I processi di giuridificazione

di Barbara Marchetti e Mauro Renna

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

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

La ricerca non poteva ovviamente essere condotta in modo generale e astratto, ma occorreva indagare mutamenti e sviluppi del diritto in un ventaglio significativo di settori che fosse capace, nel suo insieme, di rappresentare la complessità del fenomeno alla luce del rapporto con i progressi scientifici, con l'economia, con le spinte provenienti dalla dimensione sovranazionale e internazionale e con la sfera dell'autonomia privata. Per questo è sembrato necessario rintracciare i movimenti della giuridificazione con riferimento ad alcuni ambiti o istituti: sono stati così indagati il settore della sicurezza alimentare (Ramajoli), della concorrenza (Pellizzari – Cornella), dell'ambiente (Giannelli) e della protezione degli animali (Martini); è stato considerato il principio di precauzione in riferimento alla gestione dell'incertezza (Allena), lo sport (Manfredi), la proprietà industriale e il diritto d'autore (Cassatella – Delsignore) e la frontiera delle scelte etiche (Cortese – Penasa), tutti ambiti percorsi da nuovi processi di giuridificazione conseguenti soprattutto ai mutamenti scientifici, culturali ed economici intervenuti; accanto sono stati oggetto di considerazione ai fini della ricerca gli ordini professionali (Fantin), i codici etici e la deontologia (Stacca), le politiche di genere (Simonati), la tutela della riservatezza (Midiri), l'organizzazione amministrativa (Ursi), le c.d. entificazioni (Occhiena). Un altro gruppo di contributi ha riguardato il giudice tributario come attore della

giuridificazione (Farri), la giuridificazione delle *chance* (Antonelli), la giurisdizione amministrativa nella tutela multilivello dei diritti (Cardone) e il dialogo tra le Corti (Bilancia). Con i primi, si è tentato di comprendere quanto il diritto si sia spinto ad occupare territori tradizionalmente riservati alla sfera dell'autonomia privata e alle scelte organizzative libere, creando posizioni e interessi tutelabili là dove prima non ve ne erano; con i secondi si è esaminato da vicino il ruolo dei giudici, anche in dialogo tra loro, quali attori della giuridificazione tra esigenze di costruzione degli ordinamenti e protezione dei diritti fondamentali.

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

Come è evidente, gli interrogativi sono numerosi e non sempre possono avere risposte univoche e trasversalmente valide nei numerosi ambiti considerati. La consistenza e la peculiarità degli interessi in gioco possono anzi condurre a preferire una o l'altra tecnica di giuridificazione: se si considera, ad esempio, la frontiera delle scelte etiche ciò appare in modo chiaro, poiché l'esigenza di un approccio plurale e rispettoso della persona umana esige percorsi di giuridificazione quanto più possibile miti, attenti al caso, non violenti, che avvengano tuttavia in un quadro di principi comuni, ispirati a valori costituzionali condivisi. Al contrario, altri interessi possono richiedere una regolazione generale complessiva, portata avanti con strumenti di *hard law* capaci di garantire uniformità e certezza normativa anche oltre il contesto nazionale. Si pensi all'ambiente, ad esempio, che può essere curato e protetto efficacemente solo se il processo di giuridificazione riesce ad avere una dimensione sovranazionale e

internazionale, se predispone strumenti di coazione e di sanzione, se impone norme di carattere generale. Nel primo caso, dunque, giuridificazione e differenziazione devono convivere, nel secondo caso invece la giuridificazione dovrebbe portare con sé almeno un certo livello di uniformità.

Giuridificazione ex novo o nuove tecniche di giuridificazione?

