Cosa cambia con la nuova normativa e quali sono le novità da sottolineare. Anzitutto, viene estesa la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori dei casi delle ipotesi di privazione della libertà personale per un atto compiuto dal magistrato. Si delimita l'applicazione della cd clausola di salvaguardia, nel senso che, pur confermando in via generale che il magistrato non è chiamato a rispondere per l'attività di interpretazione della legge e di valutazione del fatto e delle prove, vengono previste delle eccezioni nei casi di dolo, di colpa grave (come

individuati dalla legge 117) e di violazione manifesta della legge e del diritto della Ue (come definita dalla medesima legge). In tali ipotesi, quindi, anche l'attività interpretativa di diritto e valutativa del fatto e delle prove può dare luogo a responsabilità del magistrato. Si ridefiniscono, le fattispecie di colpa grave, eliminando con riferimento alla responsabilità dello Stato il riferimento (di natura soggettiva) alla «negligenza inescusabile» che rimane solo nel giudizio di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato. Costituisce nuova fattispecie di colpa grave il «*travisamento del fatto o delle prove*».

Oggi quindi la colpa grave del magistrato è riscontrabile:

- nella «*violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea*» (tale formulazione sostituisce la «*grave violazione di legge*» e riprende le indicazioni della sentenza della CGEU/Traghetti del Mediterraneo);
- nel travisamento del fatto o delle prove;
- nell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- nella negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- nell'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi previsti dalla legge oppure senza motivazione.

È abrogato il filtro di ammissibilità della domanda di risarcimento davanti al tribunale del distretto di Corte d'appello, ed al riguardo nella relazione tecnica alla legge si legge, che dall'entrata in vigore della legge 117 del 1988 ad oggi - su oltre 400 ricorsi per risarcimento proposti - solamente 7 si sono conclusi con un provvedimento che ha riconosciuto il risarcimento per dolo o colpa grave.

La legge modifica poi l'art. 9 della legge Vassalli, coordinando la disciplina dell'azione disciplinare a carico del magistrato (conseguente all'azione di risarcimento intrapresa) con la soppressione del filtro di ammissibilità della domanda.

Si è pervenuti ad una normativa che risponde maggiormente a quel sentire del Paese che si era pronunciato con il referendum del 1987 (non è un caso che un uomo di profonda cultura democratica come Eugenio Scalfari ritiene la legge n. 18 del 2015 un accettabile punto di equilibrio⁴), ma che dovrà operare in un momento in cui la magistratura ha raggiunto

3. Marco Bignami, *intervento svolto alla tavola rotonda del 17 aprile 2015 presso il Palazzo di giustizia di Milano, organizzata dalla Formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura, in Questione Giustizia on line, http://questionegiustizia.it/articolo/il-deficit-culturale-della-nuova-disciplina-della-responsabilita-civile-dei-magistrati_21-05-2015.php*.

4. Cfr editoriale dell'1 marzo 2015 sul quotidiano *La Repubblica*, di contenuto molto distante dall'editoriale del 1987 «*Le ragioni dei Giudici, le colpe dei partiti politici*» in cui Scalfari espresse le ragioni che lo inducevano a votare per il no al referendum.

la maggiore esposizione e vive le maggiori difficoltà.

Non deve essere sottovalutata la realtà fattuale e giuridica in cui operano molti uffici giudiziari. Essi sono da un lato quasi al collasso per assenza di personale amministrativo e di tempestiva ed adeguata assistenza informatica, con magistrati chiamati a gestire carichi di lavoro spesso insostenibili ed a confrontarsi con una legislazione sempre più frammentata e complessa. Dall'altro la giurisdizione deve far fronte ad una domanda di giustizia in espansione non solo quantitativa ma soprattutto qualitativa se si considerano le richieste di tutela di diritti anche primari che spingono su terreni inesplorati e ad una sempre più diffusa illegalità.

In questo difficile contesto è concreto il rischio di un rinnovato conformismo.

Il ritorno ai giudici di Montesquieu (*êtres inanimés*) fatti di pura logica rispetto ai giudici con l'anima richiamati da Pietro Calamandrei (*juges engagés*), in grado di portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia.

Oggi la magistratura risponde dei propri errori in sede civile, penale, disciplinare e contabile, ed una applicazione non adeguatamente "ponderata" di questa nuova legge rischia solo di spingere verso "l'indifferenza burocratica" ricordata dal Presidente Mattarella⁵, richiamando le parole di Calamandrei, come uno dei più gravi pericoli che in una democrazia può colpire i giudici.

Rischi avvertiti dallo stesso avvocato Raffaele della Valle (difensore di Enzo Tortora) che in una intervista rilasciata alla Stampa il 26.2.2015 ha dichiarato «l'aver eliminato il filtro può provocare situazioni abnormi e non vorrei che come contraccolpo la magistratura diventasse difensiva, come è già capitato ai medici».

Il nuovo testo di legge non raggiunge un giusto punto di equilibrio fra i due diversi interessi in gioco: garantire ristoro alle parti lese dall'attività gravemente negligente dei magistrati e preservare l'attività giurisdizionale da ogni indebito condizionamento esterno

Vi è il rischio concreto di invertire nuovamente la rotta, di non apprezzare, lasciandosi condizionare da facili slogan e da luoghi comuni, l'evoluzione della società raggiunta anche grazie all'iniziativa di alcuni giudici intellettualmente vivaci, che hanno fornito, in presenza di un dato normativo non esaustivo o contrastante, una interpretazione costituzionalmente orientata in settori cruciali come il lavoro, l'ambiente, la bioetica ecc.

A fronte dei compiti sempre più importanti che in un mondo globale sono demandati alla magistratura in una rinnovata attenzione alla dignità, alla libertà, all'eguaglianza, alla solidarietà al fine di tutelare i nuovi diritti e garantire la legalità, sembra che il Paese affidi al Legislatore di privilegiare soluzioni che mirano solo ad una maggiore certezza e prevedibilità della decisione, valore certamente da non sottovalutare che però se portato al suo estremo rischia di pregiudicare seriamente quanto fino ad oggi la giurisdizione ha attuato sul piano della tutela dei diritti e dell'attuazione della legalità.

Certo la legge è stata approvata senza prevedere l'azione diretta, uno spauracchio usato più come minaccia che come possibilità effettiva, e, nei confronti del giudice, nell'azione di rivalsa rimane sempre lo schermo della negligenza inescusabile, ma è pur sempre vero che la magistratura è composta da essere umani la cui capacità di essere autonomi e indipendenti non può essere rimessa solo alla loro coscienza, ma occorre un quadro normativo che ne preservi la serenità e l'imparzialità.

7. Le strade che si aprono sono molteplici. Ne segnalo due.

Vi sono profili di costituzionalità che spettano al giudice delle Legge.

Rimangono attuali i punti evidenziati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 18 del 1989 e n. 468 del 1990 quando ha affermato che il filtro, presente nella legge Vassalli e oggi eliminato, è uno strumento indispensabile per evitare il proliferare di astensioni e ricusazioni e garantire la "serenità" del magistrato.

Se il rilievo costituzionale della responsabilità dei magistrati va bilanciato con il rilievo, parimenti costituzionale, della loro indipendenza e terzietà, condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati sono non solo opportuni, non solo legittimi, ma addirittura indispensabili perché una qualsivoglia disciplina di questa risulti costituzionalmente accettabile.

C'è poi un settore che coinvolge direttamente il compito della giurisprudenza nel definire ciò che può costituire colpa grave relativamente alla responsabilità dello Stato e ciò che può costituire colpa grave determinata da una negligenza inescusabile relativamente alla azione dei rivalsa nei confronti del magistrato.

In questo ambito occorre ricordare e valorizzare la relazione introduttiva alla legge predisposta a cura del ministero della Giustizia laddove evidenzia che le fattispecie di travisamento del fatto e delle prove

5. Intervento del Presidente Mattarella tenutosi a Scandicci il 24.2.2015 all'inaugurazione dei corsi della Scuola superiore della magistratura per l'anno 2015.

debbano essere manifeste, in altri termini evidenti. Una relazione importante che si spera possa guidare la giurisprudenza a respingere tutte quelle azioni intentate dalla parte insoddisfatta dall'esito del giudizio e che sono destinate a trasmigrare sul fronte dell'attività valutativa-interpretativa così da mettere in pericolo persino la clausola di salvaguardia che comunque permane.

Occorre evitare di avallare interpretazioni giurisprudenziali che consentano di utilizzare l'azione di responsabilità come una ulteriore impugnazione del provvedimento del giudice da parte di chi è stato soccombente nel processo.

In tal senso il travisamento dovrà costituire necessariamente il frutto di un errore inescusabile così da impedire che qualsiasi errore, e specie quello nella valutazione delle prove, possa giustificare una sorta di automatismo nelle azioni di responsabilità.

Molti giuristi⁶ hanno già evidenziato come ad esempio il travisamento non attiene all'esistenza del fatto, bensì al suo significato.

Il confine della responsabilità rispetto alla interpretazione inizia là dove non si può più parlare di valutazione, bensì di un'affermazione al di là di qualsiasi ragionevolezza e opinabilità, tanto da far normalmente sospettare la malafede.

Fino ad oggi la giurisprudenza che conosciamo e che ha affrontato il tema del travisamento del fatto e delle prove è quella disciplinare dato che l'art. 2, primo comma, lettera h) decreto legislativo 23.2.2006, n. 109 prevede, come autonoma fattispecie di illecito disciplinare, il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile.

La giurisprudenza disciplinare ha posto a base delle fattispecie di travisamento del fatto il macroscopico travisamento dei fatti connotato da gravità e da inescusabilità dell'errore.

Se non si dovesse optare per questa interpretazione giurisprudenziale restrittiva la riforma della responsabilità civile condurrebbe ad una moltiplicazione di controversie strumentali non certo utili alle esigenze del nostro sistema di giustizia già fortemente appesantito da un numero eccessivo di giudizi.

Se queste due strade (Giudice delle leggi quanto alla abolizione del filtro di ammissibilità e ponderati orientamenti giurisprudenziali) troveranno spazio e credo che molte delle preoccupazioni che hanno accompagnato il varo di questa legge potranno rientrare.

8. Rimane però la necessità per la magistratura di cogliere e non sottovalutare quel sentimento dif-

fuso di insoddisfazione che vive il cittadino rispetto all'operato della magistratura, capirne le ragioni, e cercare possibili soluzioni.

Un esempio a titolo esemplificativo.

In tema di responsabilità civile vi è stata una decisione della Suprema corte (Cass. 25 gennaio 2002 n. 871) che ha ritenuto, aderendo ad un orientamento consolidato, inammissibile la domanda di risarcimento per un danno causato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie; in particolare la società ricorrente lamentava un danno che è stato definito «danno da motivazione ingiuriosa»; trattandosi cioè di danno conseguente all'inserimento di espressioni ritenute ingiuriose e offensive nei confronti della società stessa nella motivazione di una sentenza civile di primo grado.

La Corte di cassazione ha ritenuto quella domanda inammissibile in quanto era stata proposta prima dell'esaurimento degli ordinari mezzi di impugnazione avverso la suddetta sentenza (art. 4, comma 2, l. cit.); risultava infatti pendere un giudizio di appello. Il danno lamentato dalla ricorrente non derivava dall'esito del giudizio di primo grado (sulla pretesa nullità del bilancio); ma dall'uso in motivazione di espressioni ritenute erranee, non pertinenti e lesive della sua onorabilità. Nessun dubbio, quindi, che quella sentenza fosse appellabile, come ogni altra sentenza di primo grado in materia di nullità di bilancio e ciò ha portato alla denuncia di inammissibilità.

L'esempio consente di sottolineare come a questo tipo di situazioni, che correttamente non hanno trovato la strada della responsabilità civile, occorre comunque dare una risposta adeguata su altri versanti, diversamente chi ha chiesto tutela e non l'ha ottenuta andrà ad infoltire le fila di quei soggetti che hanno condiviso lo slogan «*chi sbaglia paga*» e ridurrà ancora di più la soglia di fiducia verso l'operato della magistratura.

Certo la strada dovrà essere diversa, quella della responsabilità professionale e culturale, della formazione, ed eventualmente del disciplinare, ma non potrà non esserci.

Un sistema di valutazione di professionalità e di selezione della classe dirigente non soddisfacente ha contribuito a spingere sul terreno della riforma della responsabilità civile, ritenuta, quantomeno da chi non pregiudizialmente ostile alla magistratura, un rimedio alternativo appropriato.

Per evitare tra venti anni una nuova riforma, ulteriormente peggiorativa, occorre investire fortemente sul piano della responsabilità professionale. Essendo peraltro consapevoli che responsabilità civile, re-

6. P. Trimarchi, relazione tenuta il 17 aprile 2015 nel convegno su *La responsabilità civile dei magistrati* presso il Palazzo di giustizia di Milano.

sponsabilità disciplinare e valutazione di professionalità attengono a settori diversi che rispondono ad esigenze diverse e che per quante interferenze possano esservi non consentono presunzioni di ricadute a cascata, rimanendo valido il principio della ontologica autonomia tra i tre diversi settori, anche per evitare duplicazioni dell'effetto punitivo.

L'istituto della responsabilità civile, che si caratterizza per assolvere ad una funzione riparatoria e compensativa del danno arrecato, non può essere utilizzato per esercitare una pressione impropria sul magistrato «*al fine di aumentare la sua diligenza e la qualità della giurisdizione*».⁷

Alla magistratura è demandato un compito gravoso ma indispensabile se si vuole da un lato continuare a fornire tutela ai nuovi diritti su quei sentieri inesplorati che il Legislatore, abdicando alla propria funzione primaria, non percorre, dall'altro cercare di riconquistare la fiducia dei cittadini sanzionando le inefficienze e le cadute di professionalità, costruendo una responsabilità disciplinare effettiva ed efficace che vada oltre al problema del ritardo nel deposito dei provvedimenti, che purtroppo ha assunto una valenza non giustificabile.

Ognuno di noi conosce magistrati inadeguati che non si sono mai confrontati con la responsabilità disciplinare, ed ottimi magistrati che sono stati sanzionati per ritardi nel deposito dei provvedimenti, indipendentemente dalle condizioni in cui operavano.

L'unica risposta agli impropri tentativi di utilizzo dello strumento della responsabilità civile del giudice quale mezzo di condizionamento della sua attività di interpretazione della norma e di valutazione autonoma del fatto e delle prove risiede nell'investire ancora di più sul concetto di «professionalità del giudice», per mantenere il consenso e la legittimazione sociale che costituiscono il principale baluardo a tutela dell'indipendenza della funzione giudiziaria.

In questa prospettiva il termine stesso "responsabilità" quale *pendant* dell'indipendenza e della centralità del magistrato nell'ordinamento, non può e non deve evocare l'idea del ritorno ad un ordinamento burocratico, basato sulla subordinazione del potere giudiziario a quello legislativo ed esecutivo, gestito da un ossequio al conformismo ma deve costituire la logica conseguenza del mutato ruolo del giudice.

La responsabilità del magistrato, ci riporta ad una domanda antica e sempre attuale: Quale responsabilità? Quale magistrato? Funzionario o professionista?

Si scelga la risposta e si adottino i comportamenti conseguenti, essendo consapevoli del ruolo che spetta anche ai magistrati ed alle loro istituzioni e rappresentanze associative per interrompere quella fertilità di terreno in cui negli ultimi trenta anni ha trovato linfa quella forte ostilità verso la magistratura che appartiene non solo ad alcuni esponenti politici ma anche al sentire di tanti cittadini.

7. In questo senso il parere del Csm sul ddl n. 1626.

Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015

di Francesca Biondi *

L'Autrice affronta il tema della responsabilità civile dei magistrati alla luce della legge n. 18 del 2015, che sottopone ad esame esegetico. Si osserva che il diritto dell'Unione imponeva di superare la legge n. 117 del 1988, dimostratasi del tutto inefficace. Il giudizio sulla nuova normativa è favorevole, in particolare per il fatto che si è posto fine al parallelismo tra responsabilità dello Stato e responsabilità personale del magistrato. Anche per tale ultima ragione, L'A. ritiene che l'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione sia conforme a Costituzione, e si interroga sui rapporti tra responsabilità civile e altre forme di responsabilità del magistrato

1. Dall'irresponsabilità del giudice alla ricerca di un (difficile) bilanciamento tra responsabilità e indipendenza

La prospettiva teorica da cui oggi si muove per studiare il tema della responsabilità civile dei magistrati è mutata profondamente dall'entrata in vigore della Costituzione ai giorni nostri.

Allora l'ostacolo all'introduzione di una qualche forma di responsabilità civile dei magistrati era saldamente ancorato alla concezione della funzione giurisdizionale come dichiarazione del diritto e all'incorporazione dei magistrati entro l'apparato statale. Si obiettava, in linea generale, che lo Stato non potesse rispondere per i danni prodotti dai pubblici poteri¹, e, con riferimento a quelli causati nell'esercizio

della funzione giudiziaria, si affermava che la funzione giurisdizionale è attuazione diretta della sovranità dello Stato e che la decisione è riconducibile solo alla volontà della legge, e mai a quella dell'organo giudicante². La tesi che negava che da un atto giudiziario potesse scaturire una qualche forma di responsabilità civile (dello Stato o del magistrato) era cioè saldamente ancorata alla concezione giuspositivista della funzione giudiziaria³.

Due i corollari di questa tesi.

Anzitutto, poiché si riteneva che lo Stato non potesse essere ritenuto responsabile per un danno causato nell'esercizio della funzione giudiziaria, non solo era esclusa la responsabilità civile, ma si faticava anche a prevedere una qualche forma di riparazione degli errori giudiziari: pur trattandosi di istituti profondamente diversi, entrambi, infat-

* Il presente contributo è destinato anche agli Scritti in onore del prof. Gaetano Silvestri, in corso di pubblicazione.

1. Su queste tesi, cfr. R. Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano 1951, 142 ss.

2. V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1909, n. 411, 299; E. Battaglini, *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *Giust. pen.* 1949, III, 210. Contra, però, S. Romano, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari* (1903), in *Scritti minori*, II, Milano 1950 (rist. 1990), 179 ss.

3. Ma v. ancora, negli anni settanta, Corte di cassazione, III sez. civ., sentenza 6 novembre 1975, n. 3719, in *Giur. it.* 1976, I, 1, spec. 1347, e la nota di S. Bartole, *Dalla responsabilità civile del giudice e di quella (per inadempimento) del legislatore ordinario*, in *Giur. it.* 1976, I, 1, 1339.

ti, presuppongono che lo Stato-giurisdizione possa sbagliare.

Quanto, invece, alla responsabilità del magistrato, essa era ammessa solo qualora si fosse accertato che egli aveva agito con dolo, poiché, in tal caso, oggetto del sindacato non sarebbe stato l'atto, bensì il comportamento del giudice: «la responsabilità comincia là dove il giudice finisce, e riappare la persona fisica soggetta alle norme di diritto comune, in particolare ai doveri imposti dal diritto penale»⁴.

La somma di questi due corollari portava tra l'altro a negare la teoria organica, che invece andava allora diffondendosi, secondo cui l'immedesimazione dell'agente con lo Stato viene meno nel momento in cui il primo agisce con dolo, mentre in tutti gli altri casi lo Stato risponde dei danni provocati dal suo organo nell'esercizio della funzione statale: in tal caso, si riteneva che lo Stato non rispondesse mai dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Se a tutto ciò si aggiunge il principio dell'intangibilità del giudicato, secondo cui il carattere di "dichiarazione del diritto" della sentenza esplica i suoi effetti anche tra il giudice e le parti, ci si avvede come limitatissime fossero le possibilità di agire per la parte che aveva subito il danno, poiché, secondo questa ricostruzione, il giudice avrebbe potuto essere chiamato a rispondere solo in caso di dolo e solo dopo la revoca della sentenza passata in giudicato⁵.

È questo il contesto in cui fu redatto il codice di procedura civile del 1940 che, innovando pochissimo rispetto a quanto già previsto dal codice del 1865, stabilì che giudici e pubblici ministeri potessero essere chiamati a rispondere direttamente in sede civile nelle ipotesi di dolo, frode e concussione, e i giudici anche in caso di "denegata giustizia". In ogni caso, la domanda della parte doveva essere previamente autorizzata dal Ministro della Giustizia (artt. 55, 56 e 74 cpc).

Tale disciplina non subì modifiche all'entrata in vigore della Costituzione, che pure, con l'art. 28, stabilì principi assai innovativi: che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono "direttamente" responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti, così attribuendo alla responsabilità (in sede civile, penale e amministrativa) una funzione – oltre che risarcitoria – anche general-preventiva, e che lo Stato è civilmente responsabile dei danni causati dai propri dipendenti e funzionari.

La Corte costituzionale, tuttavia, ebbe subito occasione di chiarire l'impatto del disposto costituzionale sulla responsabilità dei magistrati. Dopo aver affermato che la responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni provocati nell'esercizio delle loro funzioni non può essere totalmente esclusa (v. Corte cost., sentenza n. 1 del 1962), essa chiarì che la responsabilità civile dei magistrati ben può essere disciplinata in modo diverso rispetto alla normativa di diritto comune, in quanto ciò risulti necessario a tutelare la loro indipendenza (Corte cost., sentenza 2 del 1968). Per la prima volta, dunque, essa sancì la necessità di bilanciare la responsabilità *ex art. 28 Cost.* e l'indipendenza che qualifica la posizione dei magistrati. Che l'indipendenza non ponga la magistratura "al di là dello Stato, *quasi legisbus soluta*", ma, al contempo, che l'art. 28 Cost., rinviando alla legge, consenta che tale responsabilità possa essere variamente regolata, sarà poi ribadito in decisioni successive (v., in particolare, Corte cost., sentenze nn. 18 del 1989 e 386 del 1996)⁶.

Quanto al rapporto tra responsabilità dello Stato e responsabilità dei magistrati, la Corte costituzionale chiarì che il primo deve rispondere dei danni causati dai magistrati "almeno" nei casi in cui questi ultimi sono ritenuti responsabili, ben potendo, però, il legislatore, ma anche la giurisprudenza, riconoscere la responsabilità dello Stato anche al di là di tali limiti (v., ancora, sent. n. 2 del 1968). Ciò ebbe, peraltro, l'immediato effetto di indurre alcuni giudici ad ammettere l'azione nei confronti dello Stato, *ex art. 2043 cc.*, nelle ipotesi in cui il magistrato non poteva essere chiamato a rispondere.

Il problema del bilanciamento tra responsabilità e indipendenza diventa questione decisiva quando il legislatore è chiamato a dare seguito all'abrogazione, per via referendaria, degli artt. 55, 56 e 74 cpc.

La legge 13 aprile 1988, n. 117 (agli artt. 1-9), ampliò – almeno apparentemente – le ipotesi in cui era possibile chiedere il risarcimento dei «danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale», ma ribaltò la precedente disciplina, stabilendo che l'azione dovesse essere promossa nei confronti dello Stato.

In sintesi, si stabilì che potesse agire, *ex art. 2, comma 1, l. 117 cit.*, chi avesse subito un danno «per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle

4. Così S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1966, 211.

5. Cfr. ancora A. Rocco, *op. cit.*, p. 531 e E. Casetta, *Lillecito degli enti pubblici*, Torino 1953, 287.

6. Sul rapporto tra indipendenza e responsabilità dei magistrati, cfr. il saggio di N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Annuario Aic 2004, Padova 2008, 228 ss.

sue funzioni ovvero per diniego di giustizia». L'estensione della responsabilità anche alla colpa grave fu, tuttavia, limitata ad alcune tassative fattispecie, intendendosi, per colpa grave, «a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». Ma, soprattutto, si precisò che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove» (tale formula è conosciuta come «clausola di salvaguardia» dell'indipendenza funzionale del giudice).

Inoltre, si stabilì che, tranne il caso in cui il danno fosse causato da un comportamento integrante un reato, la domanda dovesse essere proposta non direttamente nei confronti del magistrato, bensì dello Stato, nella veste del presidente del Consiglio dei ministri.

Infine, si prevede un'ulteriore forma di garanzia: al fine di escludere azioni temerarie ed intimidatorie, si stabilì che la domanda, una volta proposta, dovesse essere dichiarata ammissibile dal tribunale in camera di consiglio, sentite le parti.

Nel termine di un anno dall'avvenuto risarcimento, lo Stato, nella persona del presidente del Consiglio dei ministri, avrebbe esercitato l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato entro determinati limiti quantitativi.

Varie questioni furono sollevate di fronte alla Corte costituzionale, lamentando che le scelte compiute dal legislatore fossero incostituzionali per violazione del principio di indipendenza, ma furono tutte dichiarate infondate con la sentenza n. 18 del 1989.

2. La spinta “europea” alla riforma della legge n. 117 del 1988

Com'è noto, chi allora temette che la nuova legge sulla responsabilità civile potesse incidere sulla serenità di giudizio dei magistrati fu smentito, poiché, indipendentemente dalla valutazione che può essere data “in astratto” sulla l. 117 del 1988, resta il dato obiettivo della sua quasi nulla applicazione⁷: secondo i dati contenuti nella relazione tecnica allegata al ddl.S 1626, presentato dal Governo al Senato il 24 settembre 2014, dal 2005 al 2014 solo nove ricorsi si sono conclusi con una sentenza di condanna⁸.

La giurisprudenza non ha, infatti, quasi mai individuato ipotesi di responsabilità che sfuggissero alla copertura della c.d. clausola di salvaguardia, secondo cui – come ricordato – «non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Secondo la Corte di cassazione, tale formula «non tollera letture riduttive»⁹ e «i presupposti della responsabilità dello Stato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a), della legge n. 117 del 1988, devono ritenersi sussistenti allorché nel corso dell'attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»¹⁰.

Inoltre, la grande maggioranza delle domande proposte sono state dichiarate inammissibili già nella fase preliminare¹¹, finendo il giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento per assumere il «carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei dati contestati, dei requisiti e

7. Cfr., sul punto, il lavoro di A. D'Aloia, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Annuario Aic 2004, Padova 2008, 298 ss.

8. Tra questi, si può ricordare il caso di un pubblico ministero che aveva disposto la perquisizione nello studio legale di un avvocato, senza darne comunicazione al presidente del Consiglio dell'ordine forense, ex art. 103 cpp: cfr. Corte Cass., I sez. civ., sentenza 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671.