Prima di provare ad offrire un quadro di sintesi dei risultati della ricerca, occorre anzitutto sgombrare il campo da un equivoco. Parlando di giuridificazione di un settore o di un interesse verrebbe da pensare al passaggio di alcuni interessi dall'irrilevante giuridico alla sfera della rilevanza giuridica. In realtà, tale dato è difficilmente riscontrabile, poiché ciò che si ha, in molti dei settori esaminati, è piuttosto l'introduzione di nuove tecniche di giuridificazione. In molti casi, cioè, negli ambiti indagati non era assente una qualunque disciplina normativa ma essa, appariva semmai estremamente scarna ed incompleta e per lo più racchiusa in poche disposizioni del codice civile o della Costituzione. Si consideri la sicurezza alimentare, la proprietà industriale, il diritto d'autore, le scelte bioetiche: tutti questi interessi erano già regolati dal diritto, ma la crescente rilevanza economica dei beni protetti, la necessità di garantire mercato e concorrenza, e i progressi scientifici e tecnologici che li hanno interessati hanno reso obsolete o insufficienti le norme preesistenti, determinando un ripensamento della regolazione, che ha spesso significato anche il loro transito dalla sfera civilistica a quella pubblicistica, o la creazione di Istituzioni ad hoc per la loro protezione o ancora l'intervento di istituzioni e regole sovranazionali. È il caso della regolazione del settore alimentare. La sicurezza degli alimenti ha avuto a lungo un apparato di norme che puntava sulle sanzioni della responsabilità e su poteri di vigilanza con finalità di protezione della salute. Ci si riferisce in particolare agli artt. 242 e ss. del T.U. delle leggi sanitarie approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265¹. Poi la spinta legata alle esigenze di garantire il mercato unico ha mutato completamente il tipo di regolazione, divenuto pubblicistico, sovranazionale, anzi globale, e attrezzato ad affrontare la maggiore complessità ed eterogeneità degli interessi in gioco.

¹ M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*.

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

Si pensi anche alla protezione degli animali: essa era già assicurata dal codice penale sardo-italiano (art. 685), ma la ratio della disciplina, che vietava di "incrudelirsi" nei confronti degli animali, non era volta tanto alla difesa degli animali, quanto della pubblica moralità. È solo in tempi recenti che le norme poste a protezione degli animali sono divenute il frutto della giuridificazione di un dovere di cura e protezione della specie non umana riconosciuto in capo alla specie umana (Giovanni Martini).

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

Significativo, anche per l'intreccio tra dimensione nazionale e internazionale/sovranaazionale, è il processo di giuridificazione che ha riguardato la proprietà industriale: innanzitutto, la disciplina presenta fin dalla fine dell'800 una dimensione internazionale (la prima Convenzione dell'Unione per la tutela della proprietà industriale risale al 1883), che si lega alla naturale dimensione ultra-statuale di tali diritti (di marchio e di brevetto), che ha condizionato la disciplina interna degli Stati (Cassatella); inoltre, l'evoluzione della regolazione mostra qui un passaggio da una concezione dominicale dei diritti di privativa - ricalcata sul modello della proprietà sui beni materiali e tutto riconducibile alla disciplina codicistica - ad una concezione "amministrativa" del diritto industriale, che deve dialogare con una moltitudine di interessi, presidiati dalle

amministrazioni coinvolte (a livello internazionale, sovranazionale e nazionale), fino a perdere la sua consistenza di diritto soggettivo, per assumere le vesti di un interesse legittimo pretensivo, se l'invenzione riguarda materiale biologico o le biotecnologie².

In molti dei settori considerati, soprattutto laddove la rilevanza economica degli interessi si è notevolmente accresciuta, può dirsi che si sia prodotta soprattutto una pubblicizzazione della disciplina in risposta alla maggiore complessità degli interessi coinvolti. Le norme civilistiche e i meccanismi propri della responsabilità (civile e penale) hanno così richiesto l'affiancamento di sedi e attori pubblici in grado di meglio comporre e conciliare i diversi interessi (privati e pubblici) in gioco: nella regolazione della concorrenza, della proprietà industriale, del diritto d'autore, della sicurezza alimentare, a fianco degli interessi del produttore, dell'impresa, o dell'inventore sono emersi gli interessi dei consumatori, dei concorrenti, ma anche quelli ambientali, alla salute, alla diffusione della conoscenza e così via.

Alla logica dei rapporti bipolari si è sostituita, dunque, una logica di rapporti multipolari, rispetto ai quali le amministrazioni sono state investite della funzione di arbitro neutrale e regolatore.

La giuridificazione e l'emersione di interessi e posizioni soggettive.