9. Cfr. Corte Cass., III sez. civ., sentenza 27 novembre 2006, n. 25133.

10. Cfr. Corte Cass., III sez. civ., sentenza 18 marzo 2008, n. 7272, ma, in termini analoghi, v. già Corte Cass., I sez. civ., sentenza 5 dicembre 2002, n. 17529, in *Giust. civ.* 2003, I, 2789; e, in seguito, Corte Cass., III sez. civ., sentenza 5 luglio 2007, n. 15227; Corte Cass., III sez. civ., 26 maggio 2011, n. 11593; e Corte Cass., III sez. civ., sentenza 5 febbraio 2013, n. 2637.

11. Cfr. per l'analisi di questa giurisprudenza G. Campanelli, *Lo “scudo” giurisprudenziale quale principale fattore di “inapplicabilità” della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in G. Campanelli (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 54.

delle condizioni cui la legge subordina detta responsabilità» e, in particolare, della operatività della clausola di salvaguardia¹².

Può essere infine interessante ricordare che, in caso di azione diretta nei confronti del magistrato e dello Stato per fatti costituenti reato, per la quale non è previsto il vaglio di ammissibilità, la giurisprudenza ha, comunque, ritenuto che l'azione risarcitoria possa essere esercitata in sede penale, mediante costituzione di parte civile del danneggiato, ovvero direttamente in sede civile, ma solo dopo che sia intervenuta sentenza di condanna del magistrato passata in giudicato: secondo la Corte di cassazione, «Solo così inteso, l'art. 13 può ritenersi in armonia con gli articoli della Costituzione diretti a garantire l'autonomia e l'indipendenza di giudizio del magistrato»¹³. Come si vede, anche in tale ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto costituzionalmente necessario un qualche vaglio preventivo di fondatezza dell'azione civile.

Nonostante la sua sostanziale inefficacia, la legge n. 117 del 1988 è stata, però, modificata solo grazie ad una «spinta europea», ossia per dare seguito ad alcune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, che, a partire dal 2006, ha messo in discussione il sistema italiano di risarcimento dei danni provocati nell'esercizio della funzione giudiziaria¹⁴.

Dapprima, con la sentenza 30 settembre 2003, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, la Corte di giustizia, richiamando le condizioni elaborate con le precedenti pronunce *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, ha affermato che gli Stati membri sono tenuti a riparare i danni causati ai singoli dalla violazione di una norma di diritto comunitario, anche quando tale violazione è causata dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado¹⁵.

In seguito, con la sentenza del 13 giugno 2006 (*Traghetti del Mediterraneo*)¹⁶, essa, riferendosi proprio alla l. n. 117 del 1988, ha stabilito, in primo luogo, che non è compatibile con il diritto comunita-

rio l'esclusione della responsabilità civile nel caso in cui il danno sia dovuto ad un'errata interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto o delle prove (ossia, la clausola di salvaguardia), e, secondariamente, che non lo è una legislazione che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, se ciò impedisce il risarcimento nei casi in cui vi sia una violazione manifesta del diritto vigente, secondo i criteri precisati nella sentenza *Köbler*.

È evidente la prospettiva da cui muove la giurisprudenza comunitaria: alla Corte di giustizia interessa che gli Stati nazionali assicurino l'applicazione uniforme del diritto comunitario in ogni settore dell'ordinamento e, pur tenendo presente la peculiarità della funzione giurisdizionale, pretende che sia possibile ottenere un risarcimento anche se il danno è provocato da una decisione giudiziaria.

Diverso è il piano su cui si muove la l. n. 117 del 1988: nata come una legge sulla responsabilità dei magistrati (anche se prevede che l'azione debba essere promossa contro lo Stato), essa, nel porre attenzione all'indipendenza del magistrato, identifica alcune limitate ipotesi di colpa grave che possono dar luogo a responsabilità e, comunque, esclude ogni sindacato sull'attività interpretativa.

Nonostante la pronuncia *TDM* avesse rilevato un'incompatibilità tra il diritto nazionale e i principi del diritto europeo, lo Stato italiano non è intervenuto ad adeguare l'ordinamento interno ai dettami della Corte di giustizia, e solo in alcuni rari casi i giudici hanno tenuto conto dei principi espressi a livello comunitario nell'interpretare il diritto interno¹⁷.

Per queste ragioni, nel 2009, la Commissione Europea ha aperto nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione, conclusasi con una pronuncia in cui si è affermato che la Repubblica italiana non ha rispettato l'obbligo di conformarsi al diritto dell'Unione (Corte di giustizia, sezione III, sentenza 24 no-

12. Cfr. ancora Corte Cass., III sez. civ., sentenza 27 novembre 2006, n. 25133.

13. Da ultimo, e con riferimenti alla giurisprudenza precedente, cfr. Corte di cassazione, III sez. civ., sentenza 3 gennaio 2014, n. 41.

14. Sull'impatto della giurisprudenza europea sulla riforma della l. n. 117 del 1988, cfr. ora il lavoro di G. Campanelli, *L'incidenza della pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in corso di pubblicazione in *Foro it.* 2015.

15. La Corte di Giustizia ha però precisato alcuni criteri ulteriori che devono essere valutati quando il danno si assume causato nell'esercizio della funzione giudiziaria: v. punti 53-54 della sentenza.

16. Sulla decisione cfr. F. Biondi, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 840.

17. Solo in qualche caso, dando seguito alla sentenza della Corte di Giustizia, i giudici hanno, infatti, interpretato la l. 117 del 1988 in modo conforme al diritto comunitario. Si trattava di casi in cui la domanda di risarcimento era stata presentata per danni causati, secondo i ricorrenti, da decisioni giurisdizionali in violazione del diritto comunitario. In alcune pronunce la domanda è stata ammessa, previa disapplicazione dell'art. 2, comma 2, l. 117 del 1988, ritenuto contrastante con un principio stabilito dalla Corte di giustizia: cfr.

vembre 2011, C-379/10). Per evitare la condanna, lo Stato italiano avrebbe dovuto provare che il nostro ordinamento è in grado di garantire il risarcimento dei danni provocati da un organo giurisdizionale di ultimo grado in violazione manifesta del diritto comunitario, circostanza che, invece, non è stata dimostrata. La Corte di giustizia, accertato che il legislatore italiano non ha modificato la l. 117 del 1988 e che la giurisprudenza italiana non ha dato, di tale legge, un'interpretazione conforme alle proprie decisioni¹⁸, ha ribadito che la disciplina contenuta nella l. n. 117 del 1988 era contraria al diritto dell'Unione europea, imponendo così un intervento legislativo¹⁹.

3. Il nuovo modello di responsabilità dello Stato (e dei magistrati) introdotto dalla legge n. 18 del 2015

Secondo alcuni, per dare seguito alle decisioni della Corte di giustizia, sarebbe stato sufficiente introdurre un nuovo meccanismo, da affiancare alla legge n. 117 del 1988, volto esclusivamente a garantire il risarcimento dei danni da parte dello Stato, qualora si fosse accertato che un organo giurisdizionale di ultimo grado, nell'applicare erroneamente il diritto dell'Unione europea, avesse provocato un danno alle parti²⁰. Tale soluzione – politicamente più facile da adottare – avrebbe però determinato un'irragionevole distinzione a seconda che il danno fosse stato causato da una violazione manifesta del diritto europeo ovvero da una violazione manifesta del diritto nazionale, mentre la responsabilità non può che riguarda-

re unitariamente la violazione di tutte le norme che il magistrato è chiamato ad applicare, senza ingiustificabili distinzioni²¹.

In modo condivisibile, il legislatore, per quanto con qualche anno di ritardo, ha invece preferito rivedere l'intero impianto della legge n. 117 del 1988, che, con le modifiche introdotte dalla legge n. 18 del 2015, risulta oggi profondamente modificata.

Resta ancora esclusa – come, del resto, nella quasi totalità degli ordinamenti europei²² – qualsiasi forma di responsabilità diretta nei confronti dei magistrati (salvo, come già in passato, che la parte sia stata danneggiata da un fatto costituente reato), ma sono ridefinite le ipotesi in cui l'azione di risarcimento dei danni può essere proposta; si abbandona il principio del “parallelismo” della responsabilità dello Stato rispetto a quella dei magistrati, che comportava che si potesse agire nei confronti dello Stato nei soli casi in cui i magistrati avessero poi potuto essere chiamati a risarcire lo Stato nel giudizio di rivalsa; e si elimina il giudizio di ammissibilità della domanda.

3.1. La ridefinizione delle ipotesi di “colpa grave” e il rapporto con la clausola di salvaguardia

Come accennato, la legge n. 18 del 2015 si segnala anzitutto poiché modifica le ipotesi in cui l'azione può essere promossa. Essa tiene fermo che la domanda può essere presentata in caso di diniego di giustizia, dolo o in alcune ipotesi tipizzate di colpa grave (art. 2, comma 1, l. n. 117 del 1988), ma queste ultime vengono ampliate. Costituiscono ora colpa grave la violazione manifesta della legge, nonché del

Trib. Roma, sentenza 28 giugno 2001, in *Giur. merito* 2002, I, 360 ss. e Trib. Roma, decreto 29 settembre 2004, in *Dir. e Giust.*, 2004, fasc. 41, 80. In un altro caso, invece, l'azione di responsabilità contro lo Stato è stata ammessa sulla base della disciplina generale dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 cc: v. Trib. Genova, sentenza 31 marzo 2009, n. 1329, in *Giur. merito* 2010, 991, dopo aver riassunto il giudizio in seguito alla sentenza *TDM* della Corte di Giustizia. Quando l'azione di risarcimento si fondava sulla presunta negligente applicazione del diritto interno, la giurisprudenza ha invece negato che la sentenza *TDM* della Corte di Giustizia avesse imposto una diversa interpretazione della legislazione nazionale: cfr. Corte Cass., III sez. civ., 22 febbraio 2012, n. 2560 e, da ultimo, Corte Cass., VI sez. pen., 26 febbraio 2015, n. 3916.

18. Cfr. sul punto M. Nisticò, *Dalla Corte di Giustizia una netta censura al diritto vivente in tema di responsabilità civile per fatto del magistrato*, in www.forumcostituzionale.it (1 gennaio 2012).

19. Su cui cfr. I. Pellizzone, *La responsabilità dello Stato-giudice tra interpretazione conforme, disapplicazione e prospettive di riforma. Brevi riflessioni a margine della sentenza 24 novembre 2011 della Corte di giustizia*, in *Rivista Aic*, 2/2012.

20. Cfr. E. Scoditti, *Violazione del diritto dell'Unione imputabile all'organo giurisdizione di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.* 2012, IV, 23; E. Lupo, *Un pericolo per la giustizia*, ne *La Repubblica*, 12 giugno 2012, il quale non manca di far notare il rischio di un eccesso di contenzioso.

21. Per la tesi dell'impossibilità di differenziare le forme di responsabilità a seconda del diritto interpretato, cfr. A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.* 2011, 4731; M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista Aic*, 3/2010, 21.

22. Una forma di responsabilità civile diretta è prevista nell'ordinamento spagnolo: v. artt. 411-413 della *Ley Organica sul Poder judicial* del 1 luglio 1985, n. 6, e artt. 266.1 e 403.2 della *Ley de enjuiciamiento civil* 1/2000.

diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione o la negazione di un fatto la cui esistenza o inesistenza siano incontrastabilmente escluse dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione (art. 2, commi 3 e 3-bis, l. n. 117).

Inoltre, la legge regola in modo differente il rapporto tra la clausola di salvaguardia dell'indipendenza funzionale del magistrato (art. 2, comma 2, l. n. 117) e le ipotesi di colpa grave, prevedendo che la clausola operi solo "al di fuori" dei casi tassativamente elencati di colpa grave. In tal modo quest'ultima conserva certamente un profondo significato "simbolico"²³, ma non si può escludere che possa essere utilizzata dalla giurisprudenza per definire (riduttivamente) alcune delle nuove ipotesi tipizzate di colpa grave, prima fra tutte la nuova fattispecie del "travisamento" del fatto e delle prove²⁴.

Mentre con riferimento alla violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea il legislatore ha già indicato dei criteri che devono orientare l'interprete - precisando che si deve tenere conto, in particolare, «del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza», e degli indicatori individuati dalla Corte di Giustizia (mancato rinvio pregiudiziale²⁵ e contrasto con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia) - più problematica appare la definizione del "travisamento" del fatto e delle prove: una lettura sistematica di tale fattispecie con l'art. 2, comma 2, cit., potrebbe, pertanto, ad esempio, indurre la giurisprudenza ad individuare tale ipotesi solo quando il travisamento sia così evidente da non richiedere particolari approfondimenti.

Va, inoltre, notato che, pur affermando la legge n. 117 del 1988, come modificata, che lo Stato risponde in caso di dolo o (nelle ipotesi tipizzate di) colpa grave del magistrato, l'accertamento della responsabilità dello Stato prescinde ora dall'accertamento dell'elemento "soggettivo" della negligenza inescusabile del magistrato, che, invece - come si dirà - resta elemento di valutazione nell'eventuale giudizio di rivalsa.

Questa soluzione è stata resa obbligata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che pretendeva una responsabilità dello Stato basata su parametri oggettivi, ma produce una certa ambiguità una volta innestata sull'impianto originario della l. n. 117 del 1988.

Quest'ultima è nata, infatti, come una legge sulla responsabilità del magistrato, dunque, come una responsabilità avente una funzione non solo risarcitoria, ma anche "compensativa" o, volendo, "general-preventiva": per tale ragione era tutta "costruita" sul comportamento (negligente) del magistrato.

Anche se ora si è voluta accentuare la natura risarcitoria oggettiva dello Stato, la condanna di quest'ultimo presuppone ancora l'accertamento della "condotta" del magistrato (non bastando un generico "difetto" di funzionamento del sistema giudiziario complessivamente considerato).

Di tale ambiguità risentono, per altro, non solo il sistema nel suo complesso, ma anche le singole fattispecie: basti notare che la "negligenza inescusabile" viene espunta dall'art. 2, comma 2, della legge n. 117 del 1988, ma, al comma 3-bis, al fine di determinare se sussiste violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea, si deve tenere conto della "inescusabilità" dell'osservanza, dunque di un elemento che connota - ancora una volta - soggettivamente la condotta del magistrato²⁶.

3.2. La fine del "parallelismo" tra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato

In secondo luogo, va considerato che limiti sostanziali e procedurali che il legislatore aveva introdotto nella versione originaria della l. n. 117 del 1988 al fine ottenere un risarcimento erano dettati dalla preoccupazione che l'accertamento della responsabilità dello Stato ricadesse "automaticamente" sul magistrato nel giudizio di rivalsa. Paradossalmente, era più facile per la parte ottenere un risarcimento del danno prima del 1988, quando alcuni giudici avevano ammesso che fosse possibile agire direttamente contro lo Stato ex 2043 cc, sul presupposto che i limiti alla responsabilità diretta dei magistrati, allora previsti dagli artt. 55, 56 e 74 cpc, non doves-

23. Cfr. F. Dal Canto, *La riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.* 2/2015 e R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in corso di pubblicazione in *Foro it.* 2015.

24. Il rapporto tra illeciti funzionali e tutela dell'attività interpretativa del magistrato è regolato in modo analogo dal d.lgs. n. 109 del 2006 in tema di responsabilità disciplinare. Si rinvia, sul punto, a N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Torino 2014, 296.

25. Sull'interpretazione di questo criterio cfr. il rinvio pregiudiziale del Cons. di Stato, sez. IV, ordinanza 5 marzo 2012, n. 124, e la sentenza della Corte di Giustizia 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*.

26. La contraddizione è rilevata da R. Romboli, *op. cit.*

sero necessariamente estendersi anche allo Stato. Eppure – come ricordato - la Corte costituzionale aveva affermato che lo Stato “deve” rispondere fin dove risponde il magistrato, ma che la sua responsabilità ben può essere più estesa²⁷.

Da tempo era stato autorevolmente sottolineato come il bilanciamento operato dal legislatore nel 1988 fosse andato a detrimento del cittadino: il suo diritto al risarcimento del danno era stato infatti compresso da limitazioni e aggravamenti procedurali dovuti alla necessità di proteggere i giudici da attacchi ripetuti e destabilizzanti. E, per tale ragione, era stato proposto di affiancare ad una responsabilità dei magistrati, «adeguata alla misura dell'errore colpevole e non alla misura del danno effettivo arrecato», ex art. 28 Cost., una responsabilità dello Stato per errore giudiziario, fondata sull'art. 24, comma 4, Cost., ricordando come tale disposizione non debba essere necessariamente limitata agli errori in materia penale²⁸.

La legge n. 18 del 2015, pur non avendo abbandonato del tutto – come visto - il riferimento alla “condotta” del magistrato, ha, tuttavia, il merito di aver superato il parallelismo tra la responsabilità dello Stato e quella dei giudici, allargando la prima e mantenendo entro confini più ristretti la seconda²⁹.

Ora la parte potrà agire nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali (questi ultimi non più solo se derivanti da privazione della libertà personale), qualora ritenga di aver subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato, nell'esercizio delle sue funzioni, con dolo, con colpa grave (nelle ipotesi predeterminate), ovvero per diniego di giustizia.

Solo qualora lo Stato risulti soccombente, avrà l'obbligo (obbligo che, per altro, era già desumibile dalla precedente formulazione, e che comunque resta senza sanzione³⁰), di esercitare l'azione di rivalsa nei

confronti dei magistrati. Ma – si noti – ora l'azione di rivalsa si dovrà esercitare solo se lo Stato sia stato condannato, oltre che per diniego di giustizia, per alcune delle ipotesi di colpa grave, non per tutte³¹.

In particolare, lo Stato dovrà rivalersi qualora sia stato accertato che vi è stata violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione europea ovvero in caso di travisamento del fatto o delle prove, non, invece, se la condanna derivi da un danno causato da un'affermazione o da una negazione di un fatto la cui esistenza o inesistenza siano incontrastabilmente esclusi dagli atti del procedimento, ovvero dall'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione, e, comunque, quando queste ipotesi siano state determinate da dolo o negligenza inescusabile. L'elemento soggettivo, dunque, che non è oggetto di valutazione nel giudizio contro lo Stato, ritorna determinante nel giudizio di rivalsa.

Pur apprezzando la divaricazione tra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato, la formulazione della legge apre alcuni interrogativi.

Anzitutto, la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza inescusabile) deve essere valutata dallo Stato prima di esercitare l'azione di rivalsa, ovvero - come sembra preferibile - in caso di condanna per una delle ipotesi individuate, l'azione di rivalsa deve essere obbligatoriamente esercitata e l'elemento soggettivo sarà oggetto di valutazione da parte del giudice chiamato a decidere tale giudizio?

In secondo luogo, desta non poche perplessità la selezione delle ipotesi in cui l'azione di rivalsa deve essere esercitata: perché, ad esempio, il magistrato dovrebbe essere chiamato a risarcire il danno allo Stato se ha “travisato” un fatto (ipotesi che confina con l'interpretazione del fatto) e non, invece, se il danno deriva da un fatto incontrastabilmente escluso dagli atti del procedimento (ossia se ha commesso un errore “oggettivo”)?

27. Sul punto, cfr. S. Panizza, *L'evoluzione del rapporto tra responsabilità civile dei magistrati e responsabilità civile dello Stato per l'attività dei propri organi giudiziari*, in G. Campanelli (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino 2009, 161 ss.

28. Cfr. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 218-220.

29. In questa direzione, in anni più recenti, il documento presentato, in data 7 ottobre 2013, dai consiglieri del Csm Aniello Nappi e Nicolò Zanon, presso la VI Commissione del Consiglio, con l'obiettivo di indurre il Csm a farne oggetto di proposta al ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 l. n. 195 del 1958. Per analoga proposta, cfr. A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., 4734-4735, il quale, tuttavia, più radicalmente, propone di abrogare la clausola di salvaguardia anche per l'azione di rivalsa.

30. La legge n. 18 del 2015 ha infatti previsto una sanzione – la responsabilità amministrativa - in caso di mancato esercizio dell'azione di regresso ex art. 13, comma 2, della l. n. 117 del 1988, per l'ipotesi in cui lo Stato abbia risarcito civilmente il danno causato da un fatto costituente reato, non anche in caso di mancato esercizio dell'azione di rivalsa ex art. 7 della l. n. 117 del 1988.

31. Per come formulato, l'art. 7 della l. n. 117 del 1988, come modificato dalla l. n. 18 del 2015, avrebbe potuto indurre a ritenere che, nelle ipotesi indicate, l'azione di rivalsa fosse obbligatoria, nelle altre facoltativa. Tale interpretazione, invero irragionevole, è stata già esclusa da Cass. pen., sez. VI, sentenza 23 aprile 2015 n. 16924.

E, ancora, perché obbligare ad esercitare l'azione di rivalsa in caso di violazione manifesta della legge o non, ad esempio, se è stato emesso un provvedimento cautelare personale fuori dai casi consentiti dalla legge? La scelta appare a dir poco irrazionale³². Un'interpretazione "malevola" potrebbe finanche indurre a pensare che i casi in cui la rivalsa è resa obbligatoria siano in fondo quelli che più difficilmente determineranno una condanna da parte dello Stato!

3.3. L'eliminazione del "filtro" di ammissibilità della domanda

È, infine, in questa nuova costruzione del rapporto tra responsabilità dello Stato e dei magistrati che va inquadrato il terzo elemento di novità della legge, ossia l'eliminazione (attraverso l'abrogazione dell'art. 5 della l. n. 117 del 1988) del giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento proposta nei confronti dello Stato.

Una volta sganciata, sia pure parzialmente, la responsabilità dello Stato da quella dei magistrati, si comprende come l'eliminazione di quella fase preliminare abbia l'obiettivo di rendere meno difficile il risarcimento del danno "oggettivamente" causato alla parte da un comportamento, da un atto o da una decisione giudiziaria.

Certamente, il legislatore avrebbe potuto intervenire diversamente, limitando espressamente il vaglio di ammissibilità all'accertamento dei presupposti oggettivi e alla eventuale "manifesta infondatezza" della domanda³³.

Tuttavia, proprio per il diverso sistema costruito dalla legge n. 18 del 2015, non parrebbe invocabile, come invece qualcuno ha fatto, a sostegno dell'incostituzionalità di questa scelta, la sentenza della Corte costituzionale n. 468 del 1990, o, quantomeno, quella decisione non pare pienamente conferente.

In quella pronuncia – resa, per altro, quasi "in astratto", su una legge da poco entrata in vigore³⁴ – la Corte costituzionale, estendendo il giudizio di non manifesta infondatezza della domanda ai fini dell'ammissibilità dell'azione di responsabilità nei confronti del magistrato per i casi promossi successivamente all'abrogazione della previgente disciplina, ma per fatti anteriori al 16 aprile 1988, data di entrata in vigore della legge n. 117 del 1988, riconobbe «il rilievo costituzionale di un meccanismo di "filtro" della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché

un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle "condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati" che "la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono"»

Ma ciò di cui la Corte costituzionale si preoccupava – come già in merito alle azioni dirette previste dalla disciplina codicistica che dovevano essere autorizzate dal Ministro di grazia e giustizia – era di evitare che si instaurassero giudizi pretestuosi aventi ad oggetto il modo in cui il magistrato aveva esercitato le sue funzioni, mentre ora nel giudizio, rivolto contro lo Stato, si dovrà valutare se "oggettivamente" sia stato causato un danno alla parte. Di come il magistrato ha esercitato le sue funzioni (in particolare, se egli abbia agito con negligenza inescusabile) si discuterà, semmai, nel giudizio di rivalsa, in cui la parte privata non ha nessuna possibilità di intervenire.

Come detto, il modello di responsabilità dello Stato e dei magistrati prefigurato dalla legge n. 18 del 2005 è ben diverso da quello del 1988, ed una eventuale "reintroduzione" del filtro presupporrebbe di valutare se esso debba collocarsi nella fase anteriore al ricorso contro lo Stato ovvero debba essere inserito come fase preliminare del giudizio di rivalsa.

Ragionevolmente avrebbe senso prevederlo nella fase iniziale, poiché il giudizio di rivalsa, che segue ad una sentenza di "condanna", per definizione non può dirsi palesemente infondato.

Ma quale valore esso sarebbe preordinato a tutelare?

Sarebbe certamente utile ad evitare un eccesso di contenzioso, per ragioni, cioè, di funzionalità degli uffici giudiziari. Ma questa è una scelta demandata al legislatore.

Più problematico sarebbe, invece, invocare la sua obbligatorietà costituzionale a tutela dell'indipendenza del magistrato, dal momento che, in molti casi, alla condanna dello Stato non farebbe seguito neppure l'inizio dell'azione di rivalsa. E a tale argomento, di natura giuridica, non può essere opposto l'altro argomento, "di mero fatto", per cui il magistrato la cui condotta può essere causa di risarcimento statale sarà coinvolto dall'Avvocatura a fornire tutti gli

32. Così R. Romboli, *op. cit.*

33. Così F. Dal Canto, *op. cit.* Critico nei confronti dell'eliminazione del giudizio di ammissibilità anche R. Romboli, *op. cit.*

34. Come nota A. D'Aloia, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in *forumcostituzionale.it*, 29 marzo 2015.

elementi utili alla difesa statale e, dunque, si sentirà già in qualche modo “pregiudicato” in questo primo giudizio.

4. Il rapporto con le altre responsabilità del magistrato

Nell’impianto della legge n. 117 del 1988, come modificata, la responsabilità del magistrato pare scolorire ancora di più dietro a quella dello Stato, salvo che quest’ultimo sia condannato per le ipotesi che lo “obbligano” ad esercitare il giudizio di rivalsa.

Resta ancora, per il magistrato, la possibilità di costituirsi nel primo giudizio, ma, ragionevolmente, non sarà per lui conveniente farlo. Egli, infatti, ha comunque la possibilità di fornire all’avvocatura dello Stato tutti gli elementi utili ad una difesa efficace dello Stato, e, se non interviene nel giudizio, né una condanna, né una transazione, gli potranno essere opposte nel giudizio di rivalsa.

Problemi interpretativi pongono, invece, i rinvii, contenuti nella legge, alla responsabilità amministrativa e a quella disciplinare.