Se la *juridification* sposta il confine di ciò che è giuridicamente rilevante e ne muta le tecniche di tutela, essa è anche idonea a trasformare interessi di fatto in interessi giuridicamente protetti e dunque ad accrescere le posizioni soggettive del cittadino garantite dall'ordinamento. Il modo, tuttavia, in cui ciò avviene può variare molto da settore a settore, dato che rilevano qui le tecniche di protezione di volta in volta prescelte. Il processo di giuridificazione può creare doveri prima inesistenti, oppure diritti azionabili dal singolo cittadino o ancora azioni popolari o rimedi esperibili nell'interesse generale. La tutela degli interessi giuridicamente rilevanti può essere assicurata ex ante o ex post, fondarsi sulla previsione di poteri di controllo o di autorizzazione oppure su azioni di responsabilità civile o penale.

² Rileva A. Cassatella come in tal caso la posizione giuridica soggettiva di chi richiede il brevetto potrebbe qualificarsi come interesse legittimo pretensivo, posto che la brevettabilità è condizionata non solo alle oggettive caratteristiche tecniche dell'invenzione, ma ad apprezzamenti amministrativi in cui non sono escluse valutazioni di opportunità.

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

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

Anche nelle politiche di genere il processo di giuridificazione mostra un'evoluzione sensibile quanto a tecniche di protezione: come rileva Anna Simonati nel suo studio, il tentativo di rendere effettiva l'eguaglianza di genere ha prodotto non solo la creazione di interessi individualmente azionabili, ma anche il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio per la salvaguardia delle quote di genere in capo agli elettori e alle associazioni di settore. Un simile passaggio, del resto, è divenuto logico quando si è riconosciuto, per una mutata sensibilità culturale, che il rispetto delle quote era la via non solo per assicurare la

partecipazione alla politica del genere femminile ma per una più generale aspirazione «alla qualità dell'attività istituzionale».

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

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

Ancora ragioni di mercato spingono i processi di giuridificazione nel settore della sicurezza alimentare, della proprietà industriale e del diritto d'autore, così come pure determinano incursioni nella disciplina degli ordini professionali e dei codici di condotta. L'effetto di emersione di posizioni soggettive prima non "giuridiche" ha svariati contorni. Nel caso della sicurezza alimentare si rafforza la tutela del consumatore ma si profila anche la protezione di interessi non contemplati nella disciplina primordiale, per i quali la costruzione di una rete pubblica di regolatori è apparsa la via maestra; la concorrenza, a sua volta, affida la protezione degli interessi a meccanismi sia di *private enforcement* (tipicamente l'azione di danni dell'operatore economico danneggiato dalla violazione della legislazione antitrust) che di *public enforcement*, poggiante cioè sui poteri di

regolazione e sanzione delle autorità pubbliche. Del resto, in questo settore, è proprio la combinazione di strumenti privatistici e pubblicistici a garantire un sistema efficace di repressione delle violazioni, come rilevano Cornella e Pellizzari nel loro contributo. Qui è interessante rilevare come le opzioni europea e statunitense divergano in proposito significativamente, in risposta ad un approccio culturale più o meno liberal dei due ordinamenti: l'effettività della disciplina antitrust è affidata, in Europa, soprattutto a meccanismi di enforcement pubblico, che hanno visto anche la creazione di una rete delle autorità antitrust europee guidata dalla Commissione Ue (benché di recente la Commissione europea si sia attivata per potenziare il ricorso al *private enforcement*); mentre, negli Stati Uniti, la tutela degli interessi è affidata principalmente al *private enforcement*, essendo i privati (e non le autorità pubbliche) i principali guardiani del rispetto delle norme sulla concorrenza.

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

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

Le tecniche e gli strumenti di giuridificazione.

Proviamo ora a inventariare, per così dire, i diversi tipi di giuridificazione che abbiamo incontrato nelle ricerche di base.

Non si può che ovviamente procedere a una estrema semplificazione di una complessità che, in realtà, non si presterebbe di per sé a essere semplificata, se non al prezzo di forzature.

In rarissimi casi, innanzitutto, un valore o interesse pare essere divenuto da pressoché irrilevante sul piano giuridico a giuridicamente rilevante. Si pensi, ad esempio, alla protezione degli animali, il cui processo di giuridificazione ha tratto le proprie premesse da una sorta di sussulto culturale, che in un breve arco di tempo ha indotto l'opinione pubblica a relazionarsi al mondo animale con un approccio non più monopolizzato dalle componenti emozionali, in quanto tale incompatibile con la predisposizione di regole di condotta generali e astratte e, di conseguenza, con la previsione di adeguati strumenti di repressione per le condotte non conformi alle predette regole. Si tratta, probabilmente, di un caso alquanto isolato, ma non privo di un suo specifico interesse. Esso, infatti, mostra l'attitudine dell'ordinamento a compiere repentini "scatti in avanti", non sempre e non necessariamente supportati dal rassicurante conforto della tradizione.

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

Non sono mancati, tuttavia, nell'arco di tempo preso in esame dalle ricerche, fenomeni di diminuzione di intensità e di strumenti di tutela di determinati interessi. In questi casi si potrebbe più efficacemente parlare di "movimenti"

(talvolta ciclici, cfr. le ricerche in tema di ordini professionali e di sport) di de-giuridificazione, che, nelle ricerche pervenute, sono stati spesso guardati favorevolmente, e financo auspicati (si vedano le ricerche sugli ordini professionali e sulla parità di genere). Si tratta di fenomeni che per lo più scaturiscono da una disincantata presa d'atto della scarsa attitudine della norma giuridica a perseguire obiettivi di interesse pubblico la cui concretizzazione pare, in definitiva, subordinata ad una evoluzione della sensibilità culturale e politica collettiva. Evoluzione che in taluni casi rischia, paradossalmente, di essere ostacolata, o comunque rallentata, proprio dalla predisposizione di norme percepite come estranee al sistema ordinamentale e, financo, di dubbia legittimità costituzionale (si pensi, anche in questo caso, alle cd. quote rosa, che rischiano di entrare in frizione proprio con il principio di uguaglianza che vorrebbero attuare).

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

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

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

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

Il secondo tipo di giuridificazione riguarda, invece, i casi in cui determinati valori e interessi, già protetti o proteggibili nell'ordinamento giuridico generale attraverso

strumenti privatistici (e, in alcune ipotesi, pure penalistici), vengono “pubblicizzati” e, se così si può dire, “amministrativizzati”, ossia protetti anche attraverso strumenti di diritto amministrativo (qui gli esempi sono i più numerosi e disparati: si pensi, tra gli altri, ai casi della tutela dell’ambiente, della tutela della concorrenza, della tutela del diritto d’autore, della tutela della proprietà industriale, della tutela della parità di genere, oltre che alle giuridificazioni dello sport e degli ordini professionali). In questo caso la giuridificazione si intende, quindi, come attrazione nel perimetro del diritto amministrativo. Più che di giuridificazione sarebbe, pertanto, opportuno parlare di trasfigurazione in chiave pubblicista, *melius* amministrativistica, della risposta offerta, in termini di tutela, a determinate esigenze fino a quel momento “curate” con strumenti privatistici o, in casi estremi, con il ricorso al diritto penale. Questo processo di attrazione verso il diritto amministrativo risponde a logiche diverse a seconda del “punto di partenza” di tale transizione. Per i processi di depenalizzazione la logica ispiratrice, come è evidente, consiste in una più razionale articolazione della risposta sanzionatoria, che spesso assume caratteri di maggiore incisività – e dunque dissuasività – proprio quando si colloca al di fuori del perimetro del diritto penale. Molto più complessa, di contro, risulta la transizione dai territori del diritto privato. Si tratta, infatti, di un fenomeno molto eterogeneo, la cui ragion d’essere pare inevitabilmente legata al contenuto della singola regola di volta in volta “trasfigurata”. Ciò, nonostante, sembra possibile individuare un duplice elemento che, in termini generali, incentiva alla amministrativizzazione degli istituti privatistici. Esso concerne, sul fronte sostanziale, il carattere imperativo, e dunque non disponibile, delle norme di diritto amministrativo (che le differenzia dai frequenti “omologhi” di diritto privato) e, sul fronte processuale, il più ampio regime di giustiziabilità degli atti, che coinvolge, come noto, anche i terzi controinteressati. L’amministrativizzazione, dunque, sembra per lo più ispirata ad obiettivi di maggior effettività delle regole giuridiche, i quali, tuttavia, spesso risultano purtroppo compromessi da una interpretazione formalistica delle regole sia sostanziali che, e forse anche soprattutto, processuali.