Quanto alla prima, non è affatto chiaro il riferimento, contenuto al comma 3-*bis* dell’art. 2 della legge n. 117, al giudizio di responsabilità amministrativa in caso di condanna per violazione manifesta della legge o del diritto dell’Unione europea. La giurisprudenza ha sempre escluso che l’azione di responsabilità amministrativa potesse cumularsi con l’azione di rivalsa. Che significato, dunque, ha questo rinvio? Sarebbe certamente irragionevole che il magistrato potesse essere soggetto ad entrambe le azioni, così come lo sarebbe se il “cumulo” fosse previsto solo in caso di condanna dello Stato per questa specifica fattispecie e non per le altre.

Problemi di coordinamento pone anche l’art. 9 della l. n. 117 del 1988.

Il comma 1 stabilisce che i titolari dell’azione disciplinare «devono» esercitare l’azione disciplinare nei confronti del magistrato «per i fatti che hanno dato causa al risarcimento».

Il problema consiste nell’individuare il momento da cui sorge tale obbligo. Nella versione precedente, l’azione doveva essere esercitata entro due mesi dalla comunicazione della decisione di ammissibilità della domanda. Tale riferimento è stato eliminato, insieme all’abrogazione dell’art. 5 che quel “filtro” prevedeva. Resta, invece, la previsione secondo cui gli atti del giudizio disciplinare possono essere acquisiti nel giudizio di rivalsa.

È pertanto da ritenere che l’obbligo di esercitare l’azione disciplinare sorga già al momento della presentazione della domanda di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato.

Tale disposizione va, tuttavia, coordinata con le regole proprie di ciascun “sistema disciplinare” e, in particolare, per i magistrati ordinari, con la tipizzazione degli illeciti disciplinari. Ai titolari dell’azione disciplinare sarà, dunque, data notizia della presentazione dell’azione civile di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato, ma l’azione disciplinare dovrà essere esercitata solo laddove la condotta che si assume aver causato il danno possa essere sussunta entro una delle fattispecie previste dal d.lgs n. 109 del 2006. Non si tratta affatto di un ampliamento delle fattispecie disciplinari.

E sempre alla luce della tipizzazione degli illeciti disciplinari va valutata la previsione di cui al comma 3 dell’art. 9 della l. n. 117 del 1988, secondo cui «la disposizione di cui all’articolo 2, che circo-scrive la rilevanza della colpa ai casi di colpa grave ivi previsti, non si applica al giudizio disciplinare». Tale disposizione, che riafferma il principio di autonomia tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare, mantiene un significato solo per i sistemi disciplinari di quelle magistrature (quella amministrativa e quella contabile) a cui il legislatore ha espressamente escluso l’applicazione del d.lgs n. 109 del 2006 e in cui l’illecito disciplinare si fonda ancora sulla formula generica dell’art. 18 del d.lgs n. 511 del 1946.

5. Una conclusione “provvisoria”

Costretto dalle pronunce di condanna della Corte di giustizia, che ha obbligato lo Stato italiano a dotarsi di uno strumento capace, in casi limite, di risarcire il cittadino dei danni causati dalla violazione del diritto dell’Unione europea nell’esercizio della funzione giurisdizionale, il Parlamento ha colto l’occasione per ripensare la legge n. 117 del 1988, cercando un nuovo bilanciamento tra indipendenza e responsabilità.

Come dichiara l’art. 1 della legge n. 18 del 2015, la finalità dell’intervento normativo è quella di «rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell’appartenenza dell’Italia all’Unione europea».

All’indomani dell’entrata in vigore della legge, è possibile solo darne una valutazione “in astratto”, rilevando i molteplici problemi interpretativi che la nuova disciplina pone. Rispetto al fisiologico aumento delle domande favorito dalla “novità” legislativa, ci si può, invece, limitare ad osservare che se alcune puntualizzazioni della giurisprudenza sono certamente apprezzabili (si pensi, in particolare, alla decisione con cui è stato già riaffermato che la proposizione di una domanda di risarcimento dei danni *ex art.*

2 della l. n. 117 del 1988 non determina un obbligo di astensione in capo ai giudici la cui condotta si assume causativa del danno³⁵), sarebbe invece un errore se la magistratura ordinaria, chiamata ad applicare la legge, finisse per “neutralizzare” anche questa volta

una legge che cerca ragionevolmente di dare attuazione al principio di responsabilità dello Stato e dei suoi funzionari sancito dall’art. 28 Cost. e, insieme, di estendere la riparazione degli errori giudiziari, prevista dall’art. 24, comma 4, Cost.

35. Cfr. ancora Cass. pen., sez. VI, sentenza 23 aprile 2015 n. 16924.

La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete

di *Enrico Scoditti*

La riforma della fattispecie di responsabilità per colpa grave è affetta da una contraddizione fondamentale: l'interpretazione di norme di diritto e la valutazione del fatto o delle prove, che sono il fatto costitutivo della responsabilità euro-unitaria, non possono esserlo per il comune illecito giudiziario. Il lavoro dell'interprete deve mirare, per ciò che concerne il comune illecito giudiziario, a svuotare le diverse figure di colpa grave di ogni possibile riferimento all'interpretazione del diritto o alla valutazione del fatto. L'eliminazione poi della "negligenza inescusabile" dalla fattispecie di responsabilità incide, per ciò che concerne l'accertamento del fatto, sulla stessa legittimazione, sociale ancor prima che istituzionale, della funzione giudiziaria.

1. L'originaria ambiguità della fattispecie di responsabilità per colpa grave

Il programma della riforma della legge sulla responsabilità civile dei magistrati (l. n. 117 del 1988) è enunciato dall'art. 1 della l. 27 febbraio 2015, n. 18: le modifiche sono volte «al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea». Le contraddizioni partono da qui. Il bilanciamento fra il principio costituzionale d'indipendenza della magistratura (artt. 101, 104 e 108 Cost.) e quello di responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato (art. 28 Cost.), che il precedente regime garantiva, si basava sul fatto che elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità civile del magistrato non dovesse essere l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto o delle prove. Sono invece fatti costitutivi della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea l'interpretazione del diritto e la valutazione del fatto e della prova imputabile all'organo giurisdizionale. Come si disse nel caso *Köbler* (Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01), è proprio nell'esercizio dell'attività interpretativa che può verificarsi una violazione manifesta

del diritto comunitario ed una siffatta violazione può avere luogo anche in sede di valutazione del fatto e delle prove, sia perché l'applicazione delle norme di diritto può dipendere da tale valutazione, sia perché costituisce attività interpretativa la stessa applicazione delle norme sulle prove. Così come accade nel caso di responsabilità euro-unitaria per omessa o infedele attuazione di direttiva, l'illecito non è dell'organo, giudice o legislatore, ma dello Stato. L'esercizio delle funzioni tipiche dell'organo legislativo o di quello giudiziario può essere fonte di responsabilità civile perché, dal punto di vista dell'Unione europea, ciò che rileva non è l'organo ma lo Stato nella sua unità quale Stato membro.

Riformare la responsabilità per illecito giudiziario attraverso il paradigma della responsabilità euro-unitaria dello Stato vuol dire intaccare la funzione giudiziaria perché significa considerare fatto costitutivo della responsabilità civile ciò che invece connota la funzione, l'interpretazione del diritto e la valutazione del fatto o della prova. Lo scopo di rendere "effettiva" la responsabilità civile dei magistrati è stato perseguito attraverso un mezzo estraneo a quella responsabilità. Si spiega così perché sia stata apportata una modifica, modesta ma significativa, alla clausola di salvaguardia. Il riconoscimento nell'art. 2 che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo

a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove» risulta ora preceduto da «fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo». In base alla precedente formulazione della disposizione era chiaro che le ipotesi tipizzate di colpa grave non costituissero interpretazione di norme di diritto o valutazione del fatto e delle prove. Ora l'inciso "fatti salvi" farebbe propendere per la conclusione opposta: anche le ipotesi tipizzate di colpa grave costituiscono interpretazione di norme di diritto o valutazione del fatto e delle prove, suscettibili però di determinare la responsabilità civile. Si tratta peraltro di norma puramente definitoria e irrilevante ai fini della portata precettiva dell'art. 2. La fonte della responsabilità per i casi di colpa grave tipizzati dall'art. 2, comma 3, è infatti rappresentata dalla previsione contenuta nel primo comma del medesimo art. 2 («chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali»).

Parte da qui il duro lavoro dell'interprete nel tentativo di ricondurre a conformità a Costituzione la nuova disciplina, a salvaguardia del corretto bilanciamento fra indipendenza e responsabilità. Dal punto di vista ermeneutico deve restare fermo che i casi di colpa grave non costituiscono interpretazione di norme di diritto o valutazione del fatto e delle prove, attività sottratte alla responsabilità civile in quanto identificative della funzione giudiziaria, salvo il caso della violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, nel quale la compatibilità di responsabilità ed esercizio dell'attività interpretativa discende dall'assorbimento dell'illecito dell'organo giudiziario in quello dello Stato considerato nella sua unità.

2. L'eliminazione della "negligenza inescusabile" dalla fattispecie di responsabilità

La Corte di giustizia (Corte giust. 24 novembre 2011, causa C-379/10) aveva ritenuto incompatibile la disciplina nazionale con il diritto dell'Unione europea sia per la limitazione ai soli casi di dolo o colpa grave della responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, sia per l'esclusione di tale responsabilità qualora la violazione risultasse da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti o prove. Quanto a quest'ultimo aspetto il primo passo del legislatore, come si è appena visto, è sta-

to quello della modifica testuale della disposizione sulla clausola di salvaguardia. La prima ragione di incompatibilità è stata invece superata liberando la fattispecie di responsabilità dal requisito della "negligenza inescusabile" e facendo coincidere la colpa grave con la stessa violazione del diritto dell'Unione europea, oltre che con altre ipotesi tipizzate di responsabilità (violazione manifesta della legge, travisamento del fatto o delle prove, affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione).

La "negligenza inescusabile", prima elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, è ora respinta nell'area dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato prevista dall'art. 7. La scissione di colpa grave e negligenza inescusabile ha determinato l'allargamento delle fattispecie di responsabilità per violazione (prima grave, ora manifesta) di legge, nonché per affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento, non più limitate dalla negligenza inescusabile (cui si è aggiunto il travisamento del fatto o delle prove). Venuto meno questo limite non si è avuta però solo la dilatazione della fattispecie di responsabilità, ma qualcosa di più, che tocca in particolare l'accertamento del fatto.

Come è noto, in base all'art. 4 della l. n. 117 del 1988 l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. La legge non distingue fra il caso di conferma e quello di caducazione del provvedimento lesivo. Per l'ipotesi della conferma non può sfuggire che l'azione risarcitoria, venuto meno il requisito della negligenza inescusabile, avrebbe il medesimo oggetto di un giudicato che ha escluso l'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento o il travisamento del fatto o delle prove. Si avrebbe così un puro processo al processo, con un effetto sociale di delegittimazione del sistema di controlli endoprocessuale.

Nel caso di caducazione del provvedimento lesivo il presupposto dell'azione risarcitoria è il carattere non satisfattivo del rimedio impugnatorio nel senso che il danno deve essere configurabile nonostante il venir meno per effetto dell'impugnazione del provvedimento fonte di pregiudizio. La presenza della negligenza inescusabile impediva ogni automatismo fra

il rimedio della revocazione e il rimedio risarcitorio nel senso che l'affermazione o negazione di un fatto in contrasto con gli atti del procedimento accertata in sede di revocazione non era di per sé fatto costitutivo dell'illecito giudiziario dovendo essere accertato l'ulteriore elemento determinante della negligenza inescusabile. Venuto meno quest'ultimo elemento si pongono le basi dell'automatismo fra revocazione e giudizio risarcitorio, facendo di quest'ultimo l'appendice finale di un'unitaria catena procedimentale. L'eliminazione della fase di ammissibilità della domanda di cui all'art. 5 esclude ancora in modo più netto ogni soluzione di continuità fra strumento processuale di controllo del provvedimento ed azione risarcitoria.

Per il giudizio di diritto può reputarsi sussistente ancora una qualche discontinuità fra rimedio fisiologico di controllo del provvedimento giudiziario e azione risarcitoria. Resta infatti il limite della qualificazione di "manifesta" violazione di legge. La sostituzione di "grave" con "manifesta" è chiaramente il portato dell'influsso della giurisprudenza euro-unitaria. Si tratta di un limite che non ha l'efficacia interrottiva della sequenza impugnazione/risarcimento che la negligenza inescusabile possedeva, ma che tuttavia implica una valutazione ulteriore rispetto alla mera violazione di legge, considerando i criteri richiamati dalla norma al fine di stabilire il carattere manifesto della violazione (grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché inescusabilità e gravità dell'inosservanza). Per l'accertamento dei fatti, invece, ed in particolare per il travisamento del fatto o delle prove, ovvero per l'affermazione o negazione di un fatto in contrasto con gli atti del procedimento, l'azione risarcitoria si confonde con i rimedi fisiologici di controllo dei provvedimenti giudiziari, come ulteriore anello di una catena procedimentale, diventando quasi un momento della fisiologia del processo.

È vero che l'azione di responsabilità è proposta nei confronti dello Stato e non del magistrato. È vero anche che l'azione di rivalsa resta soggetta al limite della negligenza inescusabile, e per di più resta limitata ad un minor numero di ipotesi di colpa grave (violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea e travisamento del fatto o delle prove). Ma se si considera che la responsabilità dello Stato discende dal rapporto organico fra l'ufficio del giudice e lo Stato, come affermato dalla Corte costituzionale (sentenza 19 gennaio 1989, n. 18), e che dunque l'illecito è pur sempre un illecito giudiziario e non dello Stato in quanto tale, è indubbio che l'automatismo fra mezzo di impugnazione e giudizio risarcitorio per ciò che concerne il travisamento del fatto o delle prove, ovvero per l'affermazione o negazione di un fatto in contrasto con gli atti del procedimento, incida non tanto sul magistrato persona fisica, quanto sulla stes-

sa funzione giudiziaria concepita come articolazione dello Stato.

È la morfologia della funzione giudiziaria che subisce un mutamento perché l'esercizio della funzione viene sottoposto al giudizio di responsabilità civile *sic et simpliciter* senza la presenza di criteri qualificanti sul piano della responsabilità. Che i poteri autoritativi siano sottoposti ad un processo di civilizzazione, nel senso della sottoposizione alla regola di responsabilità per i danni cagionati ai privati, è ormai un'acquisizione irreversibile del *rule of law*. Ma quella responsabilità presuppone criteri di attribuzione che interrompano il nesso con la fisiologia della funzione, in modo da evitare che la responsabilità civile costituisca la prosecuzione del sistema di controlli del pertinente ordinamento istituzionale e l'istituzione perda il volto autoritativo che la connota. La riduzione dell'autorità ad un comune *civis* è possibile solo a condizione che venga introdotto un criterio di attribuzione della responsabilità per i danni che ecceda il mero piano delle patologie della funzione affidate ai comuni controlli istituzionali (significativi in tal senso sono i modi in cui si è andata configurando la responsabilità della pubblica amministrazione per violazione degli interessi legittimi). La negligenza inescusabile nel precedente regime aveva questo compito. Ora, nel caso del travisamento del fatto o delle prove, ovvero dell'affermazione o negazione di un fatto in contrasto con gli atti del procedimento, si realizza una piena continuità fra il rimedio impugnatorio ed il rimedio risarcitorio senza alcuna soluzione di continuità, senza cioè che la negligenza inescusabile interrompa il nesso con il circuito della funzione e dei relativi controlli. La responsabilità civile diventa l'appendice del pertinente ordinamento istituzionale e sul piano soggettivo l'autorità giudiziaria non è più distinguibile dal comune *civis*. È in gioco, a questo punto, la stessa legittimazione, sociale ancor prima che istituzionale, della funzione giudiziaria.

3. I compiti dell'interprete

Sul momento dell'interpretazione, come può intendersi facilmente, si concentra il complesso delle questioni. Il compito primario dell'interprete è quello di salvaguardare il bilanciamento fra il principio costituzionale di indipendenza della magistratura e quello di responsabilità che il vecchio art. 2 assicurava. Per far ciò è necessario stabilire una netta cesura fra interpretazione di norme di diritto e valutazione del fatto o delle prove ed i casi di colpa grave (salva l'ipotesi della responsabilità euro-unitaria, di cui interpretazione di norme di diritto e valutazione del fatto e delle prove sono elementi costitutivi). Si deve quindi operare per sottrazione, e definire

le diverse figure di colpa grave svuotandole di ogni possibile riferimento all'interpretazione del diritto o alla valutazione del fatto. La linea di demarcazione da stabilire è quella fra percezione e interpretazione o valutazione.

Muovendo dalla "violazione manifesta della legge" bisogna chiarire come possa tale nozione essere tenuta separata dal campo dell'interpretazione. I criteri euro-unitari, menzionati dall'art. 2, comma 3-bis (grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché inescusabilità e gravità dell'inosservanza), danno contenuto alla nozione di colpa grave, permettono di valutare se la violazione sia "manifesta", ma non definiscono il concetto di violazione del diritto nazionale. La questione definitoria si pone non per quei provvedimenti che, in forza del carattere abnorme, come i provvedimenti non previsti da norme vigenti, siano facilmente ascrivibili alla violazione manifesta di legge (dove il giudizio di abnormità implica che sia stato già effettuato il test relativo all'inescusabilità e gravità dell'inosservanza). Allo scopo di determinare il concetto, sottraendovi l'attività d'interpretazione di norme giuridiche, bisogna ricorrere alla distinzione fra disposizione e norma.

La disposizione è il puro enunciato linguistico in sé per sé considerato, denudato dell'attività interpretativa e privo di significato normativo. Il suo significato, prima dell'intervento dell'interprete, è puramente linguistico. La disposizione trapassa in norma grazie all'interpretazione. La norma è così il significato normativo che si estrae dall'enunciato linguistico, corrispondente alla disposizione, grazie all'interpretazione. Il senso linguistico del testo segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretare in modo conforme alla Costituzione una norma, della cui costituzionalità si dubita, si arresta per cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale. Ebbene, "violazione manifesta della legge" riguarda la disposizione, non la norma, e corrisponde all'inosservanza del significato linguistico della disposizione. Non è attività interpretativa in senso proprio, ma percezione della portata semantica della disposizione. Violazione di legge è quindi definibile, sul piano concettuale, come travisamento linguistico della disposizione. Per valutare se l'elusione dell'enunciato linguistico sia manifesta, risponda cioè a colpa grave, deve valutarsi il grado di chiarezza e precisione della disposizione e l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza. Quando però ci spostiamo sul piano del diritto dell'Unione europea, dovendo interpretare la norma in modo conforme al *dictum* del giudice sovranazionale, bisogna fare riferimento non all'enunciato linguistico ma alla norma ed alla sua interpretazione.

Passando alle ulteriori ipotesi di colpa grave, "travisamento delle prove" è nozione distinta da quella di "valutazione delle prove". Per la sua definizione può

farsi riferimento alla giurisprudenza sull'art. 606 lett. e) cpp, la quale ha chiarito che il travisamento della prova non tocca il livello della valutazione, ma si arresta alla fase antecedente dell'errata percezione di quanto riportato dall'atto istruttorio (Cass. 12 dicembre 2012, n. 9338, M.). È errore sul significante, che si traduce nell'utilizzo di un risultato di prova inesistente (o incontestabilmente diverso da quella reale), e non sul significato della prova (Cass. 21 gennaio 2011, n. 18542, C.). In coerenza a quanto rilevato a proposito della violazione manifesta di legge, si può affermare che, manifestandosi anche le prove in enunciati linguistici, il travisamento concerne il misconoscimento dei dati linguistici, e dunque il livello percettivo che precede la valutazione. Quest'ultima interviene in una fase successiva, quando, delimitato il campo semantico, si aprono le diverse opzioni valutative. Così definita la nozione di "travisamento delle prove", essa intercetta un ambito che conserva dei margini di distinzione da quello di affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento.

Quella che non pare possibile è l'*actio finium regundorum* fra "valutazione del fatto" e "travisamento del fatto". In primo luogo, proprio la giurisprudenza sull'art. 606 lett. e) cpp ci ricorda che il travisamento del fatto implica la valutazione delle risultanze processuali, motivo per il quale il vizio non è deducibile innanzi alla Corte di cassazione (da ultimo Cass. 14 febbraio 2012, n. 25255, M.). Il punto critico risiede soprattutto nella dissociazione della nozione di travisamento del fatto da quella di affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento, e nella necessità quindi di identificare per il travisamento uno spazio fra la valutazione del fatto e l'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti, profilo quest'ultimo attinente alla percezione della realtà, e non al suo apprezzamento.

Le due nozioni, ditravisamento del fatto e di affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento, in realtà convergono. Ne è una conferma l'art. 2 d.leg. 23 febbraio 2006 n. 109, sugli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, che contiene il riferimento solo al «travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile». Costante è poi nella giurisprudenza civile la riconducibilità del travisamento del fatto all'errore revocatorio di cui all'art. 395 n. 4 cpc (Cass. 9 gennaio 2007, n. 213; 18 novembre 2004, n. 21870; 16 marzo 2003, n. 9626). La ricaduta a questo punto nell'attività di valutazione del fatto pare inevitabile. L'area della percezione risulta tutta occupata dall'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti, e non resta che la zona (successiva alla percezione) della valutazione. Né può ritenersi il travisamento un mero doppiopione dell'errore revocatorio, stante l'innammissibilità

del richiamo in una fattispecie legale ad un elemento normativamente irrilevante. Lo sdoppiamento che l'art. 2, comma 3, ha stabilito fra travisamento del fatto e affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento incrina in modo serio il bilanciamento fra il principio costituzionale di indipendenza della magistratura e quello di responsabilità perché invade il campo della valutazione del fatto, istituzionalmente affidato al libero convincimento del giudice. Quando il senso linguistico della disposizione non consente altre vie, e tale ci sembra il caso del travisamento del fatto, la questione di legittimità costituzionale diventa attuale. Si consideri peraltro che la previsione nell'attuale art. 7 del travisamento del fatto, e non dell'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti, comporta che la rivalsa sia esercitabile non nei limiti dell'errore revocatorio (se così fosse sarebbe stata contemplata l'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti) ma nell'ipotesi più lata, date le implicazioni valutative, di travisamento.

4. I problemi irrisolti dal punto di vista della responsabilità euro-unitaria

La procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per la non conformità al diritto Ue della l. n. 117 del 1988 è stata archiviata dalla Commissione europea con decisione del 26 marzo 2015. La futura applicazione della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati potrà portare però nuove tensioni data la contraddizione di fondo che mina il testo legislativo: l'interpretazione di norme di diritto e la valutazione del fatto e delle prove, che sono il fatto costitutivo della responsabilità euro-unitaria, non possono esserlo per il comune illecito giudiziario. Quanto alla violazione manifesta del diritto, per certi versi si è andati anche al di là di quanto l'Unione europea aveva richiesto, ed il riferimento è alla previsione nell'art. 2, comma 3-bis, che introduce quale criterio per stabilire se sussista la violazione manifesta del diritto Ue il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia. Le tensioni potranno aversi invece per ciò che concerne l'accertamento del fatto.

Come si è visto, nella misura in cui rifluisce nella violazione manifesta del diritto anche la valutazione del fatto, dal punto di vista euro-unitario, può essere fonte di responsabilità e la Corte di giustizia esige per l'appunto una disciplina che non escluda la responsabilità dello Stato per valutazione di fatti o prove. Il travisamento del fatto, quale nozione evocatrice della valutazione del fatto, come abbiamo poc'anzi dimostrato, garantirebbe la compatibilità euro-unitaria

della disciplina. Il punto è che proprio quale nozione allusiva alla valutazione del fatto ingenera in modo fondato un dubbio di legittimità costituzionale della norma per ciò che concerne il comune illecito giudiziario. Nella misura in cui è coerente alla pretesa euro-unitaria il travisamento del fatto è gravemente sospetto di incostituzionalità. Si tratta di una contraddizione da cui non è agevole venir fuori. La nozione di travisamento del fatto è peraltro il risultato di un compromesso non riuscito. Non si poteva parlare apertamente di valutazione del fatto, perché la presenza del comune illecito giudiziario non lo avrebbe consentito. Si è quindi ripiegato sul travisamento del fatto, ma la mancanza di spazio rispetto all'errore revocatorio già contemplato dall'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti, ha comportato l'inevitabile confluenza nell'area della valutazione. Tutto questo sempre che un domani la Corte di giustizia non ritenga insufficiente la stessa nozione di travisamento del fatto per la presenza di dimensioni della valutazione del fatto che il travisamento non può evocare.

Resta con chiarezza aperto un problema di adempimento del *dictum* sovranazionale per quanto riguarda il travisamento delle prove. Il travisamento non attiene al piano della valutazione, ma a quello precedente della percezione. Resta quindi fuori l'ambito della valutazione della prova che, nella misura in cui rifluisce in violazione manifesta del diritto vigente, dovrebbe integrare un'ipotesi di responsabilità dal punto di vista euro-unitario. Le sorti della compatibilità euro-unitaria della disciplina dovrebbero essere affidate a questo punto alla possibilità di interpretare in modo conforme al diritto dell'Unione europea la norma, e cioè intendere travisamento come incidente sul piano della valutazione della prova, ma bisogna superare il senso linguistico della disposizione, cosa non agevole, dato che travisamento è qui chiaramente relativo alla fase della percezione, e non a quella successiva della valutazione (senza dire poi che, ove si acceda ad una simile interpretazione, essa dovrebbe valere solo nei limiti della responsabilità euro-unitaria, mentre per quanto concerne il comune illecito giudiziario si dovrebbe restare al naturale significato della disposizione, che è quello della percezione antecedente la valutazione, pena l'introduzione di un dubbio di legittimità costituzionale).

«Rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», come recita l'esordio della l. n. 18 del 2015, ha voluto dire cadere in irrisolte antinomie. Anziché procedere attraverso l'indebita commistione di illecito giudiziario ed illecito euro-unitario dello Stato, sarebbe stato sufficiente introdurre una norma che sottraesse al regime della l. n. 117 del 1988 la respon-

sabilità euro-unitaria dello Stato imputabile ad organo giurisdizionale di ultimo grado (sempre che non si fosse puntato più ambiziosamente ad una legge organica sulla materia della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea). Si sarebbe potuto procedere liberamente sul piano dell'illecito dello Stato senza i vincoli dell'illecito giudiziario, modellando però pur sempre la rivalsa su quella

prevista per il comune illecito giudiziario (a garanzia del bilanciamento di indipendenza e responsabilità e per rispetto del canone di ragionevolezza quanto al raffronto con l'analoga disciplina in materia di responsabilità civile del magistrato). E non si sarebbe alterato quell'equilibrio fra indipendenza della magistratura e responsabilità che la vecchia l. n. 117 garantiva.

Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria ¹

di *Giovanni Amoroso*

La recente riforma della responsabilità dei magistrati ha, tra l'altro, eliminato il cd "filtro" già previsto dall'art. 5 della legge n. 118 del 1988, ora abrogato, che prescriveva, in via preliminare e con rito camerale, la previa verifica dell'ammissibilità della domanda risarcitoria. Ci si interroga in ordine alla legittimità costituzionale di tale abrogazione esprimendo dubbi - alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia - in ordine alla compatibilità con le garanzie della giurisdizione: soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), indipendenza della magistratura (art. 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) e terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, secondo comma, Cost.).

1. La legge 27 febbraio 2015, n. 18, che ha modificato la disciplina della responsabilità civile dei magistrati, è stata occasionata - e formalmente giustificata - dalla decisione della Corte di giustizia 24 novembre 2011, c-379/10, che, pronunciandosi nella vicenda che riguardava la liquidazione della società Traghetti del Mediterraneo, ha accolto il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana ed ha affermato che quest'ultima - escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave ai sensi dell'art.2, commi 1 e 2, della legge n.117/1988 - è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado.

La Corte di giustizia ha così confermato il proprio

orientamento secondo cui, in ragione di un generale principio di responsabilità degli Stati nell'attuare il diritto dell'Unione, è azionabile nell'ordinamento nazionale una pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione a seguito di pronunce giurisdizionali anche del giudice di ultima istanza e quindi anche in caso di formazione del giudicato secondo le regole processuali nazionali (come già affermato in generale da Corte giust. 30 settembre 2003, c-224/01, Köbler c. Repubblica d'Austria, e da Corte giust. 13 giugno 2006, c-173/03, Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica italiana).

A tale sentenza della Corte di giustizia del 2011 si è dato seguito con la cit. legge n. 18/2015 prevedendo però non già l'autonoma azionabilità di una pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato, bensì agganciando quest'ultima alla disciplina della responsabilità dei magistrati, di talché è stata introdotta espressamente la violazione del diritto comunitario nel catalogo delle ipotesi di "colpa grave" del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni (art. 2, comma 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117, come sostituito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 18/2015); catalogo che ora pre-

1. Questo scritto riprende la tematica trattata nella relazione presentata per la tavola rotonda sulla responsabilità civile dei magistrati, organizzata dall'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata, tenutasi il 27 maggio 2015 nell'aula magna della Corte di cassazione.

vede appunto “la violazione manifesta [...] del diritto dell’Unione europea”.

In realtà non era proprio questo che voleva la Corte di giustizia, la quale anzi aveva ammonito che la responsabilità dei giudici, più o meno ampia che sia secondo gli ordinamenti nazionali, è altra cosa, affermando in termini inequivocabili (cfr. Corte giust. 30 settembre 2003, c-224/01, Köbler c. Repubblica d’Austria): «Per quanto riguarda l’indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato».

2. Ma tant’è: la responsabilità dei magistrati è stata ampliata alla violazione manifesta del diritto dell’Unione europea e, con l’occasione, anche ad altre fattispecie (tutte quelle del nuovo catalogo introdotto dall’art. 2 l. n. 18/2015 che ha novellato il terzo comma dell’art. 2 l. n. 117/1988).

Va però sottolineato che la responsabilità per violazione del diritto comunitario e più in generale l’allargamento della responsabilità dei magistrati sono rimasti comunque nell’alveo dei principi portanti della legge del 1988 sia quanto al canone dell’azione risarcitoria diretta solo nei confronti dello Stato (secondo l’art. 7 il magistrato risponde non già direttamente nei confronti del danneggiato, ma solo in sede di rivalsa azionata dallo Stato che, in forza di un titolo giudiziale o stragiudiziale, abbia risarcito il danno provocato a terzi dal provvedimento del giudice), sia quanto al carattere necessariamente sussidiario di tale azione risarcitoria (prescrive l’art. 4, comma 2, che l’azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell’ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno). Principi questi che, unitamente al cd “filtro” (previsto dall’art. 5, ora abrogato, che prescriveva, in via preliminare e con rito camerale, la previa verifica dell’ammissibilità della domanda risarcitoria), realizzavano il bilanciamento - costituzionalmente necessario, come ritenuto dalla Corte costituzionale - tra responsabilità dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione.

Già in sede di ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 cpc la Corte costituzionale (sent. n. 26 del 1987) ebbe ad affermare che «la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente

dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell’autonomia delle sue funzioni»

Anche successivamente C. cost. 19 gennaio 1989 n. 18, ribadendo C. cost. 15 maggio 1974 n. 128 e 3 aprile 1969 n. 60, ha sottolineato che «la disciplina dell’attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest’ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla “libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”».

Insomma la previsione di un’azione di responsabilità civile con siffatte connotazioni peculiari costituiva (e costituisce) attuazione – nei limiti della specialità dell’attività del giudice – del precetto costituzionale (art. 28 Cost.) che vuole che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici siano direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti, mentre allo Stato e agli enti pubblici si estende tale responsabilità civile; norma questa che la Corte costituzionale ha ritenuto essere applicabile anche ai magistrati con rinvio alla legge ordinaria (C. cost. 14 marzo 1968 n. 2, 3 febbraio 1987 n. 26, 19 gennaio 1989 n. 18, 5 novembre 1996 n. 385). La specialità del regime della responsabilità civile dei magistrati rispetto a tale canone (art. 28 Cost.) si giustifica perché esso entra in bilanciamento con i valori del Titolo IV della seconda Parte della Costituzione nella misura in cui tra i principi fondamentali che governano la magistratura vi sono quello della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), quello dell’indipendenza della magistratura (art. 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) e quello della terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, secondo comma, Cost.).

3. Questo bilanciamento (art. 28 Cost. *versus* artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, 108 secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.) si reggeva su tre pilastri (azione solo di rivalsa e non già diretta; sussidiarietà di quest’ultima e quindi anche della prima; filtro di ammissibilità), dei quali quest’ultimo - il filtro di ammissibilità - è ora venuto meno a seguito dell’abrogazione dell’art. 5 l. n. 117/1988 ad opera dell’art. 3, comma 2, l. n. 18/2015.

L’ago della bilancia si è spostato accentuando la responsabilità dei giudici ed arretrando rispetto alle garanzie costituzionali della giurisdizione.

Ci si chiede allora, in particolare, se sia legittima, in termini di legalità costituzionale, l’eliminazione del “filtro” che concorrevano a realizzare quel bilanciamento in passato realizzato tra responsabilità dei giudici

e garanzie costituzionali della giurisdizione, ritenuto adeguato e quindi legittimo dalla giurisprudenza costituzionale (a partire da C. cost. n. 18 del 1989, cit.).

4. La finalità protettiva del filtro era realizzata mediante l'emersione rapida dell'eventuale inammissibilità della domanda per difetto dei presupposti processuali o per manifesta infondatezza (la cui non ricorrenza era prevista anch'essa come preliminare valutazione di ammissibilità). Il procedimento, in camera di consiglio, aveva una scansione precisa incentrata su uno snodo iniziale: il giudice istruttore, alla prima udienza, rimetteva le parti dinanzi al collegio che era tenuto a provvedere entro i successivi quaranta giorni deliberando sulla ammissibilità/inammissibilità della domanda.

Se la domanda era ritenuta ammissibile perché erano stati rispettati i termini e le condizioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 l. n. 117/1988 (all'esito della verifica in rito dei presupposti processuali) e se la domanda non poteva ritenersi manifestamente infondata (secondo una delibazione sommaria e preliminare del merito), il tribunale dichiarava ammissibile la domanda e disponeva la prosecuzione del processo. La fase della verifica dell'ammissibilità si chiudeva qui non essendo possibile alcuna impugnazione nei confronti del decreto che avesse dichiarato ammissibile la domanda (C. cost., ord., 29 gennaio 2005 n. 67).

Se la domanda era invece ritenuta inammissibile dall'adito tribunale (per difetto dei presupposti processuali o perché ritenuta, *in limine*, essere manifestamente infondata), l'inammissibilità era dichiarata con decreto motivato, impugnabile nei modi e con le forme di cui all'art. 739 cpc (quindi nel termine di dieci giorni) innanzi alla corte d'appello che si pronunciava anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quaranta giorni dalla proposizione del reclamo; il termine per proporre ricorso per cassazione era ridotto a trenta giorni; la Corte di cassazione era tenuta a decidere entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti.

Questo era in sintesi il meccanismo del filtro, ossia della necessaria previa verifica dell'ammissibilità/inammissibilità della domanda.

Cosa cambia ora per il giudice una volta eliminato il filtro di inammissibilità?

Fermo restando che il giudice non poteva essere chiamato in causa - e non può esserlo tuttora come continua a prevedere l'art. 6 l. n. 117/1988 - ma ha diritto alla previa comunicazione del procedimento da parte del presidente del tribunale e gli è riconosciuta la facoltà di intervenire, si ha però che prima della modifica in esame, quando si distingueva tra la fase dell'ammissibilità e quella del merito, il giudice poteva valutare in modo differenziato la sua esi-

genza difensiva e poteva ben rimanere alla finestra, senza intervenire nella fase dell'ammissibilità, perché questa era appunto riservata alla sola valutazione dell'ammissibilità della domanda, rinviando il suo possibile intervento alla eventuale fase successiva, quando, dichiarata ammissibile la domanda, questa era destinata alla valutazione nel merito (di accoglimento o di rigetto della pretesa risarcitoria), senza peraltro che fosse precluso il riesame dell'ammissibilità. Ciò comportava che inizialmente - e per tutta la fase preliminare dell'ammissibilità - il giudice ben difficilmente assumeva la qualità di parte nel giudizio di responsabilità civile e che la controversia fosse effettivamente, in questa fase iniziale, *res inter alios*.

Nella seconda fase, ove il tribunale avesse ritenuto la ammissibilità della domanda, non essendo questa impugnabile, si schiudeva l'iter di un giudizio ordinario e prendeva corpo per il giudice il rischio di dover subire un'azione di rivalsa. In questa fase - ed essenzialmente solo in questa fase - l'interesse all'intervento del giudice, al quale si addebitava dalla parte attrice la causazione di un danno ingiusto per colpa grave (o dolo), diventava concreto e la causa, una volta spiegato l'intervento (adesivo rispetto allo Stato convenuto e resistente nel giudizio avente ad oggetto la pretesa risarcitoria), cessava di essere *res inter alios*. Infatti è comunque parte nel giudizio l'interveniente adesivo, che sostiene le ragioni di una delle parti in causa e segnatamente, nella fattispecie, della parte convenuta contrastando le ragioni della parte attrice; si determina in ogni caso la situazione di una "causa pendente" che costituisce presupposto dell'astensione obbligatoria del giudice (art. 51, primo comma, n. 3, cpc), ed, in sua mancanza, della possibilità di ricasazione (art. 52 cpc), in ogni causa civile in cui il giudice possa trovarsi ad essere chiamato a pronunciarsi sulla parte attrice. Parallelamente anche nel processo penale si determina una situazione altresì valutabile al fine dell'astensione obbligatoria del giudice (art. 36, comma 1, lett. d ed h, cpp), ed, in sua mancanza (quanto alla lett. d), della possibilità di ricasazione (art. 37 cpp), in ogni processo in cui il giudice possa trovarsi ad essere chiamato a pronunciarsi sulla parte attrice nei limiti in cui, per essere il giudice intervenuto in causa ed aver contrastato la pretesa della parte attrice, la pendenza della causa civile con l'indagato o l'imputato possa qualificarsi come situazione di "grave inimicizia".

L'eliminazione del filtro di ammissibilità ha ora l'effetto di rendere immediata, per qualsiasi iniziativa giudiziaria diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, anche se manifestamente infondata o inammissibile per difetto dei presupposti processuali, ed in ipotesi meramente pretestuosa e strumentale, la possibilità dell'insorgere di questa situazione rilevante al fine della astensione o ricasazione del giudice, a

seguito del suo intervento in causa, anche se la parte attrice non può chiamare in causa il giudice asseritamente autore del danno ingiusto.

Nel regime precedente la legge n. 18/2015 - quando c'era il "filtro" - si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 22 luglio 2014, n. 16627) che ha affermato che la "causa pendente" tra giudice ricusato e danneggiato ricusante non può essere costituita dal giudizio di responsabilità di cui alla legge n. 117/1988, che non è un giudizio nei confronti del magistrato, bensì nei confronti dello Stato, e che quindi «non può ritenersi ricorrente l'ipotesi di cui all'art. 51 cpc, comma 1, n. 3, in quanto non può tecnicamente affermarsi la pendenza di una causa tra la parte ricusante e il giudice ricusato».

Analogamente - nel nuovo regime della legge n. 18/2015 - la Sesta sezione penale (Cass. pen., sez. VI, 18 marzo 2015, n. 16924) ha ritenuto che «il magistrato la cui condotta professionale sia stata oggetto di una domanda risarcitoria *ex lege* n. 117/88 non assume mai la qualità di debitore di chi tale domanda abbia proposto. Ciò per l'assorbente ragione che la domanda (anche dopo la legge n. 18/2015) può essere proposta solo ed esclusivamente nei confronti dello Stato (salvi i casi di condotta penalmente rilevante, art. 13). Né la eventualità di una successiva rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, nel caso in cui quell'originaria azione si sia conclusa con la condanna dell'Amministrazione, muta la conclusione, perché i presupposti e i contenuti dell'azione di rivalsa sono parzialmente diversi da quelli dell'azione diretta della parte privata nei confronti del solo Stato (art. 7; artt. 2 e 3)».

In realtà nel momento in cui il giudice spiega intervento (adesivo) in causa *ex art.* 105, secondo comma, cpc si determina una situazione di "causa pendente" che riguarda il giudice interveniente e la parte attrice, entrambi parti della stessa causa. L'interveniente adesivo diventa parte del giudizio ed anzi a seguito dell'intervento adesivo volontario si configura un litisconsorzio necessario processuale sicché - si è ritenuto in giurisprudenza (Cass., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8350) - la causa deve considerarsi inscindibile nei confronti dell'interveniente. Conseguenza che la controversia civile promossa dal danneggiato che faccia valere nei confronti dello Stato la pretesa risarcitoria per il danno ingiusto asseritamente subito a causa dell'attività del giudice è sì *res inter alios*, ma solo inizialmente se (e fin quando) non c'è l'intervento del giudice.

Insomma la mancanza del filtro di ammissibilità *ex art.* 5 ha come conseguenza che anche in riferimento ad iniziative concretantisi in azioni risarcitorie inammissibili (perché mancanti dei presupposti di legge o perché manifestamente infondate) si ha un processo ordinario che pone subito al giudice l'alternativa tra

intervenire nel giudizio - determinando quella situazione di "causa pendente" con la parte attrice con le rilevate conseguenze in termini di astensione obbligatoria o di ricusazione nel giudizio civile (seppur con i temperamenti che discendono dall'interpretazione adeguatrice dell'art. 51, n. 3, cpc indicata da C. cost. 1 luglio 1993 n. 298 che ha escluso un rigido automatismo), e con conseguenze che potrebbero essere non dissimili nel processo penale nei termini suddetti in ragione dell'esigenza di interpretazione adeguatrice dell'art. 36, primo comma, lett. d) ed h), c.p.p. alla luce del novellato art. 111, secondo comma, Cost., che pone la terzietà ed imparzialità del giudice come un diritto fondamentale della parte, il cui rispetto è imprescindibile per garantire l'attuazione del giusto processo (cfr. C. cost. 20 aprile 2000 n. 113) - oppure non intervenire astenendosi dall'esercitare la facoltà che l'art. 6 l. n. 117/1988 gli accorda così da lasciare che la causa di responsabilità civile rimanga *res inter alios*, ma in tal modo rinunciando ad esercitare il suo diritto di difesa (pur presidiato dall'art. 24 Cost.) a fronte di una domanda inammissibile

Né la necessaria postergazione dell'azione di responsabilità civile all'esaurimento dei mezzi di impugnazione (secondo il canone di sussidiarietà di cui al cit. art. 4, comma 2, l. n. 117/1988) argina questo effetto. Essa appartiene alle condizioni di ammissibilità della domanda; sicché un'azione "prematura", promossa ad arte prima della proposizione e dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione e prima che si esaurisca la fase in cui l'attività del giudice è stata posta in essere, è sì inammissibile, ma, in mancanza di filtro di ammissibilità, dà comunque luogo ad un ordinario giudizio in cui il giudice può intervenire; giudizio che nei suoi vari possibili gradi ha una durata certamente maggiore di quello mirato (nel precedente regime del filtro) alla sola previa verifica dell'inammissibilità della domanda *ex art.* 5 l. n. 117/1988.

Astrattamente c'è quindi la non remota possibilità per la parte di porre i presupposti, ove il giudice intervenga in causa, per rendere incompatibile, in senso lato, e quindi ricusabile il giudice "non gradito".

5. Gli effetti dell'eliminazione del filtro di ammissibilità quanto al verificarsi dei presupposti dell'astensione e della ricusazione del giudice appaiono tali da alterare il bilanciamento tra il principio di responsabilità del giudice per i provvedimenti che emette (art. 28 Cost.) e le garanzie costituzionali della giurisdizione (artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, 108 secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.).

Oltre a richiamare la giurisprudenza costituzionale sopra citata, mette conto evidenziare in particolare che C. cost. n. 18/1989 cit. ha precisato: «la previsio-

ne del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5 l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni “manifestamente infondate”, che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l’astensione e la ricasazione». L’agevole argomento *a contrario* che se ne può trarre già conduce a ribadire l’indispensabilità del filtro.

Anche C. cost. n. 298/1993 ha ritenuto che la previa deliberazione prevista dall’art. 5 cit. circa la eventuale inammissibilità per manifesta infondatezza della domanda di risarcimento dei danni assertivamente provocati nell’esercizio della attività giurisdizionale trova la sua ragione d’essere nella peculiare ed autonoma esigenza di evitare che la possibilità di un indiscriminato ingresso di pretese risarcitorie (seppur nei confronti dello Stato, ma con azione di rivalsa nei confronti del giudice) induca remore o timori nell’esercizio dell’attività giurisdizionale per il rischio di azioni temerarie od intimidatorie.

In più occasioni quindi la giurisprudenza costituzionale, vuoi riferendosi direttamente al filtro in termini di indispensabilità del presidio processuale, vuoi sottolineandone la funzione di garanzia dell’indipendenza del giudice, ha mostrato di ritenere che esso costituiva un elemento importante e decisivo per l’adeguatezza del bilanciamento tra responsabilità civile del giudice e garanzie costituzionali della giurisdizione.

Ciò è emerso con evidenza ancora maggiore quando, in passato, la Corte è stata chiamata a scrutinare una fattispecie di responsabilità civile senza filtro qual è ora quella attualmente vigente.

Rileva, al fine della verifica di compatibilità dell’art. 3, comma 2, l. n. 18/2015 con le garanzie della giurisdizione, soprattutto la cit. sentenza n. 468 del 1990 della Corte costituzionale perché è una pronuncia dichiarativa di illegittimità costituzionale che si riferisce proprio ad una fattispecie di responsabilità civile senza filtro, quale era quella che connotava il periodo *ante* 16 aprile 1988, data di entrata in vigore della legge n. 117/1988; periodo in cui infatti non operava alcun filtro né quello poi previsto dall’art. 5 l. n. 117/1988 (perché introdotto successivamente con effetti *ex nunc*), né il vecchio art. 56 cpc abrogato per effetto del referendum del 1987 (perché – secondo l’interpretazione che ne diede C. cost. n. 468 del 1990 cit. troncando il dibattito che pure si era subito aperto sulla questione – tale disposizione non poteva conservare una sua residuale applicabilità dopo il referendum del 1987). La Corte, che si è appunto pronunciata in riferimento alla disciplina dei giudizi promossi dopo l’effetto abrogativo del referendum (differito al 7 aprile 1988 *ex art.* 2 l. n. 332/1987) per fatti anteriori al 16 aprile 1988 (data di entrata in vigore della l. 117/88), ha riconosciuto il rilievo costituzionale di

un meccanismo di “filtro” della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle «condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati» che «la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono» (cfr. anche C. cost. n. 2 del 1968 e n. 26 del 1987, cit.).

La Corte pone in rilievo di aver ribadito già in sede di giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo la indispensabilità di un “filtro” a garanzia della indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale; sicché – osserva la Corte – la mancata previsione, nel contesto dell’art. 19 della legge n. 117 del 1988, di una norma a tutela dei valori di cui agli artt. 101-113 della Carta costituzionale determina un *vulnus* – prima ancora che dei suddetti parametri – del principio di non irragionevolezza implicato dall’art. 3 della Costituzione.

La conclusione è stata che l’art. 19 cit. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva che il tribunale competente, con rito camerale e conseguente applicazione degli ordinari reclami ed impugnazioni, verificasse la non manifesta infondatezza della domanda ai fini dell’ammissibilità dell’azione di responsabilità nei confronti del magistrato promossa successivamente al 7 aprile 1988, per fatti anteriori al 16 aprile 1988, data di entrata in vigore della legge n. 117/1988.

In tal modo la Corte, con una pronuncia additiva, ha costruito un “filtro” laddove mancava, peraltro in un contesto in cui la responsabilità civile del giudice era configurata in termini assai restrittivi per essere ancora operante, *ratione temporis*, l’abrogato art. 55 cpc, norma questa che invece, per la sua natura sostanziale, continuava ad applicarsi, in ragione del regime della successione delle leggi nel tempo, alle condotte e alle attività pregresse poste in essere dal magistrato prima dell’entrata in vigore della legge n. 117/1988: la responsabilità era diretta sì, ma limitata alle sole ipotesi dell’art. 55 cpc (dolo, frode o concussione e denegata giustizia a seguito di apposita istanza).

Ora che la responsabilità del giudice, seppur indiretta in via di rivalsa dello Stato, è configurata in termini decisamente più ampi per essere stati estesi i casi di colpa grave (quelli di cui al novellato art. 2 della legge n. 117/1988, ora comprensivi anche del “travisamento del fatto o delle prove”), la mancanza di un filtro di ammissibilità induce – *a fortiori* rispetto alla fattispecie scrutinata da C. cost. n. 468/1990 – quanto meno a dubitare della legittimità costitu-

zionale della norma abrogatrice (art. 3, comma 2, l. n. 18/2015) in riferimento alla garanzia di terzietà ed indipendenza dei giudici di cui agli artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, 108, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.. In tal senso peraltro la questione di costituzionalità risulta essere già stata sollevata dai giudici di merito (Trib. Treviso 8 maggio 2015, in *Federalismi.it*, 2015, n. 1, e Trib. Verona 12 maggio 2015, in *Questionegiustizia.it*).

L'ammissibilità della questione di costituzionali-

tà per essere "a rime obbligate" il *petitum* del giudice rimettente in termini di auspicata *reductio ad legitimitatem* – requisito richiesto dalla giurisprudenza costituzionale – sarebbe comunque avvalorata anche dalla considerazione che un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, l. n. 18/2015 – per avere tale norma una portata meramente abrogatrice (e non già sostitutiva o modificativa) dell'art. 5 l. n. 117/1988 – avrebbe come conseguenza quella di far rivivere la norma abrogata.

La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative

di *Francesco Dal Canto*

L'Autore affronta il tema della responsabilità civile dei magistrati alla luce della legge n. 18 del 2015, che sottopone ad esame esegetico. Si osserva che tale disciplina deve rispondere ad una finalità sia riparatoria, sia preventiva, da porsi in bilanciamento con il principio di indipendenza del giudice. La precedente legge n. 117 del 1988, secondo l'A., meritava di essere superata, poiché si era rivelata del tutto inefficace. In questa direzione viene largamente circoscritta la clausola di salvaguardia e sono ridefinite in senso più ampio le ipotesi di colpa grave. La nuova normativa si segnala per avere distinto tra i casi di responsabilità dello Stato e quelli di responsabilità personale del giudice, ma, a parere dell'A., si presta a rilievi di incostituzionalità per la parte relativa alla soppressione del filtro di ammissibilità dell'azione.

1. I valori costituzionali in gioco

A distanza di ventisette anni dall'entrata in vigore della legge Vassalli, il Parlamento italiano, incalzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha approvato una nuova disciplina in tema di responsabilità civile dei magistrati; o meglio, di responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato.

Malgrado la sicurezza mostrata in molti ambienti politici, giudiziari e anche accademici nel denunciare ora il carattere manifestamente punitivo della nuova disciplina ora invece la sua eccessiva morbidezza, la verità è che un giudizio complessivo davvero attendibile sulla novella legislativa è assai complicato e potrà essere utilmente dato soltanto *a posteriori*, alla luce della futura prassi giudiziaria¹, tante sono le soluzioni che potranno essere adottate dalla giurisprudenza in un contesto normativo caratterizzato da apprezzabili margini di indeterminatezza.

Occorre riconoscere, peraltro, che la delicatezza delle scelte compiute dal legislatore deriva in buona parte dalla particolare eterogeneità degli interessi costituzionali dalle stesse coinvolti. Sembra utile, allora, richiamarli.

La principale finalità che deve essere associata ad una disciplina della responsabilità civile non può non collegarsi ad un'esigenza di tipo riparatorio, da soddisfare attraverso l'introduzione di strumenti idonei a garantire al cittadino il diritto di azione finalizzato ad ottenere un risarcimento per i danni ingiustamente subiti, in conformità agli artt. 24 e 28 Cost.