Il terzo tipo di giuridificazione concerne i casi in cui determinati valori e interessi, già protetti dall’ordinamento giuridico generale attraverso strumenti di diritto amministrativo, vedono accresciuta la loro tutela tramite ulteriori strumenti

amministrativistici (si pensi, in particolare, al caso emblematico del settore alimentare, che risulta essere stato oggetto di una sorta di “panpublicizzazione”).

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

Ciò, ovviamente, riflette una precisa opzione metodologica. In ossequio ai compiti affidatici e coerentemente col quadro dell'intera ricerca esposta in questo convegno si è, infatti, scelto di lasciare sullo sfondo gli strumenti di giuridificazione civilistici e penalistici – e, in particolare, le giuridificazioni realizzate soltanto tramite strumenti civilistici – per concentrare, invece, l'attenzione su quelli amministrativistici e, segnatamente, sui “movimenti” di giuridificazione che hanno per protagonista il diritto amministrativo.

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

L'utilizzo dei primi risulta preferibile, se non necessario, almeno in un duplice ordine di ipotesi.

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

La seconda concerne i casi in cui il diritto viene a “trattare” temi in cui il ruolo della scienza risulta decisivo, dovendo, pertanto, la legislazione rinviare ampiamente a nozioni proprie di discipline extragiuridiche, e alle evoluzioni e progressi che le nozioni in questione costantemente conoscono (si pensi, ancora, alla giuridificazione della bioetica, nonché a quella della tutela ambientale con specifico riguardo all'uso del principio di precauzione che viene fatto in materia di ambiente). In questi casi, le fattispecie concrete su cui il diritto è chiamato ad intervenire mal si prestano al disegno di rigide norme puntuali, risultando, di contro, fondamentale il ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, in quanto

tali dotati di una intrinseca plasticità (destinata a trovare nell'interpretazione giurisprudenziale il proprio ambito primario di manifestazione).

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

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

La cronaca legislativa degli ultimi decenni dimostra, del resto, come l'utilizzo eccessivo e maldestro degli strumenti di *hard law* possa determinare un irrigidimento del sistema di regole (e, nei casi più estremi, finanche una situazione di contraddizione interna alla legislazione) tale da indebolire la tutela dei valori e degli interessi che la disciplina adottata sarebbe teoricamente finalizzata a proteggere (interessante, al riguardo, è la disamina critica di Riccardo Ursi sul modo in cui in Italia, nei tempi più recenti, è stato giuridificato il canone dell'efficienza della pubblica amministrazione). In questo senso il ricorso a strumenti di *soft law*, ivi compresa l'ermeneutica dei principi, pare, in definitiva, un vero e proprio baluardo a presidio della perdurante giuridificazione di ambiti e settori che, diversamente, rischierebbero di intraprendere delle surrettizie traiettorie degiuridificanti.

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

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

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

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

Le fonti e gli attori delle giuridificazioni.

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

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

Inoltre, va osservato che in numerosi e rilevanti casi, specialmente laddove si è trattato di riconoscere e tutelare diritti fondamentali della persona, sono intervenute giuridificazioni non normative, ma giurisprudenziali, ad opera segnatamente della Corte di giustizia comunitaria e/o della Corte europea dei

diritti dell'uomo, a livello sovranazionale; nonché, spesso attraverso un proficuo dialogo con dette Corti, reso possibile dall'utilizzo dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ad opera della Corte costituzionale e/o dei giudici amministrativi e civili, a livello nazionale. Si pensi, per esempio, all'ambito della protezione dei dati personali, della tutela delle chance (in cui un ruolo decisivo è peraltro stato svolto anche dalla dottrina - Antonelli) e, forse soprattutto, a quello della bioetica, in cui il ruolo della giurisprudenza è stato giudicato da più parti addirittura abnorme.

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

La giuridificazione pretoria per lo è scaturita da una logica di supplenza rispetto al silenzio del diritto positivo, dovuta a un legislatore che non è in grado o non vuole intervenire, e si impernia sulla valorizzazione dei principi, i quali hanno l'elasticità per poter operare proficuamente anche nel rispondere alle istanze che pongono le relazioni tra ordinamenti sovranazionali e ordinamenti nazionali (al riguardo, si v. in particolare la ricerca di base di Andrea Cardone).