Ma non basta. La legge sulla responsabilità civile dei magistrati deve rispondere anche a un'esigenza più generale, di natura in senso lato preventiva, volta, com'è stato detto, ad «alimentare il senso di legalità, cura e diligenza dei soggetti operanti per conto dello Stato»². Tale interesse trova riconoscimento, oltre che nell'art. 97 Cost., nello stesso art. 28 Cost., laddove

1. Come esattamente sottolineato dal Capo dello Stato, Sergio Mattarella, nel suo discorso ai giovani magistrati tenuto al Quirinale l'8 marzo 2015, quando Egli ha osservato che «della nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati andranno attentamente valutati gli effetti concreti della sua applicazione».

2. A. M. Sandulli, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in A. Giuliani e N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica*, III, Perugia, 1978, 465 ss.

tale disposizione introduce, in parallelo alla responsabilità dello Stato, anche il principio della responsabilità diretta del funzionario, ponendo lo stesso in rapporto immediato con il cittadino-utente.

I predetti interessi, poi, devono essere soppesati alla luce della peculiare posizione del magistrato, con la conseguenza che la responsabilità civile dovrà essere regolata in modo tale da non incidere sulla sua indipendenza, di cui agli artt. 101 e 104 Cost., cosicché lo stesso non abbia a subire condizionamenti esterni nel momento in cui si appresta a rendere giustizia, a presidio della sua imparzialità e della sua libertà di giudizio.

Infine, la legge sulla responsabilità civile deve tenere conto della peculiarità della funzione giurisdizionale, manifestazione diretta della sovranità dello Stato, tanto da far dubitare, in passato, che dalla stessa potesse derivare qualsiasi forma di attività illecita produttiva di un danno, anche in considerazione del carattere di cosa giudicata tipico della sentenze giurisdizionali³. Ciò che si traduce, oggi, nella necessaria attenzione che il legislatore deve mostrare a non trasformare l'azione di risarcimento in una sorta di grado ulteriore della giurisdizione - che ha in sé, connotata, la possibilità dell'errore, alla cui eliminazione sono preordinati gli ordinari mezzi di impugnazione - e ad evitare possibili azioni in serie o artificiose, con conseguenti disfunzioni della macchina della giustizia elusione alla certezza del diritto.

L'individuazione di un ragionevole equilibrio tra queste molteplici tensioni, tutte di rilievo costituzionale - cui non è indifferente anche il tipo di giudice che si è andato definendo nell'ordinamento, in equilibrio tra i due modelli tradizionali alternativi del giudice professionale e del giudice funzionario - deve condurre il legislatore a operare la scelta più adeguata anche, e soprattutto, in termini di graduazione tra responsabilità dello Stato per fatto del magistrato e responsabilità personale di quest'ultimo, atteso che le due differenti declinazioni della responsabilità incidono in modo diverso sugli interessi costituzionali appena richiamati.

2. La giurisprudenza costituzionale tra richiami espliciti e affermazioni profetiche

La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di fornire numerosi spunti in linea con quanto appena osservato.

Innanzitutto, in linea generale, la Corte ha avuto modo di riconoscere la «conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità del suo esercizio», dal momento che «gli artt. 101, 102, 104 e 108 della Costituzione non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione»⁴.

In particolare, poi, il Giudice delle leggi, nel ritenere applicabile anche ai magistrati il principio generale sancito dall'art. 28 Cost., pur con specifico riguardo ai previgenti artt. 55 ss. cpc, ha affermato che «l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale»; e ancora, che «la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione *super partes* del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità, ma non tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei pubblici impiegati»⁵.

La giurisprudenza costituzionale, inoltre, ha segnalato anche un importante corollario del principio della responsabilità civile dello Stato-giudice, rimasto per molti anni sostanzialmente in ombra e solo negli ultimi tempi rivalutato e riconosciuto come quasi «profetico»⁶. Se è vero, infatti, che, ai sensi dell'art. 28 Cost., la responsabilità dello Stato deve obbligatoriamente scattare nel caso in cui venga accertata la responsabilità del magistrato autore del danno, tuttavia, per la Corte, niente impedisce alla giurisprudenza, nei casi in cui il giudice non è responsabile, di «trarre il diritto al risarcimento in altre norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)»⁷.

3. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2012, 196.

4. Cfr. sent. n. 385/1996.

5. Cfr. sent. n. 2/1968. In senso analogo v. anche sent. n. 18/1989.

6. S. Panizza, *La responsabilità civile del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2009, 196.

7. Cfr. ancora sent. n. 2/1968.

In altre parole, il Giudice delle leggi, da molto tempo, ha qualificato la responsabilità dello Stato per fatto del giudice e la responsabilità del giudice come due forme di responsabilità parallele ma non necessariamente coincidenti, prospettando dunque l'eventualità che alla prima possa essere associato un ambito di applicazione più ampio. L'art. 28 Cost., in definitiva, nell'introdurre il principio del parallelismo tra responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato, nel senso che laddove è responsabile il primo deve essere responsabile anche il secondo, non esclude affatto che il legislatore possa integrare tale previsione definendo specifiche ipotesi con riguardo alle quali la responsabilità dello Stato va oltre quella dei suoi funzionari.

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale consentono di apprezzare con maggiore sicurezza gli interessi costituzionali, numerosi ed eterogenei, che devono essere contemperati, le finalità che, conseguentemente, vanno riconosciute ad una disciplina di questo tipo, e infine la più adeguata combinazione tra responsabilità diretta del giudice e responsabilità dello Stato.

In particolare, se la finalità di tipo riparatorio-compensativo è soddisfatta allo stesso modo tanto dalla responsabilità diretta del giudice che dalla responsabilità dello Stato per fatto del giudice, l'ulteriore finalità, di carattere general-preventivo, risulta poter essere realizzata soltanto se, almeno in una certa misura, la responsabilità dello Stato è associata ad una qualche forma di responsabilità anche diretta del magistrato.

A questo proposito, è possibile immaginare due aree di diversa ampiezza: a quella più ristretta può farsi corrispondere l'ambito di applicazione della responsabilità personale del giudice, da bilanciare principalmente con il principio costituzionale di indipendenza e autonomia della magistratura; ad un'area invece potenzialmente più ampia può essere associata la responsabilità dello Stato-giudice, da bilanciare con l'esigenza di funzionalità della macchina della giustizia e della certezza del diritto; quest'ultima area, a propria volta, non potrà che essere comunque più ristretta rispetto a quella che caratterizza la responsabilità civile degli altri funzionari pubblici.

3. Le sollecitazioni della giurisprudenza comunitaria

La dottrina si è opportunamente soffermata sul rapporto tra la nuova legge e la pregressa giurisprudenza comunitaria⁸. Altrettanto si è fatto negli ambienti politici, sovente per scaricare sulla Corte di Lussemburgo, facendole passare come obbligate, scelte politiche delicate e divisive, ancorché rientranti nella discrezionalità del legislatore.

Senz'altro la Corte di giustizia ha rappresentato la molla che è riuscita a vincere l'inerzia del Parlamento italiano, ma occorre precisare, pur in estrema sintesi, in che modo i suoi orientamenti⁹ hanno effettivamente impattato sull'ordinamento italiano.

Per la Corte di Lussemburgo, in particolare, la legge n. 117/1988 non forniva alcuna garanzia che, in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea determinata da un provvedimento emesso da un organo giudiziario di ultima istanza, fosse possibile per il cittadino danneggiato esercitare il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito. Tale obiettivo, infatti, era reso di fatto impraticabile dalla scelta del legislatore italiano di escludere la responsabilità dello Stato per i danni imputabili ad un organo giudiziario qualora tale violazione fosse derivata da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti (clausola di salvaguardia) e fosse stata posta in essere aldilà dei casi di dolo e colpa grave.

Da notare, in particolare, che il Giudice europeo si è rivolto all'ordinamento italiano esclusivamente con riguardo a due profili. In primo luogo, quello della responsabilità dello Stato per i danni provocati dal giudice, senza mai entrare nella questione, unicamente interna, di un'eventuale responsabilità diretta di quest'ultimo; in secondo luogo, quello della violazione manifesta del solo diritto dell'Unione europea, e non del diritto interno.

Quanto al primo profilo, è il caso di sottolineare che la Corte di giustizia ha così inserito nel dibattito sulla riforma della legge italiana un ulteriore argomento a sostegno di una modifica orientata ad introdurre una più netta distinzione tra responsabilità dello Stato e responsabilità del giudice.

Quanto al secondo, la prospettiva aperta dalla predetta giurisprudenza non poteva non porre il problema di armonizzare le conseguenze della violazione manifesta del diritto dell'Unione europea

8. Su cui, da ultimo, v. G. Campanelli, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati: l'impatto delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e il profilo (problematico) dell'eliminazione del filtro di ammissibilità*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore del prof. Gaetano Gaetano Silvestri*.

9. Cfr. Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/2001, *Kobler*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4ss. e Corte giust. 13 giugno 2006, causa C-173/2003, *Soc. Traghetti del Mediterraneo*, *ivi*, 2006, IV, 417ss. e Corte giust. 24 novembre 2011, causa C-379/2010, *Commiss. Ue c. Gov. Italia*, *ivi*, 2012, IV, 13ss.).

con quelle, non chiamate direttamente in causa, riguardanti la violazione del diritto interno, dovendo il legislatore, quanto meno, valutare la potenziale irragionevolezza di una disciplina nazionale che avesse previsto, nei due casi, delle conseguenze giuridiche diverse¹⁰; e ciò sia dalla prospettiva del danneggiato, che sarebbe stato titolare di un diritto al risarcimento ad intensità variabile, sia sul piano ordinamentale, mal giustificandosi, alla luce del dovere di osservanza delle leggi di cui all'art. 54 Cost., che la violazione del diritto dell'Unione europea potesse produrre conseguenze diverse da quella del diritto interno. Senza contare, poi, il piano dell'effettività, risultando sovente assai arduo, date le frequenti interconnessioni tra ordinamento statale e ordinamento dell'Unione europea, distinguere tra le due diverse inosservanze.

4. La legge 18/2015 e la sostanziale soppressione della clausola di salvaguardia

Veniamo dunque al testo della recente riforma.

La nuova legge conferma l'impianto della normativa previgente: una responsabilità congiunta dello Stato e del magistrato, con possibilità tuttavia di chiamare a rispondere, nel caso di danno ingiusto derivante da un provvedimento giudiziario adottato con dolo, colpa grave o denegata giustizia, in via diretta soltanto lo Stato, tranne in caso di reato, con successiva rivalsa di quest'ultimo nei confronti del magistrato. L'azione di risarcimento mantiene il suo carattere sussidiario, potendo essere promossa soltanto dopo che sono stati esperiti tutti i mezzi ordinari di impugnazione.

L'obiettivo che si è posto il legislatore è duplice ed esplicitato nella legge¹¹, laddove essa, nel suo primo articolo, indica quale finalità quella di «rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea». Dunque, da una parte si tenta di dare risposta alle sollecitazioni della giurisprudenza comunitaria, di cui si è appena riferito, anche per mettersi al riparo da ulteriori,

future condanne; dall'altra, partendo da un implicito giudizio di inidoneità della normativa precedente, ci si pone il problema di rendere maggiormente efficace la disciplina della responsabilità per fatto del magistrato e di conseguenza più effettiva la tutela dei singoli dinanzi agli errori dei giudici.

Del resto, che la legge n. 117/1988, in parte a causa della sua inadeguata formulazione e in parte in ragione dell'interpretazione che delle sue norme ha fornito la giurisprudenza, sia stata una disciplina quasi del tutto inapplicata è un dato pressoché incontestabile, se è vero che, fino a tutto il 2014, vale a dire in circa ventisei anni di vigenza, su quattrocento azioni intentate, soltanto in sette casi si è giunti al riconoscimento del diritto al risarcimento¹².

La legge n. 18/2015 introduce numerose e rilevanti novità, sia sul piano sostanziale che su quello processuale.

Cominciando dal primo profilo, deve sottolinearsi l'estensione dell'area del danno risarcibile, che ora comprende non soltanto i danni patrimoniali e quelli non patrimoniali derivanti da una ingiusta privazione della libertà personale, come avveniva in vigenza della legge n. 117/1988, ma anche ogni altra ipotesi di danno non patrimoniale.

La novità di maggiore impatto, peraltro, deriva dal combinato di due fondamentali modifiche: una attiene alla riduzione dell'ambito di applicazione della cd clausola di salvaguardia, l'altra alla ridefinizione delle ipotesi di colpa grave.

Si tratta di aspetti diversi ma tra loro sostanzialmente collegati. Ai sensi della disciplina del 1988, com'è noto, l'interpretazione delle norme di diritto e la valutazione dei fatti e delle prove non potevano mai dar luogo a responsabilità del magistrato (art. 2), mentre le ipotesi di colpa grave erano tassativamente individuate in una serie di fattispecie, tutte caratterizzate dalla circostanza di essere determinate da negligenza inescusabile (art. 3). Il combinato delle due previsioni, come interpretate dalla Corte di cassazione, aveva condotto, con particolare riguardo all'ipotesi, più delicata, della grave violazione della legge, ad un risultato in forza del quale potevano dar luogo a responsabilità soltanto le violazioni così macroscopiche da risultare sostanzialmente aberranti¹³.

10. A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia della Ue del 24 novembre 2011, sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur.cost.*, 2011, 4724s.

11. R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2015.

12. Cfr. G. Campanelli, *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in ID. (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 53ss. e C. M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati 13 aprile 1988, n. 117, e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2015.

13. Corte cass., sent. n. 11593/2011.

Da qui la sostanziale inapplicabilità della legge; da qui la novella del legislatore.

Con specifico riguardo alla clausola di salvaguardia, essa viene mantenuta dalla novella ma la sua applicazione viene esclusa nei casi di dolo o colpa grave.

Si tratta di una soluzione condivisibile ma non priva di ambiguità.

Se è vero che la giurisprudenza costituzionale aveva avuto modo di valorizzare tale previsione, ritenendola essenziale per garantire l'autonomia della magistratura nel momento in cui essa esprimeva l'essenza stessa dell'attività giurisdizionale¹⁴, era pur vero che, nella lettura che la Corte di cassazione aveva finito per accogliere, fondata di fatto sul presupposto che qualsiasi attività giurisdizionale poteva essere ricondotta ad un'opera interpretativa del magistrato, tale clausola aveva finito per innalzare una sorta di sfera insuperabile di immunità a favore dei giudici¹⁵. Sono ricorrenti, nella giurisprudenza di legittimità, le affermazioni per cui la formula di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 117 «non è suscettibile di letture riduttive, in quanto è giustificata dal carattere ampiamente valutativo dell'attività del giudice a tutela di un bene primario quale l'indipendenza giudiziale»¹⁶.

Con la riforma vengono dunque meno gli effetti sostanzialmente «paralizzanti» che caratterizzavano la precedente normativa. Ciò precisato, è difficile tuttavia comprendere quale spazio residui oggi per la sua applicazione. Se è vero, infatti, che le sole ipotesi di responsabilità del giudice, ai sensi dell'art. 2 della legge, sono quelle che derivano da un provvedimento giudiziario posto in essere con dolo o colpa grave ovvero per diniego di giustizia, e che la clausola di salvaguardia non opera nei primi due casi («fatti salvi i commi 3 e 3 bis ed i casi di dolo»), ne consegue che lo spazio residuo di applicazione della stessa sembra coincidere con la sola ipotesi della denegata giustizia, ai sensi dell'art. 3 della legge. Ma, se così è, si tratterebbe di casi rispetto ai quali l'esigenza di preservare l'attività interpretativa del giudice appare piuttosto debole; di conseguenza, la sensazione è che tale clausola sia ormai diventata una sorta di riferimento simbolico, una bandiera che era conveniente non rimuovere ma alla quale non pare corrispondere più alcuna effettiva sostanza¹⁷.

Con riguardo poi alla non applicabilità della clausola di salvaguardia alle ipotesi di dolo, la novità sembra piuttosto condivisibile ma di scarso impatto, almeno prendendo per buona la nozione fino ad oggi accolta dalla giurisprudenza secondo la quale esso consiste non nella semplice volontarietà dell'azione che si assume dannosa, bensì nella «diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri, e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente»¹⁸. Con la conseguenza che, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità del giudice, dovrà essere l'attore a fornire la prova della predetta consapevolezza. Ciò che rende appunto tale prospettiva piuttosto irrealistica.

5. La ridefinizione delle ipotesi di colpa grave

La previsione circa la non applicabilità della clausola di salvaguardia anche alle ipotesi di colpa grave deve essere letta unitamente alla scelta del legislatore di riformulare le fattispecie tipiche in cui la stessa si sostanzia, attraverso la codificazione di precisi indici rilevatori volti a realizzare l'obiettivo di rendere maggiormente oggettiva la determinazione dell'area della responsabilità.

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge n. 18/2015, in particolare, costituisce ora colpa grave la violazione manifesta del diritto statale o dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o ancora la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge.

La differenza più rilevante rispetto alla disciplina previgente è rappresentata dall'eliminazione del riferimento alla negligenza inescusabile del giudice, con conseguente soppressione di ogni riferimento alla dimensione soggettiva della colpa, con tutto ciò che ne consegue in relazione alla difficoltà e aleatorietà del suo apprezzamento.

14. Corte cost., sent. n. 18/1989.

15. Cfr. R. Romboli, *Un riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit.

16. Corte cass., sent. n. 25123/2006.

17. Cfr. M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

18. Corte di cass., sent. n. 24370/2006.

La negligenza inescusabile implicava, per la giurisprudenza di legittimità, un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 cc, nel senso che la Cassazione riteneva che la colpa si dovesse presentare come "non spiegabile", vale a dire priva di aggancio alcuno con la peculiarità della vicenda da cui essa era scaturita¹⁹. Ancora, per la Suprema corte la negligenza inescusabile comportava «una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e una trascuratezza così marcata e ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità», la quale, più in concreto, doveva concretizzarsi «in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo legislativo». Infine, l'interpretazione accolta dal giudice non era mai ritenuta frutto di negligenza inescusabile se rientrava «in un'ampia gamma di possibili opinioni interpretative della norma in oggetto, tali da non consentire di intravederne, non tanto l'erroneità, quanto l'evidente abnormità»²⁰.

L'innovazione è dunque notevole. Con la nuova formulazione si prescinde da qualsiasi valutazione di tipo soggettivo sull'operato del giudice, dandosi rilievo unicamente alla circostanza dell'oggettivo perfezionamento di una delle condotte rilevatrici della colpa grave.

E tuttavia, l'obiettivo perseguito dal legislatore non risulta realizzato con la stessa intensità con riguardo a tutte le fattispecie elencate all'art. 2, comma 3. Esso, in particolare, appare significativamente temperato con riferimento all'ipotesi di violazione manifesta della legge, in relazione alla quale, con un esplicito richiamo della giurisprudenza comunitaria, al comma 3bis dell'art. 3 si stabilisce che «ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché

della *inescusabilità* e della gravità dell'inosservanza»²¹ (corsivi aggiunti).

Di conseguenza, l'accertamento della colpa grave per violazione manifesta della legge prescinde dalla negligenza inescusabile del giudice ma deve tener conto della "inescusabilità" dell'inosservanza. Difficile apprezzare in concreto la diversa portata delle due formule; in linea di principio, infatti, si potrebbe ritenere che la negligenza inescusabile abbia una connotazione maggiormente soggettiva rispetto all'inescusabilità dell'inosservanza, ma certamente si tratta di differenze modeste, la cui effettiva consistenza dovrà essere apprezzata in futuro dalla giurisprudenza.

Diverso, invece, è il discorso per quanto riguarda le altre ipotesi di colpa grave, quali il travisamento del fatto e delle prove e l'affermazione o la negazione di fatti in contrasto con quanto incontestabilmente accertato dagli atti del procedimento. In entrambi i casi, infatti, il legislatore ha omesso qualsiasi forma di aggancio a fattori di natura soggettiva, anche se sembra possibile evidenziare una differenza tra le due fattispecie.

La secondaria produce una previsione originariamente presente nella legge Vassalli²², corrispondente, per consolidata giurisprudenza, all'errore di fatto revocatorio (art. 395, n. 4, cpc), accertabile in presenza di una palese svista che si mostri con immediatezza, un vero e proprio "abbaglio dei sensi"²³, che porti a ritenere provato un fatto assolutamente inesistente ovvero, al contrario, non provato un fatto assolutamente certo. Data la rilevante connotazione oggettiva di tale fattispecie, non pare che la soppressione del riferimento alla negligenza inescusabile possa determinare, se non con riguardo a pochi casi clamorosi, un rilevante cambio di rotta rispetto al passato. Com'è stato detto «se l'affermazione o la negazione di un fatto è in contraddizione con le risultanze degli atti del procedimento, e tale contraddizione non è imputabile ad una errata valutazione di quelle risultanze, la negligenza è *in re ipsa*»²⁴.

19. Corte di cass., sent. n. 11593/2011.

20. Corte di cass., sent. n. 7272/2008.

21. Tali criteri vengono integrati, con esclusivo riferimento alla violazione del diritto dell'Unione europea, da quelli riguardanti la mancata osservanza del rinvio pregiudiziale e il contrasto con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr. art. 3, comma 3, seconda parte, legge n. 18/2015). Per un confronto puntuale tra le condizioni richiamate dalla giurisprudenza comunitaria e quelle previste dalla legge n. 18/2015 v. R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit.

22. Non riprodotta nell'originario disegno di legge A.S. n. 1626 - perché evidentemente considerata in un primo momento "assorbita" dall'altra, riguardante il travisamento - e poi reinserita nel corso dei lavori parlamentari.

23. Cons. Stato, V Sez., sent. n. 5347 del 29 ottobre 2014.

24. R. Briguglio, *La responsabilità dell'arbitro al bivio tra responsabilità professionale e responsabilità del giudice*, in *Giust.civ.*, I, 2006, 69.

L'altra ipotesi, invece, riguardante il travisamento dei fatti e delle prove, appare assai più delicata ed equivoca, prestandosi la stessa a diverse opzioni interpretative. Del resto, il termine "travisamento" è di per sé piuttosto ambiguo: esso indica, in linea tendenziale, uno scostamento consistente tra ciò che viene accertato dal giudice e la realtà effettuale, ma solo la giurisprudenza potrà precisare in futuro il livello di "evidenza" che tale scostamento dovrà raggiungere affinché possa essere accertata la relativa responsabilità.

Peraltro, un'eventuale interpretazione restrittiva accolta dalla giurisprudenza potrebbe condurre ad una sostanziale sovrapposizione delle due fattispecie, rendendo del tutto inutile l'innovazione. In questo senso, del resto, potrebbe deporre la circostanza che la formulazione dell'ipotesi del travisamento coincide parzialmente con l'illecito disciplinare previsto dall'art. 2, comma 1, lett. h), del d.lgs n. 109/2006 («travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile»), sovente identificato dalla dottrina proprio con l'errore revocatorio di cui sopra²⁵, vale a dire la supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa o l'affermazione dell'inesistenza di un fatto la cui verità è senz'altro provata negli atti processuali²⁶.

Al contrario, un'interpretazione estensiva di tale fattispecie potrebbe comportare il rischio di un possibile sconfinamento del sindacato sulla responsabilità in un vero e proprio sindacato sul merito dell'attività giurisdizionale. E in questo senso, come è stato osservato²⁷, non è difficile immaginare che proprio da questa via giungerà il maggior numero di cause, con il conseguente rischio di una sovrapposizione sostanziale tra impugnazione del provvedimento giudiziario e giudizio di responsabilità²⁸.

6. L'azione di rivalsa

L'eliminazione del riferimento alla negligenza inescusabile del giudice deve essere poi valutata unitamente alla modifica intervenuta all'art. 7, ai sensi del

quale «il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'art. 2, commi 2, 3 e 3 bis, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile».

Numerosi gli aspetti meritevoli di essere segnalati.

L'azione nei confronti del magistrato deve essere proposta non più entro uno ma entro due anni dal momento dell'avvenuto risarcimento, mentre la misura della rivalsa, come stabilito all'art. 8, è aumentata da un terzo alla metà di un'annualità dello stipendio.

La negligenza inescusabile, pur non costituendo più il presupposto dell'accertamento della responsabilità dello Stato, permane, insieme al dolo, quale presupposto dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato con riguardo ad alcune specifiche ipotesi. È questa una novità da accogliere in linea di principio con favore, nella misura in cui essa conduce a quella separazione tra le due dimensioni della responsabilità (il cd doppio binario) che, come ricordato sopra, è del tutto conforme al quadro costituzionale, in linea con le sentenze della Corte costituzionale e infine giustificata dalla giurisprudenza comunitaria. Tale soluzione appare idonea a realizzare, in altre parole e in linea di principio, un ragionevole bilanciamento tra i molteplici interessi in gioco in tema di responsabilità conseguente all'attività giudiziaria.

E tuttavia non mancano aspetti critici o poco chiari.

In primo luogo, l'azione di rivalsa deve essere obbligatoriamente esercitata da parte del presidente del Consiglio, ad esempio, nel caso di travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile. Ora, poiché l'accertamento in sede giudiziale del travisamento dei fatti, ai fini dell'accertamento della responsabilità dello Stato, prescinde totalmente, a differen-

25. Cfr. V. Fantacchiotti, *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 185.

26. Per G. Fiandaca, *Cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, in *Il Garantista* del 6 marzo 2015, «lo spazio assegnabile al travisamento dovrebbe restringersi a eccezionali e abnormi casi limite di ricostruzione manifestamente e macroscopicamente errata dei fatti e dei dati probatori».

27. M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati.*, cit.

28. Cfr., a questo proposito, la prima ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale adottata il 12 maggio 2015 dal Tribunale ordinario di Verona avente ad oggetto la legge n. 18/2015, la quale, per inciso, nel caso di specie non era oggetto di applicazione, ciò che suscita dubbi circa l'ammissibilità della questione. Nell'ordinanza, in particolare, viene svolta una diffusa argomentazione proprio con riguardo, tra l'altro, alla fattispecie concernente il travisamento dei fatti e delle prove.

za dell'ipotesi della violazione di legge (che richiede, come detto, l'"inescusabilità" dell'inosservanza"), da qualsiasi aggancio a coefficienti di natura soggettiva, il Presidente del Consiglio potrebbe avere pochi elementi da trarre dal provvedimento di condanna ai fini di apprezzare la negligenza inescusabile, la cui sussistenza rappresenta però il presupposto dell'azione di rivalsa.