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

Perciò si parla, da parte di alcuni, di giudici "creatori di diritti" e "costruttori di ordinamenti".

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

Inoltre, il ruolo di supplenza di cui si sentono investiti i giudici può talvolta scadere in giuridificazioni sbilanciate, incapaci cioè di vagliare la portata sistematica (e in termini di sostenibilità finanziaria) di interventi giudiziari mossi

soprattutto dall'urgenza di dare una risposte ad istanze inedite che si legano ad interessi sensibili. L'influenza del precedente giurisprudenziale, anche in un contesto di civil law come quello nostrano, è, peraltro, percepita con crescente intensità, e, recentemente, è stata in qualche modo perfino (direi paradossalmente) positivizzata (il riferimento è all'art. 99 co.3 c.p.a.). Anche questo dato pare tutt'altro che trascurabile, nella misura in cui rafforza il ruolo sostanzialmente nomopietico della giurisprudenza, la cui compatibilità con l'ordinamento costituzionale appare condizionata alla qualità della legislazione. Ciò, tuttavia, a sua volta innesca una sorta di corto circuito logico: il ruolo nomopietico del giudice a tutt'oggi per lo più scaturisce dall'esigenza di colmare le lacune e – soprattutto – le aporie della legislazione, ma al tempo stesso tale ruolo nomopietico appare coerente con il nostro ordinamento costituzionale solo a condizione che la “materia prima” utilizzata dal giudice, ossia il diritto positivo, sia sufficientemente razionale e coerente (sebbene non necessariamente iperdettagliato, cfr. quanto sopra si è detto sul ruolo degli strumenti di soft law). Da questo corto circuito si esce solo ridisegnando il ruolo della giurisprudenza, e, in particolare, declinando tale ruolo non già in chiave di *supplenza* rispetto ai doveri incompiuti del legislatore, ma, piuttosto, in termini di costante intermediazione creativa tra il piano delle regole generali ed astratte (in particolare quelle espresse mediante la formulazione dei principi) e le specificità delle mutevoli fattispecie concrete di volta in volta sottoposte al sindacato.

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

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

Lo stesso può dirsi se si considerano le sentenze rese in tema di cure sperimentali (vicenda Stamina) in cui il giudice ha espanso pericolosamente il proprio *judicial activism* fino a delegittimare “le altre e ordinarie forme della

produzione giuridica” e a interrogarsi sulla sua legittimazione in termini di “who guards the guardians” (Cortese-Penasa).

D’altro canto, gli orizzonti d’azione del giudice “costruttore dell’ordinamento” sono oggi resi più aperti dall’esistenza di canali privilegiati di dialogo diretto con le Corti europee (Corte di giustizia e Corte Edu), grazie ai quali lo stesso ambito normativo in cui il giudice opera si è notevolmente dilatato: non solo il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall’art. 267 TFUE, ma anche il rinvio consultivo previsto di recente dal Protocollo 16 della CEDU consentono, infatti, alle giurisdizioni di merito nazionali un costante e fattivo dialogo con la giurisprudenza delle due Corti, attraverso il quale la soluzione del caso può (e dovrebbe) avvenire alla luce di un quadro normativo multi-livello (Andrea Carbone).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In altri settori, una significativa omogeneità non è (ancora) presente, nè desiderabile³: si consideri, a questo proposito, quanto messo in luce da Margherita Ramajoli, in tema di sicurezza alimentare e disciplina della immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, in cui esigenze di flessibilità (e differenziazione) continuano ad ispirare le regole che disciplinano le decisioni in materia.

In estrema sintesi: omogeneità e unificazione normativa non sono necessariamente un bene. Non lo sono quando, in particolare, esigenze di pluralismo consigliano un approccio differenziato, quando le specificità culturali e nazionali ne risulterebbero inutilmente compresse, quando un approccio generale risulterebbe inadatto ad offrire una risposta equa, in definitiva quando la complessità del fenomeno da regolare richiede una risposta giuridica altrettanto complessa e articolata.

Naturalmente, le differenziazioni non devono essere né caotiche, né discriminatorie né foriere di inefficienze dell'azione regolatoria, sicché è la

³ E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; L. Torchia, *Il governo delle differenze*, Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo, Bologna, Il Mulino, 2006, 13 e ss.

costante ricerca di un equilibrio tra i due fattori (della differenziazione e della uniformità) o il loro giusto dosaggio a conferire adeguatezza e proprietà all'intervento normativo.