Se ciò è corretto, escludendo che possa essere discrezionalmente il Governo ad apprezzare, caso per caso, se vi è o se non vi è negligenza inescusabile, ne deriva che l'azione di rivalsa dovrà essere esercitata in automatico, in tutti i casi previsti dall'art. 7, a prescindere dalla negligenza inescusabile, la quale potrà essere accertata soltanto *a posteriori*, in sede di giudizio.

Ancora, se non pare particolarmente innovativa la scelta del legislatore di prevedere esplicitamente l'obbligo del presidente del Consiglio di esercitare l'azione, a fronte della sostanziale coincidenza con la precedente formulazione ai sensi della quale lo Stato «esercita l'azione di rivalsa», balza agli occhi, invece, la circostanza che tale obbligo sia riconnesso soltanto ad alcune, specifiche ipotesi di responsabilità, puntualmente indicate dalla legge (diniego di giustizia ovvero violazione manifesta del diritto o travisamento del fatto o delle prove quando essi risultano determinati da dolo o negligenza inescusabile).

Al contrario, l'azione di rivalsa non dovrà essere esercitata nel caso in cui la condanna dello Stato sia conseguenza di un danno causato dall'affermazione o dalla negazione di fatti la cui esistenza o inesistenza siano incontrastabilmente escluse dagli atti del procedimento, così come pure in caso di una condanna conseguente all'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge o senza motivazione, così come, infine, in tutti i casi di dolo diversi da quelli che si collegano alle fattispecie tipiche elencate all'art. 2, commi 2, 3 e 3bis.

Difficile comprendere la *ratio*, oltre che la ragionevolezza, della selezione operata dal legislatore. Non è facilmente comprensibile il motivo per cui, ad esempio, se un fatto viene travisato ne discende l'obbligo della rivalsa in capo al Governo mentre se un fatto, incontestabilmente provato negli atti processuali, viene negato, tale obbligo non sia previsto. Così come ancor meno comprensibile, anzi quasi stupefacente, è constatare che l'azione di rivalsa non sia prevista ogni qual volta la responsabilità dipenda da un fatto doloso quando lo stesso non è collegato ad una delle fattispecie rivelatrici della colpa grave²⁹.

Inoltre, la formulazione di tale previsione non può non alimentare nell'interprete il dubbio se, con

riguardo alle ipotesi di colpa grave non contemplate nell'art. 7, sia esclusa qualsiasi forma di azione di regresso nei confronti del giudice ovvero se, al contrario, in tali casi l'azione sia da intendersi facoltativa e dunque possa essere esercitata a discrezione del presidente del Consiglio.

Ipotesi, quest'ultima, di gran lunga meno soddisfacente, dal momento che, in assenza di criteri predeterminati, porrebbe il Governo in una posizione del tutto inconciliabile con il principio costituzionale di indipendenza della magistratura.

7. L'eliminazione del filtro di ammissibilità

Sul piano più strettamente processuale la principale innovazione è rappresentata dall'abrogazione dell'art. 5 della legge n. 117, con conseguente soppressione del cd filtro di ammissibilità. Si tratta della novità senz'altro più incisiva, se non altro perché la stessa, a differenza di quelle finora richiamate, non si presta ad essere "interpretata" dalla prassi giurisprudenziale.

Ai sensi della previgente disciplina, in particolare, il tribunale, investito di una domanda risarcitoria per fatto illecito di un magistrato, doveva accertare con proprio decreto l'osservanza dei termini fissati dalla legge a pena di decadenza, la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4 della legge e infine l'eventuale non manifesta infondatezza della domanda. In caso di esito positivo del giudizio di ammissibilità dell'azione risarcitoria, il tribunale disponeva la prosecuzione del giudizio, nonché, solo allora, la trasmissione degli atti al titolare dell'azione disciplinare per i «fatti che avessero dato causa all'azione di risarcimento» (art. 9, comma 1).

Lo scopo del filtro, com'è noto, era quello di limitare il rischio di un'incontrollata proliferazione di cause, magari intentate in modo sistematico dalle parti soccombenti nei giudizi, così tutelando sia il buon andamento della macchina della giustizia sia la serenità del magistrato, in questo modo posto al riparo da possibili azioni pretestuose o addirittura ritorsive, e con essa l'indipendenza nell'esercizio della funzione giudiziaria.

Uno scopo assolutamente apprezzabile, anzi di assoluto "rilievo costituzionale", come esplicitamente sottolineato dalla Corte costituzionale, che ebbe modo di precisare come il controllo preliminare sulla non manifesta infondatezza della domanda «portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie», garantisse «la protezione dei valori di indipendenza e di

29. R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit.

autonomia della funzione giurisdizionale»³⁰. Inoltre, per il Giudice delle leggi la previsione di un filtro di ammissibilità era volta a tutelare «adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possono turbarne la serenità», impedendo allo stesso tempo «di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricasazione» del giudice³¹, ai sensi dell'art. 51, comma 2, cpc e dell'art. 36, comma 1, lett. h), cpp.

È pur vero che le condivisibili valutazioni espresse dalla Corte costituzionale, svolte a ridosso dell'entrata in vigore della legge Vassalli, non avevano potuto giovare dell'esperienza concreta, che negli anni successivi avrebbe fatto registrare un indirizzo giurisprudenziale molto restrittivo, caratterizzato da un utilizzo del giudizio di ammissibilità inteso non tanto come un accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivi della domanda quanto come un vero e proprio giudizio compiuto e di fatto definitivo sul merito delle denunce.

Tale orientamento, del resto, aveva potuto fondarsi sulla formulazione molto ampia dell'art. 5 della legge n. 117, in particolare laddove la stessa, richiamando tra i presupposti di ammissibilità quelli di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge, aveva demandato al giudizio "preliminare" anche la decisione circa l'apprezzamento della clausola di salvaguardia e della colpa grave. La stessa Corte di cassazione, del resto, aveva avuto modo di riconoscere a tale fase del giudizio «il carattere di *cognizione piena e definitiva* in ordine alla configurabilità dei dati contestati, dei requisiti e delle condizioni cui la legge subordina detta responsabilità» (corsivi aggiunti)³². In altre parole, non vi è dubbio che, nella prassi giurisprudenziale, il filtro di ammissibilità è stato di fatto trasformato da un ragionevole meccanismo di

deterrenza nella più efficace causa dell'insuccesso della disciplina.

E tuttavia, se era senza dubbio necessario un intervento su questo fronte, la scelta del legislatore di limitarsi, con un tratto di penna, a sopprimere il filtro appare assai sbrigativa e sicuramente problematica dal punto di vista della sua compatibilità con il quadro costituzionale.

Nelle aule parlamentari deve aver pesato, a favore di tale scelta, più che una volontà punitiva nei confronti dei giudici, una chiara sfiducia circa la loro capacità, in sede di giudizio preliminare camerale, di non far prevalere, come talora era accaduto in passato, atteggiamenti di sostanziale chiusura, che in numerose occasioni sono stati interpretati come difesa corporativa della categoria.

Nella stessa direzione potrebbero essere stati valutati dal legislatore due ulteriori argomenti. In primo luogo, a scoraggiare le azioni pretestuose vale oggi, come ieri, la previsione di cui all'art. 96 cpc, sulle liti temerarie, sebbene tale disciplina abbia ricevuto dalla stessa giurisprudenza un'applicazione tradizionalmente molto blanda³³. In secondo luogo, è pur vero che l'eliminazione del filtro si inserisce oggi all'interno di un contesto normativo diverso, caratterizzato dall'introduzione del richiamato "doppio binario", con un'area di responsabilità del magistrato più circoscritta rispetto a quella riguardante la responsabilità dello Stato; ciò che potrebbe aver indotto a ritenere il riferimento alla pregressa giurisprudenza costituzionale inconfidente ai fini di una valutazione della nuova disciplina³⁴.

Ma tali argomenti, certamente non irrilevanti, avrebbero dovuto suggerire al legislatore un attento ripensamento della disciplina riguardante il giudizio preventivo di ammissibilità, improntandola ad un

30. Cfr. sent. n. 468/1990.

31. Cfr. sent. n. 18/1989.

Il rischio di una vera e propria "pioggia" di ricasazioni era stato paventato dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 18/2015. Di recente, tuttavia, con sent. n. 6924/2015, la sesta sezione penale della Corte di cassazione è intervenuta a mitigare tale rischio: esaminando per la prima volta la nuova disciplina sulla responsabilità dei magistrati, i giudici della Suprema corte hanno sottolineato che l'azione di risarcimento dei danni eventualmente intentata da chi si ritiene danneggiato da un giudice «non costituisce di per sé ragione idonea e sufficiente a imporre la sostituzione del singolo magistrato»; né, per la Cassazione «la proposizione di una serie di azioni di risarcimento intentate nei confronti di più giudici del medesimo ufficio» costituisce «una grave violazione locale idonea a imporre la rimessione del processo».

32. Corte cass., sent. n. 25123/2006.

33. Inoltre, il ricorso all'istituto della lite temeraria, cui comunque si giungerebbe dopo la conclusione del giudizio risarcitorio, potrebbe servire a scongiurare soltanto le ipotesi di manifesta infondatezza della domanda, presupponendo lo stesso un accertamento nel merito circa la «coscienza dell'infondatezza della domanda o delle tesi difensive sostenute» (cfr. Corte di cass., sent. n. 9579/2000), mentre tale soluzione non sarebbe percorribile nei casi di mera inammissibilità della stessa per mancanza dei presupposti richiesti dalla legge.

34. Cfr. F. Biondi, *Una responsabilità più dello Stato che dei magistrati*, cit. e A. D'Aloia, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it.

diverso equilibrio tra i numerosi interessi costituzionali coinvolti. Mai, in effetti, avrebbero potuto giustificare la scelta della sua soppressione *tout court*³⁵.

Preziose indicazioni in questo senso avrebbero del resto potuto trarsi dal parere del Consiglio superiore della magistratura sul disegno di legge A.S. n. 1626, laddove nello stesso si era auspicato che la delibazione preliminare fosse ricondotta entro confini più ragionevoli. Per il Csm, in particolare, il filtro doveva essere utilizzato per «verificare il rispetto della condizioni formali per la proposizione della domanda (ad esempio, il rispetto del termine stabilito dalla legge per l'introduzione del giudizio, ovvero il previo esperimento dei rimedi impugnatori), nonché la non manifesta infondatezza» dell'istanza, dovendosi però escludere che lo stesso potesse continuare in futuro ad estendersi «ai presupposti di cui agli articoli 2, 3, 4 della legge n. 117, vale a dire anche al merito della causa»³⁶.

Si trattava di indicazioni molto ragionevoli, che avrebbero potuto certamente garantire, se accol-

te dal legislatore, un significativo cambio di rotta. Al contrario, sotto tale aspetto, nel cercare il giusto equilibrio tra lo snaturamento del diritto di azione del cittadino e il suo abuso, la riforma sembra essere passata da un eccesso all'altro.

È questo l'esempio più evidente, tra i molti che ho richiamato, della difficoltà di inquadrare la legge n. 18/2015. Tale disciplina pare in effetti animata da intenzioni in larga parte condivisibili e si pone degli obiettivi nel complesso ragionevoli, alcuni dei quali, anzi, avrebbero probabilmente meritato di essere perseguiti in modo più convinto (si pensi all'introduzione del doppio binario tra responsabilità dello Stato e responsabilità del giudice). E tuttavia, le buone idee rischiano di essere messe in ombra dall'adozione di soluzioni approssimative, talora addirittura grezze, e da una redazione nel complesso assai insoddisfacente, che lascia tratti di indeterminatezza e ambiguità che soltanto la prassi giurisprudenziale, probabilmente, potrà in futuro colmare.

35. Cui si «aggiunge» la conferma della previsione di cui all'art. 9, ai sensi del quale i titolari dell'azione disciplinare «devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento»; va da sé che, con la soppressione del filtro preventivo, l'azione disciplinare dovrà essere esercitata contestualmente all'azione di risarcimento e non più dopo l'accertamento giudiziale della sua ammissibilità.

36. Nello stesso parere il Consiglio superiore della magistratura aveva auspicato un'altra modifica, altrettanto condivisibile; vale a dire, distinguere tra il giudice chiamato alla valutazione preliminare di ammissibilità e quello chiamato a decidere la controversia una volta superata la valutazione, sottolineando come «tale distinzione avrebbe il grande vantaggio di far venir meno l'eventuale effetto di trascinamento collegato alla coincidenza, attualmente prevista, tra le due autorità giudicanti».

Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto

di *Elisabetta Cesqui*

Abolizione del filtro e allargamento al travisamento del fatto e delle prove delle ipotesi di responsabilità sono i punti più criticabili della nuova legge sulla responsabilità.

Sull'abolizione del filtro l'equilibrio potrebbe essere ristabilito da un tempestivo intervento della Corte costituzionale. Le deroghe introdotte alla clausola di salvaguardia mettono alla prova la capacità dell'interprete di recuperare una lettura costituzionalmente compatibile della norma, e sarebbe meglio che un intervento della Corte fosse sollecitato dopo aver sperimentato in concreto i limiti della legge.

L'estensione della responsabilità in aree prima riservate in via esclusiva alla valutazione disciplinare, corre poi il rischio di modificare la natura stessa di tale giudizio, che esaurisce i suoi effetti nel rapporto tra il magistrato e l'ordine di appartenenza, per farne un volano di azioni risarcitorie da parte dei privati. Esiste perciò anche un problema di rapporti tra azione disciplinare e indirette conseguenze civilistiche di tale iniziativa e non solo quello del rapporto tra azione civile e promozione obbligatoria dell'azione disciplinare, anche perché a ben vedere questa non può superare la tipizzazione degli illeciti in vigore dal 2006.

L'azione disciplinare dovrà o potrà perciò essere promossa solo nell'ipotesi in cui il fatto oggetto dell'azione civile, quando venga a conoscenza del titolare dell'azione disciplinare, presenti le caratteristiche di notizia circostanziata d'illecito, come previsto dal d.lgs 109/06.

1. Premessa

Con l'approvazione della l. 27 febbraio 2015 n. 18 si è messo un punto fermo, ma probabilmente non definitivo, alla polemica mai sopita e riemergente periodicamente con intensità variabile, che negli ultimi trenta anni ha dato voce alla insoddisfazione generalizzata nei confronti del servizio (spesso inefficiente) reso dalla giustizia, ma anche alla insofferenza per la potenziale pervasività del controllo giurisdizionale in sé, proprio a causa della sua indifferenza rispetto al potere e agli interessi dei soggetti coinvolti. Da parte di alcuni, soprattutto in sede parlamentare e nel dibattito pubblico, l'intervento normativo è stato così tanto caricato di valenze simboliche e ideologiche e si sono tentate in fase di lavori parlamentari formula-

zioni così aggressive, che il risultato finale non poteva essere che oggettivamente inferiore alle aspettative di quelli che pensavano ad una sorta di regolamento dei conti nei confronti dei giudici.

A proiettare un'ombra sulla legge resta l'equivoco di fondo che sta dietro la grande aspettativa per l'adozione di una legge/monito che affonda le radici esattamente nello stesso terreno di coltura che alimentò prima la campagna referendaria e poi l'approvazione della legge del 1988 e restano ferme le contraddizioni interne proprio a tale logica vendicativa, che ha certo mosso parte dei propugnatori della modifica normativa. Tale impostazione infatti non solo è concettualmente viziosa, ma è anche tatticamente errata. Se si volessero davvero leggere le vicende politiche degli ultimi anni come condizionate da un conflitto tra ma-

giustizia e politica alimentato soprattutto dai magistrati e da quelli delle Procure in particolare, occorrerebbe anche prendere atto che la responsabilità civile così come riformata (ed anzi quella da alcuni auspicata, diretta ed inesorabile), diretta a segnare finalmente una inversione di tendenza, fornirebbe, a chi la brandisse come un'arma, uno strumento assai più adatto a colpire i giudici (essendo il travisamento del fatto, che è la maggiore novità tra le fonti di responsabilità, vizio tipico dei provvedimenti decisori) che i Pm (persino in materia di libertà, le cui limitazioni vengono spesso impropriamente ricondotte nel dibattito corrente alla esclusiva iniziativa del Pm). Resta infine, fondamentalmente, l'impropria trasposizione di una responsabilità di natura pubblica sul terreno della responsabilità civile di natura privatistica¹.

Ma fermo tutto ciò, la legge è destinata a produrre i suoi effetti al di là ed indipendentemente dalle polemiche contingenti che ne hanno accompagnato l'approvazione e la sua interpretazione deve prescindere da queste senza assecondarle e senza cercare rivalse ostruzionistiche. I magistrati non devono temere in sé il richiamo ad un più attento rispetto delle regole. Se ragioniamo in termini di prevenzione generale, per la quale ogni sanzione serve ad inibire un comportamento ritenuto inaccettabile, nei limiti in cui la legge inducesse ad un maggior scrupolo nel non fondare una decisione su un fatto non risultante dagli atti o alla verifica scrupolosa della esistenza dei presupposti di legge al momento dell'emissione di una misura cautelare, potremmo criticare l'improprietà dello strumento, ma dovremmo riconoscere la bontà del fine e non potremmo negare la positività del risultato. Il tenore della legge è però di ostacolo ad una così pacificante conclusione soprattutto perché rende più indeterminata l'area dell'illecito, e con ciò rischia di condizionare i giudici, limitandone l'indipendenza.

La legge è censurabile non certo nella parte in cui estende la tutela dei diritti di risarcimento (dando in questa esecuzione alle indicazioni della Corte di giustizia) ma in quella in cui scompostamente riorga-

nizza le aree di sindacabilità dell'attività del giudice e gravemente squilibra il bilanciamento tra responsabilità dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione abolendo il filtro previsto dall'art. 5. Da subito le critiche, anche quelle meno emotive e più riflessive, che ne hanno seguito l'approvazione², pur nelle diverse sfaccettature dell'analisi, hanno individuato come centrali questi due punti critici, oltre al grave rischio di un ripiegamento culturale nell'attività quotidiana dei magistrati³.

Per questo si è parlato della concreta prospettiva di una giurisprudenza difensiva, cioè dell'eccesso di cautela cui può essere indotto il magistrato una volta che le nuove deroghe alla clausola di salvaguardia aprono, in sede di valutazione della responsabilità dello Stato (ma anche del magistrato in sede di rivalsa, se sia riconosciuto il dolo o la negligenza inescusabile nei casi previsti dall'art. 7) spazi non ben definiti al sindacato nel merito delle decisioni, confinando i giudici in un ruolo burocratico di impiegati della giurisdizione. Una giurisprudenza che abdica alla sua funzione.

Se il problema è di ordine culturale diventa perciò fondamentale non soltanto il tipo di reazione di ogni magistrato nel momento in cui proietterà la propria attività quotidiana nel cono di luce dei possibili riflessi in termini di responsabilità, ma anche l'interpretazione stessa che il corpo giudiziario darà della legge, il modo in cui questa prenderà forma come diritto vivente, per l'effetto di conformazione dei comportamenti che da questa discenderà.

2. L'abolizione del filtro, la Corte costituzionale potrebbe intervenire subito

L'abolizione del filtro è stata salutata favorevolmente da chi vi riconosceva il principale ostacolo alla effettività del rimedio assicurato con l'affermazione del principio di responsabilità⁴.

1. Sul punto basta richiamare tutto il dibattito che accompagnò l'approvazione della legge Vassalli e che indicava il terreno disciplinare come quello proprio in cui la responsabilità per l'errore del giudice doveva essere fatto valere e, per l'attualità, la relazione del presidente Rovelli nel corso della tavola rotonda organizzata dalla Formazione decentrata della Corte di cassazione: *Responsabilità civile dei magistrati*. Tavola rotonda – 27 maggio 2015, relazione introduttiva di Luigi Rovelli, interventi di Giovanni Amoroso, Giovanni Canzio, Sergio Di Amato, Giancarlo Montedoro, Alessandro Pajno, Nicola Bruno Sassani.

2. V. la tavola rotonda sopra citata.

3. A tale preoccupazione ha dato ampia voce la giornata di studio organizzata dal Csm e dalla Scuola superiore della magistratura su *La nuova responsabilità civile dei magistrati tra giurisdizione e governo autonomo*, Roma 11-12 giugno 2015. Ne dà conto *Questione giustizia on line* il 3 luglio successivo, http://questionegiustizia.it/articolo/la-riforma-della-responsabilita-civile-dei-magistrati_03-07-2015.php.

4. Consiglio nazionale forense: *Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, l. 27 febbraio 2015 n. 18, dossier di analisi a cura dell'Ufficio studi, n. 3/2015: «L'abolizione del filtro di ammissibilità potrebbe infatti incidere positivamente sull'effettività della tutela risarcitoria assicurata al cittadino ed ovviare alla già segnalata scarsa applicazione della legge n. 117/88 nella vigenza del testo originario.

L'idea stessa che lo scarso numero delle azioni civili sia dipeso dall'arbitrario sbarramento alzato dai magistrati con il filtro e dal defatigante percorso imposto per il solo accesso al giudizio non trova riscontro nei dati reali ed è forse indotta dalla ricerca di una spiegazione tranquillizzante dell'effettivamente esiguo numero delle azioni di responsabilità pervenute a risultato, spiegando così un fallimento che è invece intrinseco ai difetti di impostazione della legge.

Non esistono statistiche omogenee e comparabili, nel corso della discussione parlamentare⁵ sono stati riportati alcuni dati forniti dall'Avvocatura dello Stato e dalla presidenza del Consiglio, peraltro tra loro non coincidenti, che non forniscono però indicazioni significative sul funzionamento del filtro, pur attestando un esito ridottissimo in termini assoluti e percentuali di casi di accertamento con condanna della responsabilità dello Stato a partire dal 2005, che sfiora appena la decina. In sede di audizione avanti alla Commissione giustizia, l'Associazione nazionale magistrati ha sottoposto all'attenzione del Parlamento una ricognizione operata direttamente presso gli uffici giudiziari⁶ dalla quale risulterebbe che l'esiguo numero delle azioni e delle condanne non è condizionato dall'operatività del filtro essendo per lo più le dichiarazioni di inammissibilità derivate da cause evidenti ed oggettive la cui valutazione avrebbe in ogni caso precluso l'ulteriore corso del giudizio, quali il mancato previo esperimento dei mezzi di impugnazione (art 4 c. 2 della legge 117/98, rimasto sotto questo profilo invariato), la proposizione della domanda oltre il termine, la proposizione della domanda avverso soggetti non legittimati (essendo legittimato solo il presidente del Consiglio dei ministri). D'altra parte la base di riferimento è così numericamente esigua da privare di significato rilevazioni statistiche percentuali.

Più difficile appare valutare qualitativamente e quantitativamente l'effetto demotivante della labiosità della procedura e della previsione infausta dell'esito del giudizio sull'effettivo esiguo numero di azioni. Non sembra però irrilevante notare che nel contesto internazionale l'azione di responsabilità nei confronti dei giudici rimane sempre un evento del tutto eccezionale, indipendentemente dalla procedura prevista e che possono aver avuto maggiore incidenza sullo scarso numero di proposizioni delle azioni (che pure nel 2008 sono state dichiarate ammissibile in 109 casi) altri possibili ristori che l'ordinamento prevede per il cattivo funzionamento della giustizia quali quelli previsti dalla legge Pinto e dalla riparazione per ingiusta detenzione.

L'abolizione del filtro espone direttamente il giudice, sia pure come parte eventuale (ma che diventa litisconsorte processuale necessario quando decida di intervenire nel giudizio, determinandosi così una situazione di litispendenza incompatibile con la continuazione della titolarità del procedimento) all'iniziativa della parte con ricadute immediate quanto meno sulla sua serenità di giudizio.

Questo altera significativamente il punto di equilibrio faticosamente raggiunto dalla legge del 1988 e pone evidenti ed immediatamente rilevabili problemi di costituzionalità, operando il filtro quale strumento di bilanciamento tra i valori costituzionali sottesi da una parte all'art. 28 e dall'altra agli artt 101, 104, 108 e 111 della Costituzione, come ha già affermato la Corte, che ne ha riconosciuto non solo la legittimità, ma l'indispensabilità quale opportuno rafforzamento delle cautele nell'accesso al giudizio di responsabilità rispetto al regime riservato in via generale ai pubblici dipendenti⁷.

Per questo non devono ritenersi azzardate le prognosi ottimistiche su un possibile intervento della Corte costituzionale diretto a ristabilire l'equilibrio⁸

5. Camera dei deputati: ddl 1735 AC (disegno di legge Leva ed altri, poi assorbito nel disegno 2738 C.), dossier di documentazione 90/1 del 3 dicembre 2014 .

6. Anm Audizione dei rappresentanti dell'Anm – Commissione giustizia della Camera dei Deputati 10 dicembre 2014 – Proposta di legge C. 2738 (S. 1070 Senatori Buemi ed altri) Disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

7. Per quanto riguarda la non sottrazione dell'attività giurisdizionale all'ambito di operatività dell'art. 28 cost. v. Corte cost n.2/1968, 18/89; 385/1996; per quanto riguarda la funzione del filtro come opportuno rafforzamento della tutela dell'autonomia della giurisdizione e dell'indipendenza dei giudici v.468/1990, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della mancata previsione del filtro, *ratione temporis*, per le azioni di responsabilità promosse successivamente al 7 aprile 1988 (termine finale di differimento degli effetti abrogativi del referendum popolare), per fatti anteriori al 16 aprile 1988 (data di entrata in vigore della nuova normativa) e 18/89: «*va sottolineato che la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5 l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni "manifestamente infondate", che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricasazione*»; ma già con la decisione di ammissibilità del quesito referendario la Corte aveva precisato: «*la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni*». Sent. 26/1987.

8. V. Giovanni Amoroso, su questa Rivista, in questo numero, *Riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato tra buone idee e soluzioni approssimative*.

e le corti di merito sembrerebbero già pronte a muoversi in questa direzione.

Anche volendo evitare esasperazioni interpretative che facciano discendere dalla mera proposizione di un'azione risarcitoria la generalizzata ed automatica necessità di sostituzione del giudice è impossibile non vedere come l'abolizione del filtro di ammissibilità modifichi il quadro, soprattutto se correlato all'ampliamento delle aree di responsabilità. La Corte costituzionale, pronunciandosi in punto di riconsiderazione, ha escluso la incostituzionalità dell'art. 51 n. 3 cpc, che secondo il giudice remittente correva il rischio di innestare meccanismi di arbitraria sostituzione del giudice non gradito attraverso la proposizione di azioni nei suoi confronti, affermando che in ogni caso è possibile una delibazione preliminare della «fittizietà della lite ad arte provocata» ai fini di ritenere la possibilità di astensione/ricusazione del giudice⁹. La Cassazione d'altra parte, dopo l'approvazione della l. 18/15, ha chiarito che l'azione di responsabilità (addirittura quand'anche fosse attivata l'azione di rivalsa) non costituisce mai ragione di rimessione del processo ad altra sede e non impone di per sé la sostituzione del giudice. La promozione dell'azione di responsabilità non instaura infatti un rapporto di credito-debito o una pendenza di giudizio rilevante ex art. 51 c. 1 n 3) cpc ai fini dell'obbligo di astensione, rapporto credito-debito che non discenderebbe neanche dalla promozione dell'azione di rivalsa conseguente al riconoscimento della responsabilità del giudice. Né d'altra parte la proposizione dell'azione di responsabilità, rimessa all'iniziativa della parte, costituisce di per sé né causa di inimicizia grave, né instaurazione di un rapporto debitorio con il magistrato (v. cass. Sez. V, n. 8429 del 10 gennaio 2007), e perciò non consente in quanto tale la riconsiderazione (che potrebbe trovare ragione nel fatto storico che ha dato origine all'azione risarcitoria), ferma restando la possibilità, da valutare caso per caso, della sussistenza di quelle gravi ragioni di convenienza che inducano all'astensione ex art. 36 lett h) cpc «per l'assorbente ragione che in questo caso ogni più ampio apprezzamento rimane attribuito alla giurisdizione, sicché non sussiste alcuna possibilità di automatismo legato alla discrezionale iniziativa della parte (meccanismo strutturalmente non tolle-

rato dal principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge)»¹⁰.

Occorre in ogni caso mettere in conto, pur auspicando un approccio cauto nel solco delle decisioni richiamate, un rilevante aumento delle astensioni, anche a fronte di azioni di responsabilità pretestuose, se, dall'abolizione del filtro e dall'ampliamento delle ipotesi di responsabilità, dovesse discendere una impennata delle azioni risarcitorie. Ciò avrebbe conseguenze non solo sulla effettività del principio del giudice naturale, ma anche sulla celerità dei giudizi e sulla funzionalità degli uffici. Anche per questo il prospettato monitoraggio degli effetti della legge appare quanto mai opportuno.

3. Deroghe alla clausola di salvaguardia – attendere la legge alla prova dei fatti

Ma effetti certo più preoccupanti quanto alla diffusione di una giurisprudenza difensiva possono derivare certamente dalle deroghe ampie alla clausola di salvaguardia, legate ai concetti di «violazione manifesta» «travisamento del fatto e delle prove» che introducono un fattore anticipato di incertezza, e conseguentemente una condizione di timore e soggezione del giudice. Certamente tali effetti saranno tanto più forti quanto più penetrante si farà l'incursione del vaglio di responsabilità nel merito della decisione. L'estensione delle deroghe alla clausola di salvaguardia oltre i limiti della affermazione/negazione di un fatto la cui inesistenza/esistenza emerga incontrastabile dagli atti (già prevista), fino al «travisamento del fatto e delle prove» spinge la possibilità di sindacato su un terreno estremamente scivoloso perché consente la traslazione della valutazione dalla polarità vero/falso a quella logico/illogico, aumentandone la potenziale pervasività.

La questione di legittimità costituzionale, per la lesione che tale traslazione può infliggere al principio di indipendenza, da subito prospettata, è già stata sollevata avanti alla Corte costituzionale con due diverse ordinanze di rimessione¹¹, ma, a parte le legittime riserve in ordine alla ammissibilità della questione sotto il profilo della rilevanza¹², desta perplessità l'opportunità stessa della sua proposizione in questa

9. G. Amoroso, *ivi*.

10. Cass. Sez. VI n. 16924 del 18/3/15.

11. Tribunale di Verona, III sez., ord. 12 maggio 2015 proc in. N. 1920/2013 e Tribunale di Treviso, sez. penale, ord. 8 maggio 2015 in proc. 1727/13, pubblicate su *Questione giustizia online* e ampiamente diffuse.

12. G Verde: *Un questione di legittimità dalle basi fragili*, Guida al diritto, 6 giugno 2015 n. 24.

fase. Sembrerebbe infatti preferibile che il vaglio della Corte non riguardasse le ipotetiche conseguenze di tutte le potenziali interpretazioni, ma quelle in concreto derivanti dalla sua effettiva applicazione. È questione di carattere generale (quella dell'anticipazione dell'intervento della Corte, che alcuni vorrebbero addirittura configurare come un vaglio preventivo all'emanazione delle leggi) che assume nel caso particolare specifico significato e sembra di gran lunga auspicabile, proprio perché è in gioco la valenza conformativa dell'approccio culturale dei giudici sotteso alla nuova formulazione della responsabilità, che il vaglio di costituzionalità venisse fatto, ove necessario, sul diritto vivente, e non sulla portata astratta delle norme. La legge in qualche modo contiene una sfida (nel senso di messa alla prova) alla tenuta culturale della magistratura e cogliere, piuttosto che elidere questa sfida, può alla fine costituire un'occasione invece che un ostacolo e può aiutare la riflessione costruttiva sui limiti della fallibilità del giurisdizione.

Una esegesi astratta diretta a verificare il limite massimo cui si potrebbe spingere il sindacato del giudice sul merito della decisione (e ancora prima la pretesa punitiva del ricorrente) o l'esemplificazione iperbolica delle possibili conseguenze devastanti della legge sembrano un esercizio sterile.

Tanto più la giurisprudenza sulla responsabilità dovesse essere "aggressiva" nei confronti delle decisioni dei giudici, tanto più difensiva si farebbe la loro giurisprudenza, anche se sembra di cogliere una intrinseca contraddizione in una giurisprudenza "offensiva" in tema di responsabilità che esaspera la tendenza "difensiva" in tutti gli altri campi, denunciando una sorta di sdoppiamento di personalità degli stessi magistrati. Una tale rappresentazione finisce per dare per già compiutamente realizzato quel percorso di conformazione e subalternità (il contrario dell'autonomia e l'indipendenza) che si imputa alla legge di aver solo messo in moto. Sembra schizofrenico un giudice che da una parte soffre la mortificazione della propria autonomia di giudizio (che è un valore diffusamente condiviso) e dall'altra amplifica questa mortificazione con una interpretazione estensiva della possibilità di sindacarla in sede di responsabilità.

L'esperienza sembra suggerire una certa cautela nella valutazione degli effetti concreti della legge. A titolo di esemplificazione basterà pensare allo strano destino dell'art. 3 della legge Vassalli, che è rimasto invariato nel vecchio e nel nuovo testo e che sanziona il diniego di giustizia.

L'omissione, il rifiuto od il ritardo nell'adozione del provvedimento era fonte di responsabilità (unica

fonte di responsabilità civile, oltre al dolo) già alla luce dell'art. 55 del cpc, abrogato dal referendum, la legge 117/88 ne ha dato una definizione, ancorandola a parametri temporali, determinandone così il contenuto. Se ne riconosce la natura colposa¹³, ma il tenore letterale della norma ha fatto ipotizzare anche una sorta di responsabilità oggettiva automaticamente derivante dal superamento del termine, per la quale il giustificato motivo del ritardo opererebbe come causa di esclusione della responsabilità, che il magistrato avrebbe onere di provare. La legge Vassalli (art. 17) modificava poi l'art. 328 cp - che nella formulazione originaria prevedeva che per i giudici e i magistrati del pubblico ministero «vi è omissione, rifiuto o ritardo quando ricorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile» - così sostituendo il secondo comma: «vi è omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia». L'art. 17 deve ritenersi implicitamente abrogato dalla l. 16 aprile 1990 n. 86, che ha riformulato il secondo comma dell'art. 328 cp, ma resta comunque vigente un meccanismo di messa in mora del giudice perché adotti il provvedimento e la vincolante previsione del primo comma dell'art. 328 cp in caso di rifiuto di atti d'ufficio che, per ragioni di giustizia, debbano essere compiuti senza ritardo. Ferma restando la natura dolosa della fattispecie delittuosa, una mannaia a due lame pende formalmente sul capo del magistrato messo in mora. Scorrendo il dibattito pubblico all'epoca dell'approvazione della legge 117/88 è ricorrente e giustificato l'allarme sugli effetti inflazionistici sul contenzioso derivanti dall'art. 3 e la previsione che la discussione intorno al "giustificato motivo" avrebbe fatto scorrere molto inchiostro.

Niente di tutto questo è successo e neanche il dibattito e le polemiche che hanno accompagnato l'approvazione della legge Pinto prima e l'introduzione della fattispecie tipica del ritardo di cui all'art. 2 lett q) del d.lgs 109/06, hanno mai chiamato in causa l'art. 3 della legge 117/88.

Possiamo interrogarci sulla ragione di ciò attribuire la sostanziale atrofia dell'art. 3 a pedestri considerazioni di convenienza che non incoraggiano le parti, e soprattutto gli avvocati, a spostare su questo terreno il contrasto con il singolo giudice, che rimane loro quotidiano interlocutore o, al contrario, a credere non irenica una visione per la quale effettivamente il mondo delle relazioni interne agli operatori della giustizia sia meno devastato di quanto lo si vuole a volte rappresentare e l'interesse reale delle parti sia quello di ottenere una decisione, sperabilmente favo-

13. A. Briguglio in: N. Picardi A. Vaccarella, *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Cedam 1990 p. 88 ss.

revoles, restando nella gran parte dei casi indifferente la sorte del giudice che l'ha emessa. Ma quale che ne sia la ragione, il dato di fatto è che dell'art. 3 non si conoscono, per quanto risulta, applicazioni giurisprudenziali.

4. Il travisamento del fatto. L'esperienza disciplinare

Per quanto riguarda invece l'ampliamento delle deroghe alla clausola di salvaguardia è ragionevole attendersi un aumento delle azioni, ma può in qualche modo farsi tesoro dell'elaborazione e della giurisprudenza maturate in campo disciplinare.

La clausola di salvaguardia, nella sua formulazione piena, per la quale «non può dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove» come recitava l'art. 2 c. 2 della l. 117/88, è fortemente compromessa nella nuova formulazione della legge, sia perché l'art. 2, modificato, ne esplicita la limitazione, sia perché il comma 3 indica tra le fonti di responsabilità, oltre quelle già contenute nel vecchio testo, anche «la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» ed il «travisamento del fatto o delle prove». Ma non bisogna infatti dimenticare che la prima crepa, assai significativa, nel muro della clausola di salvaguardia, non è stata prodotta dai colpi inferti della legge sulla responsabilità civile, ma da quella sulla responsabilità disciplinare.

I fondamenti delle due responsabilità sono del tutto diversi, e autonome le relative azioni. La prima riconosce un interesse privato al ristoro per i danni subiti a causa del non corretto esercizio di un potere statutario, la seconda attiene strettamente agli obblighi di fedeltà del magistrato agli obblighi e ai valori discendenti dalla propria collocazione professionale e istituzionale; la prima esige la verifica del dolo o della colpa grave nel comportamento del funzionario, mentre la seconda è integrata di regola anche in caso di colpa lieve, ma non è esclusa dal dolo e dalla colpa grave, la prima discende dalla verifica di un danno patrimoniale, mentre la seconda in linea generale è indifferente alla lesione degli interessi dei singoli, ma conosce ipotesi in cui tale danno è rilevante (come quelle previste dall'art. 2 c. 1 lett a), m) u) v)).

Ci sono certamente fattispecie disciplinari contingue ad ipotesi di responsabilità civile e condotte, disciplinarmente rilevanti, che possono esporre il magistrato al giudizio di rivalsa.

Ferma la autonomia strutturale e funzionale delle due responsabilità, ma anche la contiguità fattuale sulla quale si innestano, il testo rivisitato dalla l.

18/15 non aiuta la comprensione e non facilita l'interpretazione.

Se guardiamo la formulazione dell'art. 2 l'area di contiguità si manifesta con evidenza nei seguenti casi:

lett. g) (grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile)

lett. h) (travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile)

lett m) (adozione di provvedimenti in casi non consentiti dalla legge per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali)

lett cc) (adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra parte dispositiva e motivazione)

lett ff) (adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza)

lett gg) adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave e inescusabile.

Tutti i casi indicati (ai quali si aggiungono quelli previsti dalle lettere i) l) o) p)), tranne quello previsto dalla lettera gg) sono richiamati dall'art. 2 c. 2 del d.lgs 109/06 quali limitazioni della clausola di salvaguardia che è formulata secondo i canoni classici: «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare».

Nella sua forma originaria la norma conteneva per di più un richiamo alla necessaria conformità dell'interpretazione all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale che è fortunatamente caduta con la modifiche introdotte con la l. 24 ottobre 2006 n. 269 e che esprimeva il nocciolo culturale della diffidenza nei confronti della libertà interpretativa dei giudici. Dobbiamo però prendere atto che da quasi dieci anni la clausola di salvaguardia si confronta, sia pure sul terreno che gli è più proprio della responsabilità disciplinare, con la possibilità di incursione del giudizio sanzionatorio nel campo della decisione giurisdizionale e possiamo fare tesoro di tale esperienza.

Non ci soffermeremo sulla «violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» formula che ha sostituito quella della «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile» (che è familiare pure alla tematica della giurisprudenza disciplinare) e che reca l'eco diretta della giurisprudenza comunitaria che effettivamente invocava l'introduzione di una forma di responsabilità risarcitoria dello Stato per la «violazione manifesta del diritto vigente», richiesta che è stata strumentalmente cavalcata per imputare l'estensione della respon-

sabilità personale dei giudici all'adempimento di un obbligo imposto dall'Europa¹⁴.

Qualche rapido cenno è possibile fare invece al travisamento. Le critiche mosse alla legge ancora in fase di discussione, con le quali si sollecitava una aggettivazione del concetto di travisamento che rendesse evidente il necessario carattere di conclamato contrasto della decisione con l'evidenza dei fatti sono rimaste inascoltate: «*Appare quindi indispensabile uno sforzo del legislatore volto a precisare, anche per evitare un aumento esponenziale e tuttavia inutile del contenzioso, che il travisamento debba essere espressamente qualificato come inescusabile o comunque come "palese" o "evidente" o "macroscopico", e debba quindi consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa*»¹⁵. La formula scelta dal legislatore non è felice proprio perché non aiuta a fare chiarezza sugli elementi di differenziazione tra il travisamento del fatto e delle prove rispetto alla affermazione/negazione di un fatto incontrovertibilmente falso/vero. Si legge ancora nel parere del Csm del 29 ottobre 2014: «*È peraltro evidente che, a seconda della concreta declinazione interpretativa della nuova locuzione, vi sia forte il rischio di una possibilità di indagine surrettizia circa l'interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali, con un sostanziale sindacato sul merito dell'attività giurisdizionale e con un conseguente vulnus all'indipendenza del magistrato. Rischio attenuato, ma non del tutto escluso, dalla nozione di travisamento dei fatti e delle prove elaborata dalla giurisprudenza disciplinare, proprio perché formata in tutt'altro contesto sistemico e con finalità affatto diverse, rispetto alle quali è estranea l'esigenza riparatoria tipica della responsabilità civile. Al fine di scongiurare un esito siffatto, che certamente minerebbe il cuore della giurisdizione, è necessario che l'errore rilevante sia quello che deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e*

concreta rilevabilità, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, e che esso non possa consistere, per converso, in un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali: in una parola, ancora una volta, l'errore inescusabile».

Il concetto di travisamento del fatto o delle prove ai fini del ricorso per cassazione, civile e penale, o ai fini disciplinari non sono coincidenti e diversi ne sono i presupposti – perché nel giudizio di legittimità non ha alcuna rilevanza il profilo della diligenza del giudice o la valutazione dell'elemento psicologico della sua condotta - e la funzione - perché primo servono a contenere il sindacato della Corte nei limiti della legittimità, evitando incursioni nel fatto, nel secondo devono proteggere l'indipendenza del giudice e contenere il sindacato sul suo comportamento nei limiti della valutazione del disvalore deontologico, sia pure tipizzato. Ciò nonostante la giurisprudenza disciplinare del Csm e delle Sezioni Unite della Corte può servire per orientare nella interpretazione del nuovo testo dell'art. 3 della l. 117/88, nel quale il travisamento del fatto, della prove e affermazione/negazione di un fatto falso/vero sono stati con qualche precipitazione cumulati. Se ne potrebbe forse trarre la conclusione che in effetti rimane uno spazio residuale minimo per ipotesi di travisamento che non si concretizzano in realtà nella negazione di un fatto evidente o affermazione di un fatto inesistente.

La precedente formulazione dell'art. 2 c. 3 della legge Vassalli prevedeva già, quale fonte di responsabilità civile, la grave violazione di legge (lett. a), l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa (lett b) e la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti (lett c), quando siano determinati da negligenza inescusabile, l'attuale formulazione non solo (ai fini della responsabilità dello Stato) non menziona più la negligenza inescusabile (che diventa però condizione per l'esercizio obbligatorio dell'azione di rivalsa es. art. 7), ma include nelle ipotesi di colpa grave anche il travisamento del fatto e delle prove. Il travisamento del fatto costituisce ipotesi di illecito disciplinare ex art. 2 comma 1 lett h) del d.lgs 109/06. In tale ambito certamente assume rilievo non solo l'errore che i civi-

14. Per tutti v. C. Castronovo *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario, Europa e diritto privato*, 2012 p. 945. Ma tutte le analisi sulle sentenze della corte di giustizia Kobler, Traghetti del mediterraneo e Commissione c/ Italia, concordano nell'escludere che la legge approvata sia, nel contenuto, la risposta necessitata dalla procedura d'infrazione avviata in sede europea.

Per spunti critici sui vincoli all'interpretazione derivanti dal crescente peso della giurisprudenza comunitaria v. Marco Bignami, *Il deficit culturale della nuova disciplina della responsabilità civile*, testo della tavola rotonda organizzata dalla formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura a Milano il 17 aprile 2015 e su *Questione giustizia on line*, http://questionegiustizia.it/articolo/il-deficit-culturale-della-nuova-disciplina-della-responsabilita-civile-dei-magistrati_21-05-2015.php.

15. Csm: *Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58, sul Disegno di legge concernente: "Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati"*. (Delibera del 29 ottobre 2014).

listi definiscono revocatorio, cioè l'errore percettivo che fa vedere bianco il nero o viceversa ma anche la rappresentazione di una situazione di fatto talmente distorta tanto da non coincidere con quella che inequivocabilmente le prove in atti consentono di ricostruire. Vi è una soglia di «diligenza esigibile dal giudice nell'esame delle risultanze processuali»¹⁶ la cui violazione rompe lo scudo di insindacabilità dell'attività di valutazione del fatto proprio in quanto nega il legame effettivo tra il fatto e la sua ricostruzione.

La giurisprudenza disciplinare coglie nel travisamento una condotta negligente, sciatta, superficiale da parte del giudice che lo porta ad una decisione del tutto stravagante rispetto alle risultanze in atti, non rilevando, per gli addebiti riconducibili all'attività provvedimentale, la correttezza in sé del provvedimento «bensì la condotta del magistrato medesimo, cioè il suo impegno intellettuale e morale, congiuntamente alla sua dedizione alla funzione, che deve sempre essere esercitata rispettando i doveri d'ufficio» (SS UU n. 7379 del 29/1/2013, che peraltro ha confermato il proscioglimento dell'incolpato, ritenendo che la sua condotta rientrasse nell'alveo della insindacabilità nell'interpretazione della legge) anche se esclude che il travisamento possa essere riferito non a provvedimenti specifici, ma ricondotto ad un abituale scarso approfondimento dello studio dei fascicoli che determini l'esposizione in camera di consiglio di convincimenti disancorati da elementi di fatto¹⁷.

La giurisprudenza civile di legittimità conosce solo l'errore revocatorio, che è un errore di fatto, percettivo, o la mancata motivazione su punto decisivo oggetto di discussione, quella penale condiziona l'ammissibilità del ricorso per travisamento (dopo la modifica di cui alla l. 24/4/06 n. 46) alla denuncia di una contraddizione, rilevabile dalla motivazione o da specifici atti richiamati, e lo riconosce nella «palese e non controvertibile difformità tra i risultati obbiettivamente derivanti dall'assunzione delle

prove e quello che il giudice di merito ne abbia inopinatamente tratto»¹⁸. Vi è in sintesi travisamento della prova quando «sussista una incontrovertibile antinomia tra i risultati obbiettivamente derivanti dalla prova assunta e le conseguenze che il giudice di merito ne abbia tratto. Tale vizio è configurabile soltanto quando l'accertata distorsione tra il risultato probatorio posto a base dell'argomentazione del giudice e l'atto processuale o probatorio (definito in termini di "contraddittorietà processuale" diversa e distinta da quella "logica") disarticoli effettivamente l'intero ragionamento probatorio e, alla stregua dei parametri di rilevanza e decisività, renda illogica la motivazione per la essenziale forza dimostrativa del dato probatorio trascurato o travisato. effettivamente l'intero ragionamento probatorio e, alla stregua dei parametri di rilevanza e decisività, renda illogica la motivazione per la essenziale forza dimostrativa del dato probatorio trascurato o travisato.»¹⁹. In altre parole in quella che è stata definita una «infedeltà grave della motivazione rispetto alla risultanza degli atti». Rovelli parla di «indiscutibilità negativa» della valutazione giurisdizionale. È ricorrendo ai concetti di *evidente, incontrovertibile, palese, decisivo*, che dobbiamo misurare la incidenza dell'errore del giudice nella assunzione della decisione e possiamo riconoscere un nucleo comune ai diversi ambiti, civile, penale e disciplinare. La mancata esplicitazione dell'aggettivazione da parte della legge deve essere superata assumendo tali parametri come requisiti intrinseci dell'illecito

Nella giurisprudenza disciplinare il ricorso all'art. 2 lett h) (travisamento del fatto) è ricorrente, ma non frequentissimo e per lo più è riferito ad ipotesi nelle quali il giudice ha affermato/negato un fatto falso/vero o ha omesso di valutare un fatto decisivo²⁰, assai più raramente quando vi sia stato un, sia pure macroscopico, errore valutativo²¹, escludendo poi la responsabilità ogni qual volta la decisione sia riconducibile ad una possibile, quand'anche opinabile,

16. S Di Amato: *La responsabilità disciplinare dei magistrati*; Giuffrè 2013 p. 202.

17. Csm 25/10/2013, n.140.

18. Cass. Sez. IV n. 21602 del 17/4/707, Ventola.

19. Cass. Sez. U, n. 41461 del 19/7/12, Bell'Arte.

20. Csm 20/9/12, n. 130 ; 26/10/ 12, n.18/13; 25/2/2015 n. 24 .

21. SS UU 3759 del 17/2/09, che hanno confermato la decisione della sezione disciplinare che aveva riconosciuto un sostanziale travisamento dei fatti nella valutazione degli elementi emergenti da un fascicolo del Tribunale di sorveglianza, mentre è ancora *sub judice*, per la pendenza del giudizi di rinvio, la contestazione per violazione della lettera h) dell'art 2 formulata per il grave travisamento del fatto nella qualificazione di una condotta come lesioni colpose e non come tentato omicidio: Csm n. 87 dell' 11/4/2014 e SS UU n. 26551 del 2/12/2014. La cessata appartenenza dell'incolpato all'ordine giudiziario o l'intervenuta decadenza dell'azione hanno precluso al giudice disciplinare di pronunciarsi nel merito in altri casi di contestato travisamento del fatto in senso proprio: Csm 20/4/2012 n. 65 e 24/7/2012 n. 128.

interpretazione di diritto²². Non è riscontrabile, allo stato, in termini significativamente apprezzabili tali da far presagire un orientamento in tal senso, un incauto ricorso né alle incolpazioni né alle sanzioni disciplinari che, attraverso la contestazione di travisamento del fatto (o anche di violazione di legge o di abnormità del provvedimento, profili non sfiorati in questa sede) tendano a comprimere l'attività valutativa del giudice.

5. Rapporto tra giudizio civile e giudizio disciplinare

Ai rapporti tra giudizio disciplinare e giudizio di responsabilità la legge dedica esclusivamente i tre commi dell'art.9 e l'ultima frase del secondo comma dell'art. 6, per la quale il giudizio di responsabilità nei confronti dello Stato non fa stato nel procedimento disciplinare.

La novella del 2015 si limita a sopprimere il riferimento contenuto nel primo comma all'art. 5. L'art. 5, che prevedeva il vaglio preventivo del Tribunale, imponeva, in caso di ammissibilità, la trasmissione degli atti ai titolari dell'azione disciplinare; l'art. 9 imponeva l'esercizio dell'azione disciplinare entro due mesi dalla comunicazione. L'abrogazione dell'inciso sembrerebbe sancire l'obbligo dell'immediato esercizio dell'azione disciplinare. E si badi bene, esercizio, non apertura del relativo procedimento. La portata di tale modifica è assai rilevante, ma i lavori parlamentare non danno nessun conforto a chi volesse, per quanto può valere ai fini dell'interpretazione della legge, ricostruire la volontà del legislatore. L'abrogazione dell'inciso nasce come proposta di emendamento in commissione in sede di coordinamento²³ e negli atti non vi è traccia di discussione al riguardo. Tale assenza priva l'interprete di un supporto, ma conferma che il legislatore non si è posto la questione, cogliendo solo l'esigenza di coerenza del testo.

Eppure nel 2015 lo scenario è completamente cambiato perché la tipizzazione ha rivoluzionato il sistema disciplinare con cui si confrontava la legge del 1988 e la nuova formulazione della responsabilità civile ha ampliato in modo rilevante le possibilità di azioni risarcitorie.

Ancor prima di affrontare il problema degli effetti della proposizione dell'azione civile su quella disciplinare una qualche riflessione merita anche la prospettiva inversa.

Il progressivo ritrarsi della clausola di salvaguardia prima sul terreno disciplinare, poi su quello della responsabilità fino a quello della rivalsa, crea un problema non secondario, anche questo fondamentalmente di tipo culturale, proprio sul terreno della giustizia disciplinare.