Il rapporto tra giuridificazione e scienza

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

Se è la scienza a produrre la necessità di un mutamento della disciplina giuridica, di questa stessa scienza dovrà tenersi conto nel disciplinare la nuova realtà e gli interessi che in essa sono emersi. In una qualche misura, infatti, il diritto – la soluzione giuridica – deve incorporare il dato scientifico, deve basarsi su esso, a pena (altrimenti) di risultare irragionevole⁴.

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

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

Nel caso del principio di precauzione, la Corte di giustizia è stata chiara nell'indicare la necessità di un doppio passaggio nella procedura decisoria pubblica, relativo il primo al risk assessment, e il secondo al risk management: l'accertamento del rischio deve essere pregiudiziale rispetto alla decisione su come

⁴ C. Casonato, S. Penasa:

gestirlo e deve rispondere ad alcuni requisiti, quali l'aggiornamento del dato scientifico, la sua rivedibilità nel tempo, l'indipendenza del soggetto accertatore, la minuziosità e il rigore scientifico delle operazioni di valutazione⁵.

Sarà poi nel momento della gestione del rischio – separato e conseguente rispetto al primo – che considerazioni di opportunità e opzioni culturali potranno rilevare ai fini di giustificare l'una o l'altra decisione⁶.

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

Lo stesso vale nell'ambito del biodiritto: qui la giuridificazione (sia essa di matrice pretoria ovvero legislativa) non dovrebbe prescindere dall'attenta considerazione dei dati scientifici e dalla specificità dei casi, pena la formulazione di norme giuridiche percepite dalla comunità scientifica e dall'opinione pubblica come eccessivamente rigide. Si pensi, a titolo di esempio, alla legge 40, oggetto di vibranti, a ancora non sopite, polemiche, sfociate, purtroppo, in una anacronistica contrapposizione tra mondo laico e cultura cattolica.

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

L'Italia non appare, al riguardo, ancora attrezzata: non sono previsti né organi tecnici specializzati e indipendenti in grado di assicurare la necessaria flessibilità della disciplina (sul modello, ad esempio, di quanto accade nel Regno Unito o in Francia⁷), né è stabilito un dialogo istituzionale con la scienza all'interno del procedimento legislativo, ciò che invece contraddistingue altre esperienze europee, in cui un'apertura del legislatore sia alla *expertise* che alla società civile (si pensi agli *Etats généraux de la bioéthique* in Francia e alle consultazioni della

⁵ Tribunale, 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health S.A. C. Consiglio*. Sia consentito rinviare a B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in A.M. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 149; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2006, 322 e altra bibliografia da citare.

⁶

⁷ Qui appositi organismi (La *Agence de la biomédecine* e la *Human fertilization and Embryology Authority*) hanno il compito di dettare i codici di condotta e le linee guida, oltre che di autorizzare pratiche non permesse in via generale): cfr. C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*.

società civile nel Regno Unito) è considerata necessaria per assicurare un'adeguata compenetrazione tra dato scientifico e volontà generale⁸.

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

Giuridificazione e impronta culturale

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

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

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

⁸ Il tema è stato esplorato da S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

Accogliendo questa prospettiva costituzionalmente orientata la giuridificazione "propulsiva" (ossia quella volta ad "accendere" consapevolezze non del tutto emerse nella cultura "di massa") può ritenersi immune da inaccettabili derive ideologiche e, ancor più, da pericolose e anacronistiche commistioni tra diritto e morale.

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

I limiti ai processi di giuridificazione (e a quelli di de-giuridificazione), nella prospettiva dell’unificazione europea.