Fino ad oggi la scarsa frequentazione e la stessa formulazione della legge dell'88 facevano sì che il sistema disciplinare costituisse un presidio interno alla magistratura che esauriva in quella sede la sua funzione e i suoi effetti, ora l'azione disciplinare può veder cambiare il suo rapporto con l'azione di responsabilità perché questa ha visto espandere i propri confini in parziale sovrapposizioni con che quelli della prima. Non basta riconoscere la piena autonomia formale dei due giudizi per risolvere il problema perché, mentre prima l'azione disciplinare costituiva l'argine ultimo a presidio della correttezza dei comportamenti e del corretto esercizio della giurisdizione, ora può diventare il tramite ed il volano di ulteriori e più invasive rivendicazioni. La pienezza della clausola di salvaguardia contenuta nell'art 2 costitutiva una barriera e riservava alla sola giustizia disciplinare la possibilità di censura di gravi ed imperdonabili errori nell'applicazione della legge. Ora tale barriera è caduta. Si tratta di un rovesciamento di prospettiva radicale, in grado di influire sulla natura stessa del giudizio disciplinare. Per questo, già nell'immediatezza dell'approvazione della legge, da più parti, e in particolare dal vice presidente del Consiglio superiore in occasioni pubbliche, è pervenuta la sollecitazione ad un speciale ponderazione nelle azioni disciplinari per evitare che questi stimolino azioni risarcitorie. Non si può affatto escludere, per una sorta di eterogenesi dei fini, che la nuova formulazione della responsabilità civile consegua il paradossale risultato di indurre una maggior remora alla promozione di iniziative disciplinari.

Si pone un problema non solo di giurisprudenza difensiva dei giudici, ma di approccio difensivo anche dell'inquirente e del giudice disciplinare

La giurisprudenza disciplinare deve farsi carico di tale sovrappeso di responsabilità

I due giudizi sono certamente autonomi e non esiste tra di essi rapporto di pregiudizialità.

L'autonomia è espressamente prevista dal primo comma dell'art. 20 del d.lgs 109/06 e di pregiudizialità in senso stretto può parlarsi solo con riferimento al procedimento penale, perché solo per questo è prevista la possibilità che l'accertamento faccia stato nel procedimento disciplinare nei limiti previsti dal

22. CSM n. 21 del 9 gennaio 2014 e 42 del 15/2/2013.

23. ddl S.1070 seduta di commissione giustizia del 5 novembre 2014.

secondo e terzo comma dello stesso articolo 20 del d.lgs 109/06²⁴ e, specularmente, con riferimento ai procedimenti disciplinari in genere, dagli artt. 653 e 445 cpp²⁵. La pregiudizialità è poi esplicitamente esclusa dall'art. 6 della legge Vassalli, sotto questo punto rimasta invariata.

La pendenza in sede penale dell'accertamento di fatti coincidenti con quelli oggetto dell'accertamento disciplinare²⁶ conseguente all'esercizio dell'azione penale impone perciò la sospensione del procedimento, mentre le indagini preliminari in corso consentono al Procuratore generale (ma non al Ministro che abbia in corso accertamenti prodromici all'esercizio dell'azione, né alla sezione disciplinare in fase di giudizio) di sospendere facoltativamente il procedimento, secondo quanto previsto dall'art. 16 c. 4 del d.lgs 109/06.

Nessuna pregiudizialità in senso stretto è prevista quanto ai giudizi civili e amministrativi, che non sono destinati a fare stato nel giudizio disciplinare, mentre l'art. 15 lett. d-bis) del d.lgs 109 consente la sospensione dei termini del procedimento disciplinare, nei soli casi previsti dall'art 2 comma 1 lett g) ed h), quando all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo. Il punto d-bis) del comma ottavo è stato introdotto con la l. 269/06 senza che, anche questa volta, sul punto vi fosse in sede parlamentare particolare discussione. L'aggiunta incide indirettamente anche sul contenuto dell'art. 20 c. 1, che al medesimo comma fa rinvio.

Ferma restando l'autonomia tra i due giudizi, perciò, i termini del giudizio disciplinare potranno essere sospesi quando l'accertamento della grave violazione di legge o del travisamento del fatto (che sono le ipotesi cui rimandano le lettere g) ed h) dell'art. 2) costituisca oggetto di una domanda risarcitoria in corso e si ritenga sussistere una sostanziale coincidenza tra la materialità delle due condotte²⁷ (fermo restando che l'apprezzamento dei profili deontologici non coincide con quelli di danno). Che si tratti di una pregiudizialità atecnica, di ordine logico, che non

implica l'efficacia vincolante del giudizio assunto in sede diversa da quella disciplinare trova conferma nel riferimento anche ai giudizi amministrativi (non richiamati dall'art 20 c. 1) e a quelli penali, i cui effetti sospensivi in ipotesi di pregiudizialità in senso proprio erano già previsti dalla lettera a) dell'ottavo comma.

Anche se la sospensione del procedimento ha natura diversa da quella dei termini e la prima opera di diritto, ed è perciò automatica e necessaria, mentre la seconda deve essere dichiarata, ed è rimessa alla valutazione dell'autorità procedente, l'effetto pratico non è molto dissimile, perché postpone la decisione alla definizione dell'accertamento nella diversa sede.

Occorrerà valutare attentamente come il ricorso a tale strumento possa incidere sul rapporto tra giudizio disciplinare e giudizio di responsabilità, sia perché la possibilità di sospensione si riferisce a due sole delle possibili fonti di responsabilità civile (sia pure quelle maggiormente controverse), con il rischio della creazione di regimi differenziati a seconda del contenuto dell'azione risarcitoria promossa, sia perché il sistema della legge sulla responsabilità civile sembrerebbe prefigurare un rapporto inverso (di incidenza del giudizio disciplinare su quello civile) prevedendo la possibilità di acquisizione al giudizio di responsabilità degli atti del giudizio disciplinare, sia infine, ma soprattutto, per il principio generale, affermato già col superamento della pregiudizialità penale dell'art. 3 del vecchio codice di procedura e rafforzato dal 111 cost., che vuole autonomi i giudizi, tassative le ipotesi di pregiudizialità e restrittiva la lettura delle ipotesi di sospensione.

Ragioni di ordine giuridico, logico e empirico inducono a ritenere che la sospensione del procedimento disciplinare (anche solo attraverso la sospensione dei termini) in attesa della definizione di quello civile, pur da alcuni auspicato all'indomani dell'approvazione della nuova legge, opererà in situazioni del tutto residuali. Già in questo senso sembra orientarsi la riflessione della Procura generale della Cassazione²⁸ che ha messo in evidenza come la sospensione

24. F. Sorrentino, *Procedimento disciplinare per i magistrati e ipotesi di sospensione*, in questa Rivista, ed. Franco Angeli, Milano, 2009, n. 1 pag. 67.

25. V SS.UU penali 29/11/2005 n. 17781/06.

26. Se si tratti di identità del fatto o identità della vicenda v. sez. disc. 97/210 e 28/09 da una parte e SS.UU. n. 7310 del 28 marzo 2014. Poiché la sospensione tende a impedire accertamenti giudiziali confligenti e giudicati contrastanti, quello che deve essere preso in considerazione è la sovrapposibilità dei dati dei fatti il cui accertamento è indispensabile ai fini del giudizio.

27. M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S Vitello, *La responsabilità disciplinare delle carriere magistratuali*, p. 421.

28. M. Fresa C. Sgroi, *La responsabilità civile del magistrato e i rapporti con la responsabilità disciplinare*, intervento al Seminario del Csm, *La nuova responsabilità civile dei magistrati tra giurisdizione e governo autonomo*, Roma 11-12 giugno 2015, pubblicato su *Questione Giustizia* on line il 3 luglio, http://questionegiustizia.it/doc/procura-generale-cassazione-resp_civile.pdf.

potrebbe operare solo nel caso in cui il magistrato sia parte nel giudizio civile ed esclusivamente nelle limitate ipotesi previste dall'art. 15 c. 8 lett d)bis, e come i tempi del giudizio civile siano difficilmente compatibili con una effettiva ed efficace possibilità di valutazione delle condotte in sede disciplinare.

Al contrario, ferma restando la piena autonomia dei due giudizi, la valutazione disciplinare, i cui tempi sono cadenzati in modo abbastanza serrato dall'art. 15, potrebbe avere certamente una funzione di deflazione e sdrammatizzazione delle azioni risarcitorie manifestamente infondate che dovessero essere proposte parallelamente all'esposto disciplinare, stante la maggiore speditezza delle seconde e la possibilità di acquisizione degli atti a quelli del giudizio civile.

6. Eliminazione del filtro e obbligatorietà dell'azione disciplinare

Per quanto riguarda invece gli effetti del venir meno del giudizio di ammissibilità, come abbiamo visto, l'obbligo di azione previsto dall'art. 9 sembrerebbe nascere ora già al momento della proposizione dell'azione da parte del privato.

La questione è effettivamente delicata, ma il condizionale è d'obbligo poiché la lettura attenta della norma conduce pianamente a conclusioni diverse. Interpretata letteralmente la norma è palesemente irragionevole, perché obbligherebbe all'esercizio dell'azione disciplinare oltre i limiti della obbligatorietà, che è un principio cardine del sistema disciplinare. La richiesta risarcitoria, indipendentemente dalla sua fondatezza ed anche se pretestuosa, avrebbe come conseguenza, con una sostanziale abdicazione al principio di esclusività del monopolio pubblico all'esercizio della pretesa punitiva, l'attivazione di una azione disciplinare non necessariamente corrispondente ad una delle ipotesi tipiche previste dalla legge.

Secondo alcuni tale insanabile contraddizione sarebbe meritevole di un tempestivo intervento del-

la Corte costituzionale²⁹, tuttavia, sembra possibile, in linea con l'orientamento espresso dalla Procura generale, una lettura della norma che non la ponga in conflitto con i principi fondamentali del sistema disciplinare, ma ne determina il significato alla luce di questi, dovendosi riconoscere a questi ultimi un valore sistematico preminente «*partecipando la giustizia disciplinare all'assetto costituzionale della magistratura*»³⁰. I presupposti per l'esercizio, sia pure obbligatorio, dell'azione disciplinare non sono rivisitati dalla modifica della legge Vassalli, e richiedono l'acquisizione di una notizia circostanziata di un fatto riconducibile ad una delle ipotesi tipiche previste dalla legge. Solo in tale ambito dalla proposizione di un'azione di responsabilità può conseguire l'iniziativa di promozione (che rimane atto d'impulso proprio del titolare del relativo potere) dell'azione disciplinare, dovendosi escludere la creazione di una «*sorta di illecito 'processuale' atipico consistente nella mera pendenza di una controversia di danno introdotta da un privato verso lo Stato*»³¹. Fuori di tali ipotesi non sorge alcun obbligo né di esercizio dell'azione, né di apertura di una fase preliminare di accertamento. Già in vigore del vecchio testo degli artt. 5 e 9 non si riteneva, quando i fatti non erano riconducibili ad una delle fattispecie tipiche, che alla dichiarazione di ammissibilità dell'azione civile dovesse conseguire automaticamente l'esercizio dell'azione disciplinare, e da questo punto di vista l'abrogazione del filtro non cambia i termini della questione, mentre il venir meno dell'obbligo di comunicazione da parte del giudice, prima previsto dall'art. 5, priva i due ambiti di azione di qualunque raccordo procedurale.

Solo nell'ipotesi in cui il fatto oggetto dell'azione di risarcimento abbia le caratteristiche proprie della notizia circostanziata, contenga cioè tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare, come richiesto dall'art. 15 c. 1 del d.lgs 109/06, e del fatto sia notiziato il titolare dell'azione disciplinare, all'azione civile potrà affiancarsi un'azione disciplinare.

29. S. Di Amato, *Errore del giudice e responsabilità civile dopo la riforma della legge Vassalli*, *Giustizia civile.com*, Editoriale, 3 giugno 2015 p. 10.

30. M. Fresa C. Sgroi, già richiamato.

31. *ivi*.

Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto

di Luigi Marini *

Le politiche criminali seguite a partire dagli anni '80 e, soprattutto, la cd «Guerra alla droga» hanno portato nelle carceri Usa milioni di persone, per la gran parte giovani appartenenti alle classi e ai gruppi marginali.

I costi economici e sociali sono oggi considerati insostenibili da rappresentanti di entrambi gli schieramenti politici e a livello federale si registrano progetti di legge e scelte di gestione dei reati che intendono invertire la tendenza.

1. Sono due milioni e duecentomila circa le persone detenute negli Usa nell'estate del 2015; e 207.600 di queste lo sono nelle prigioni federali.

Forse sorprenderà che il numero delle persone scarcerate in media ogni anno ammonti a 700.000, sorprenderà assai meno che il tasso medio di recidivanza (nel triennio) sfiori il 40%.

È con questi numeri che da pochi anni la politica americana sta facendoci conti, nel senso letterale del termine, visto che i costi sopportati dal sistema carcerario sono fuori controllo e ormai condivisibilmente ritenuti insostenibili.

Molto probabilmente è questa la ragione del cambio di prospettiva che ha condotto una parte significativa degli esponenti Repubblicani a proporre soluzioni vicine a quelle sostenute da una larga fetta dei Democratici e a dare ascolto a ricerche sociologiche importanti, come quella rilasciata nel 2013 dalla *Rand Corporation* al termine di un esame di 30 anni di politiche criminali e di soluzioni carcerarie, ivi comprese le misure educative fornite “dietro le sbarre”.

Se negli anni '50 il sistema americano vedeva una quota di concittadini detenuti certamente alta, 170 per 100.000 abitanti, ma non troppo lontana

da quella di altri Paesi occidentali, oggi esso deve confrontarsi con una quota di 750 per 100.000, incomparabilmente maggiore. Il primo cambio di paradigma viene ormai chiaramente individuato dai commentatori nella legge del 1986 che, per la prima volta e con ampio e trasversale consenso delle forze politiche, intese limitare la discrezionalità dei giudici e introdurre i minimi edittali di pena. Un secondo passaggio decisivo viene individuato nella legge del 1994 che innalzò ancora i livelli di pena sull'onda di un spinta securitaria che mirava a neutralizzare i colpevoli isolandoli il più a lungo possibile dalla vita civile.

Non sarà male ricordare che la riforma del 1986 si inseriva a pieno titolo nella politica di dichiarata «guerra alla droga» e che non a caso la grandissima parte dei destinatari delle nuove pene si erano resi responsabili di reati connessi all'uso di droghe. Ancora attualmente quasi la metà di coloro che occupano le prigioni federali sono detenuti per questa tipologia di crimini. Sarà bene non dimenticare, poi, che costoro sono per la maggior parte persone provenienti dalle classi sociali e dalle aree marginali, più facilmente vittime della spinta all'illegalità, mal assistite nei processi, prive di sostegno al termine della pena.

* L'Autore esprime in questo articolo opinioni esclusivamente personali.

2. Questo sistema viene adesso valutato assieme alle politiche sui registri penali, che conservano a vita una traccia anche dei reati minori, e alle prassi che in caso di domanda di lavoro legittimano il datore e far firmare una dichiarazione sui precedenti penali. L'insieme di queste misure ha condotto a un ben noto e studiato circolo vizioso di emarginazione che ostacola il reinserimento sociale, impedisce la ricerca di lavoro ed esclude i condannati dalle politiche di "social housing". Nulla di sorprendente, dunque, quanto all'elevatissimo tasso di recidivanza che abbiamo ricordato.

3. Ma come la guerra alle droghe è stato un elemento scatenante le durissime politiche criminali avviate negli anni '80 e la conseguente bancarotta del sistema carcerario, il cambio di approccio cui si assiste in tema di droghe sta aprendo spazi impensati.

Da pochissimi anni, infatti, ampi settori dell'opinione americana considerano fallimentari quelle politiche e tale cambiamento di prospettiva sta facendo breccia anche nella parte meno conservatrice del mondo repubblicano. Non solo alcuni Stati, cinque per la precisione, hanno modificato la propria legislazione in tema di cannabis, regolamentandone la coltivazione e l'uso, *in primis* terapeutico, ma lo stesso Procuratore generale federale e molti procuratori a livello statale hanno impartito linee guida e istruzioni per un approccio morbido verso chi viene trovato con modeste quantità di sostanza, fino a indicare la strada della mancata incriminazione per i casi di detenzione di cannabis.

Questa nuova tendenza ha assunto ampio rilievo internazionale nel momento in cui viene rappresentata e sostenuta dai rappresentanti statunitensi presso gli organismi internazionali, dalla Commissione sulle droghe di Vienna ai dibattiti che stanno avendo luogo presso la sede newyorkese dell'Onu in vista della UNGASS 2016 (Sessione speciale dell'Assemblea generale dedicata al tema droga che si terrà nel prossimo mese di Aprile 2016). Il fatto che gli Usa si esprimano con nettezza in favore di sanzioni penali comunque proporzionate ai fatti e in favore di misure alternative al carcere rafforza in modo significativo la posizione degli Stati che si pongono come punto di equilibrio fra le spinte marcatamente repressive di una parte della comunità internazionale (si pensi, ad esempio, a Cina, Russia, Singapore e Paesi africani e orientali) e le spinte di altra parte (*in primis* alcuni dei Paesi centro e sud-americani) che mirano alla dichiarazione di fallimento delle politiche repressive e al cambio radicale degli investimenti internazionali in favore della riduzione del danno, della tutela della salute, del progresso sociale.

Non è questa la sede per esaminare la collocazione dell'Italia, che oscilla fra le posizioni "mediane" e momenti di apertura verso politiche "nuove". Mi limito qui a segnalare che nel dibattito newyorkese la nostra legislazione viene considerata con interesse a fronte di un numero elevato di Paesi che ancora adottano politiche puramente e severamente repressive, ivi compresa la previsione della pena di morte, effettivamente eseguita; interessano della nostra legislazione, in sintesi: la non legalizzazione e la contemporanea non criminalizzazione del consumo; la dichiarata e praticata proporzionalità delle pene; l'esistenza di effettive misure alternative al carcere; il contrasto netto ai fenomeni di crimine organizzato.

4. Tornando al tema iniziale, le proposte che mirano a un cambiamento di politica in Usa coinvolgono sia gli strumenti puntivi sia le modalità di espiazione della pena.

Sul primo versante, lo sforzo è quello di modificare le leggi federali in materia di "sentencing" e di farlo unificando le diverse proposte sul tappeto in un'unica previsione legislativa. La prospettiva è quella di eliminare i minimi legali di pena ed espandere quella che viene definita "safety valve" (valvola di sicurezza), consentendo ai giudici di trattare in modo proporzionato i reati di droga di minore gravità che vengono mandati a giudizio. In particolare, vengono all'attenzione i «reati di droga non violenti», che rappresentano una categoria finora punita con sanzioni molto pesanti e oggi avvertite come una criticità del sistema. Da questo punto di vista anche molti rappresentanti Repubblicani parlano apertamente di "overcriminalization" e non negano che negli scorsi decenni la discrezionalità dei giudici si è spesso trasformata in fonte di disparità di trattamento dal carattere discriminatorio. È proprio sul carattere non violento dei reati di droga minori che fanno leva, da un lato, le nuove linee guida del Procuratore generale federale e di molti procuratori e, dall'altro, i progetti di legge di modifica delle regole del "sentencing" di cui si è detto.

Sul secondo versante, l'approssimarsi fra loro delle posizioni repubblicane e democratiche muove dalla constatazione, riconosciuta con toni peraltro diversificati, che l'aggravamento del sistema complessivo delle pene in materia di droga si è rivelato improduttivo.

Tre sono le conseguenze negative che molti richiamano: a) un accrescimento dei costi del sistema penitenziario fino ai livelli di bancarotta; b) una diffusa perdita di fiducia nella giustizia; c) una "decimazione" di intere comunità, con esclusione dei più giovani e del loro indispensabile contributo produttivo ed economico alla vita sociale. Questo richiede che

a una diversa politica di incriminazione e “*sentencing*” si aggiunga un forte investimento sulle “*Federal Pell Grants*”, che offrono ai detenuti la possibilità di studiare e di raggiungere un titolo che favoriranno il loro reinserimento. Come ha verificato anche la ricerca della “*Rand Corporation*”, un’analisi dei risultati della “*Bard Prison Initiative*”, lanciata nel 2001, dimostra che coloro che hanno frequentato i corsi di studio hanno sofferto di un tasso di recidivanza pari al 4% (contro il 40% di cui si è detto), tasso che scende al 2,5% fra coloro che hanno ottenuto un diploma di laurea. Risultati importanti sono stati ottenuti anche dai “*Recidivism Programs*” che, a fronte di una possibile riduzione del 25% della pena da scontare, hanno spinto molti detenuti a partecipare alle iniziative carcerarie messe a disposizione per fatti di contenuta gravità. I dati statistici valorizzati dai sostenitori di questa prospettiva mettono in evidenza come «per ogni dollaro investito nei programmi educativi carcerari si realizza per i cittadini (“*taxpayers*”) un risparmio medio di cinque dollari».

5. Le impostazioni favorevoli al cambiamento trovano ampio spazio sui siti specializzati, o comunque dedicati ai temi sociali, e sulla parte della carta stampata più sensibile alle questioni della criminalizzazione e della pena. Il *New York Times*, ad esempio, presenta ai lettori le disfunzioni del sistema in modo quasi martellante.

Da un lato denuncia o rilancia i casi di cattiva amministrazione delle carceri, a partire dalle indagini sulle violenze nel carcere della città di New York, e i casi di errore giudiziario; dall’altro ospita frequentemente interventi di esperti e uomini politici che spingono in favore di nuove soluzioni legislative e amministrative. Merita di essere segnalato, fra i tanti, l’articolo di poche settimane fa dedicato a New Orleans, una città che al momento dell’inondazione del 28 Agosto 2005 causata dall’uragano Katrina aveva nelle carceri più di 6.000 persone (la percentuale più alta del Paese in rapporto alla popolazione) e che dopo la distruzione delle strutture decise, bloccando i progetti di ricostruzione, di limitare a 1.400 i posti letto delle carceri rispetto ai 5.800 inizialmente previsti. Dieci anni dopo l’uragano i detenuti di New Orleans non superano i 1.800. La limitazione della capienza ha generato sul piano giudiziario e amministrativo

una serie di cambiamenti significativi: una nuova politica della polizia, che privilegia i procedimenti a piede libero rispetto all’arresto; la decisione della Città di non riconoscere più all’ufficio dello Sceriffo la “*Orleans Parish Sheriff*”, e cioè una somma giornaliera per ogni persona detenuta (così rimuovendo un tradizionale incentivo al ricorso all’arresto); la creazione di un sistema di gestione della fase pre-processuale che non penalizza coloro che non possono pagare una cauzione (tema, questo, di grande attualità anche nella città di New York grazie all’iniziativa del sindaco De Blasio).

6. Se queste sono le tendenze in atto, non va dimenticato che lo sforzo bipartisan in atto dovrà fare i conti non solo con la diffidenza di una parte consistente dell’opinione pubblica, ma anche con la cultura di molti Procuratori generali, procuratori e giudici fortemente radicata nell’idea che le pene debbano essere severe e scontate per intero. Come ho già avuto modo di scrivere, negli Usa rimane diffusa tra procuratori e giudici l’idea che pene ridotte e misure alternative costituiscano un segnale di debolezza dello Stato e, insieme, un fattore diseducativo, oltre che un messaggio errato diretto alle comunità. Questo rende evidente che la semplice eliminazione dei minimi di pena obbligatori non inciderà su una parte delle decisioni e che anche la individuazione di misure alternative potrà trovare in parte del giudiziario un approccio pregiudizialmente contrario a riconoscere la sussistenza in concreto delle condizioni per la loro applicazione.

Queste ultime considerazioni non tolgono che, le nuove politiche statunitensi aprono importanti prospettive sia sul piano interno sia sul piano degli equilibri sovranazionali. Così come non va sottovalutato il fatto che più di un commentatore e giurista statunitense evidenzia oggi come la “*overcriminalization*” vada vista anche con riguardo ai costi umani e come l’“imperativo finanziario” sia ormai diventato un “imperativo morale”.

È, dunque, probabile che il percorso che conduce alla sessione speciale 2016 sulle droghe sarà occasione per gli Usa di nuove riflessioni non limitate alla risposta al problema delle droghe e indirizzate alle scelte più generali in materia di ricorso alla sanzione penale.

Gli autori

- Alessandra Albanese**, associato di diritto amministrativo, Università di Firenze
- Giovanni Amoroso**, presidente di sezione della Corte di cassazione
- Francesca Biondi**, associato di diritto costituzionale, Università di Milano
- Giuseppe (Papi) Bronzini**, consigliere della Corte di cassazione
- Francesco Buffa**, consigliere della Corte di cassazione
- Elisabetta Cesqui**, Capo dell'Ispezzorato del Ministero della giustizia
- Andrea Colavita**, avvocato del Foro di Perugia
- Francesco Dal Canto**, ordinario diritto costituzionale, Università di Pisa
- Leonardo Ferrara**, ordinario diritto amministrativo, Università di Firenze
- Alfredo Guardiano**, consigliere Corte di cassazione
- Stefano Giubboni**, avvocato del Foro di Perugia
- Andrea Lassandari**, associato diritto del lavoro, Università di Bologna, sede Ravenna
- Luigi Marini**, Legal adviser Permanent Mission of Italy to the U.N.
- Vincenza (Ezia) Maccora**, giudice del Tribunale di Bergamo
- Domenico Mezzacapo**, associato diritto del lavoro, Università Roma "La Sapienza"
- Silvia Mirate**, ricercatrice diritto amministrativo comparato, Università di Torino
- Giovanni Orlandini**, associato diritto del lavoro, Università di Siena
- Lia Pacelli**, ricercatrice macroeconomia, Università di Torino
- Aristide Police**, ordinario diritto amministrativo, Università Roma "Tor Vergata"
- Carla Ponterio**, consigliere sezione lavoro Corte appello di Bologna
- Andrea ProtoPisani**, professore emerito di diritto processuale civile, Università di Firenze
- Roberto Rivero**, giudice Tribunale di Ravenna
- Renato Rordorf**, presidente di sezione Corte di Cassazione, direttore Questione Giustizia
- Rita Sanlorenzo**, sostituto procuratore generale Corte di cassazione
- Enrico Scoditti**, consigliere Corte di cassazione
- Aldo Travi**, ordinario diritto amministrativo, Università Cattolica di Milano