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

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

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

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

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

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

Proseguendo nell'analisi sui limiti della giuridificazione occorre certamente menzionare il rispetto della libertà di ricerca scientifica. La scienza, come si è visto, sottopone al giurista problemi inediti, rispetto ai quali occorre fornire risposte in grado di condizionare anche la qualità della vita delle generazioni future. Le risposte del diritto possono, ovviamente, incidere sull'utilizzo dei risultati cui la scienza è pervenuta. Quel che, di contro, al diritto deve ritenersi precluso è, incidere sulla percorribilità stessa di determinati percorsi di ricerca scientifica. In termini di brutale semplificazione: il diritto avrebbe potuto e dovuto impedire l'uso delle armi atomiche, ma, di contro, non avrebbe potuto ostacolare il progresso della fisica nucleare, da cui, non a caso, sono scaturite importantissime e "virtuose" applicazioni pratiche (si pensi, ad esempio, a tutto il ramo della diagnostica). La libertà scientifica, peraltro, non può dirsi adeguatamente tutelata solo astenendosi dalla formulazione di divieti, i quali peraltro - in un contesto ordinamentale e culturale come quello odierno - di certo non supererebbero lo scrutinio di legittimità costituzionale cui tali ipotetiche norme di divieto verrebbero certamente sottoposte. La libertà scientifica, ancora una volta, non può essere adeguatamente tutelata senza interventi "in positivo", ossia senza un adeguato supporto, anche e soprattutto economico, al mondo della ricerca, per far sì che esso continui a rappresentare una prospettiva realistica ed accessibile anche per le nuove generazioni di (potenziali) studiosi. In quest'ottica, le sinergie con il privato si sono rivelate esperienze virtuose, che in molti casi hanno assicurato continuità e prospettive di crescita a molti relevantissimi percorsi di ricerca scientifica. Ciò non implica, tuttavia, che si possa in qualche modo soprassedere sull'urgenza di un incremento degli investimenti pubblici nella ricerca scientifica, in assenza dei quali tutte le affermazioni sull'importanza della libertà scientifica rischiano di esaurirsi in una sterile retorica propagandistica.

Nel quadro sinora delineato si è sfiorato, sia pur incidentalmente, il tema dei "costi", su cui occorre a questo punto spendere qualche parola in più. La giuridificazione di per sé non è fenomeno economicamente neutro. La predisposizione di sistemi di tutela di nuovi valori o interessi di per sé comporta (o meglio dovrebbe comportare, nell'ottica della effettività), da parte dell'ordinamento, la predisposizione di adeguati strumenti di enforcement, i quali spesso, come si è visto, implicano processi di entificazione (cui si associano inevitabili flussi di spesa di risorse pubbliche) e comunque in ogni caso

impongono, da parte degli apparati pubblici, il compimento di attività di controllo ed - eventualmente - repressione, anch'esse non prive di rilievo economico. Tutto ciò, ovviamente, impone di assumere, rispetto ai processi di giuridificazione, un approccio scevro da connotazioni ideologiche, e pragmaticamente orientato ad un modello di azione basato su una lista di priorità condivise. Come sopra si è visto la protezione giuridica, per essere effettiva, deve essere "dispendiosa", ovviamente sul lato pubblico. Di qui l'esigenza di individuare all'esito di un indispensabile, e per certi versi disincantato, processo di ponderazione del peso specifico delle varie esigenze di tutela manifestate dal corpo sociale, adottando, come principale criterio di apprezzamento, quello del grado di prossimità dell'interesse considerato rispetto al perimetro dei principi costituzionali.

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

Da un lato, infatti, la scarsità di risorse finanziarie ha rappresentato il motore di diversi processi di giuridificazione, per lo più finalizzati a una regolazione efficiente dei rapporti economici e ad una più generale "moralizzazione" dei mercati. In questo senso la giuridificazione ha assunto le forme di un neo-umanesimo, che ha assunto connotati particolarmente marcati in sede europea, ove - nell'arco di un breve arco di tempo - si è assistito al superamento dell'originaria impostazione mercantile in favore della progressiva affermazione di una sensibilità più calibrata sulle esigenze della persona. Di ciò le politiche di coesione forniscono una tangibile testimonianza.

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

La de-giuridificazione è, evidentemente, un processo molto più delicato della giuridificazione, giacché reca con sé il rischio di inaccettabili arretramenti sul fronte della salvaguardia dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale. Sotto questo profilo il ruolo del giurista contemporaneo risulta particolarmente complesso, nella misura in cui consiste in un accurato bilanciamento tra le esigenze di effettività della protezione giuridica (che ostano a

fenomeni di iper-protezione o di protezione generalizzata) e quelle di irrinunciabile implementazione dei principi e dei valori costituzionali.

Versione provvisoria