

ISTITUTO PER RICERCHE ED ATTIVITÀ EDUCATIVE

CONTESTI FILOSOFICI DEL DISCORSO SCIENTIFICO

XV Convegno

## IL PROCESSO DECISIONALE

RISULTATI DEL CONVEGNO

Napoli, 27 novembre 1999

a cura di

EZIO MARIANI

Comitato Scientifico I.P.E.



Napoli 2000

## LA DECISIONE GIURIDICA (I)

LUCIO IANNOTTA

Ordinario di Diritto Amministrativo  
Seconda Università degli Studi di Napoli

1. I contesti pluridisciplinari — come ho avuto modo in più occasioni di rilevare — inducono gli studiosi delle varie discipline — soprattutto quando affrontino temi transdisciplinari, qual è sicuramente quello dei processi decisionali e della decisione — a far emergere ciò che vi è di essenziale nelle varie discipline riscoprendo anche o, forse meglio, ricordando le esigenze primordiali alle quali corrisponde l'attività umana oggetto della speculazione teorica. Ciò comporta uno sforzo di deformalizzazione e detecnizzazione nell'esposizione dei concetti e impone altresì una chiarificazione terminologica intorno al significato da attribuire non solo a parole ed espressioni tecniche, ma anche a espressioni di carattere generale e di uso pluridisciplinare.

L'esigenza di chiarificazione del significato si impone a doppio titolo per l'espressione "decisione giuridica" presentando essa un profilo tecnico ("giuridica") accanto ad uno transdisciplinare (decisione).

Per decisione giuridica intendo in questa mia relazione ogni decisione nella quale venga (o debba venire) in considerazione direttamente il "diritto" quale fondamento o limite della decisione medesima, in una prospettiva non solo patologica e conflittuale ma anche fisiologica e conciliativa.

In quest'ottica la decisione giudiziaria (sebbene costituisca la più alta manifestazione di decisione giuridica) non esaurisce il

campo delle decisioni giuridiche rientrandovi altresì quelle assunte da altri poteri pubblici; nonché quelle provenienti da soggetti privati nello spontaneo adeguamento al diritto.

Che del diritto (o meglio dei diritti) debbano tener conto anche le decisioni imprenditoriali è sempre più consapevole la dottrina economica: si pensi al recente conferimento dei premi Nobel per l'economia, nel 1992 a Ronald H. Coase, teorico della necessaria considerazione dei diritti nella definizione delle strategie aziendali, e nel 1998 ad Amartya Sen, per i suoi studi sulla conciliazione di esigenze di rigore finanziario e di tutela necessaria dei diritti umani, in un contesto nel quale la povertà è diventata problema globale e comune.

2. L'oggetto specifico di questa mia relazione è costituito dalle conseguenze della decisione giuridica così intesa, vale a dire dai suoi effetti materiali, dalla sua esecuzione e quindi dal suo impatto su persone o cose.

Per dirla in altri termini, ho preso in considerazione ciò che viene "dopo" la decisione: dopo rispetto al tempo in cui essa è assunta; e ciò che è "fuori" rispetto alla "sede" in cui la decisione stessa è definita.

Si tratta, come è evidente, di elementi che — in quanto successivi ed esterni — sembrano non appartenere alla decisione in se e al processo decisionale da cui essa scaturisce; ma che invece ne fanno intimamente parte sia per l'ovvia e naturale necessità di tener conto delle conseguenze che possono derivare da ogni comportamento umano (principio di responsabilità: Jonas), sia perché l'evoluzione dell'ordinamento italiano ed europeo (ma si tratta di fenomeno mondiale) ha trasformato queste componenti "materiali" esterne e successive in elementi da considerare, da valutare e possibilmente da definire ex ante.

Mi riferisco alla sempre più accentuata caratterizzazione dell'ordinamento in termini finalistici e di risultato, con l'elevazione

dell'efficacia a principio generale, unitamente all'economicità, come esigenza di buon uso delle limitate risorse materiali (art. 1 l. 241 del 1990; art. 1 co. 6 l. 59/97 e succ.mod.); alla sempre più diffusa tutela dei diritti e delle libertà fondamentali colti nella loro dimensione anche materiale di beni della vita spettanti (almeno nel loro minimum) ad ogni uomo in quanto uomo (Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali — Parlamento Europeo 12.4.1989; Trattato U.E. art. 5 (ex art. E)).

3. In ragione dell'elevazione dell'obbligatorio conseguimento di risultati, del buon uso delle risorse e del rispetto e della valorizzazione dei diritti fondamentali a norma giuridica fondamentale e a principio istituzionale, ai soggetti non solo pubblici ma anche privati — ancorché per ragioni e motivazioni diverse — viene sempre più richiesto un atteggiamento di autocontrollo, di autoverifica e all'occorrenza di autocorrezione e di riesame volto ad evitare conseguenze antieconomiche e pregiudizievoli per se e per gli altri, a volte irreversibili.

Di tale doveroso atteggiamento sono espressioni le norme sul controllo di gestione nella pubblica amministrazione (l. 14.1.1994 n. 19, cfr. Corte Cost. n. 29 del 12-27.1.1995); sull'accordo, quale normale modulo di azione amministrativa (l. 241 del 1990); sulla partecipazione, volta non solo alla soddisfazione degli interessi di chi partecipa ma anche alla preventiva definizione dei conflitti (v. ancora l. 241 del 1990 e l. 142/90); sulle autorità indipendenti quali garanti non solo del rispetto delle regole di mercato, ma anche dei diritti e delle libertà fondamentali (v. Parere Garante Concorrenza e Mercato del 19.5.1999 in Bollettino 18/99).

4. Il risultato, i diritti fondamentali come beni della vita spettanti a ognuno, le risorse del cui buon uso si preoccupa l'ordinamento: costituiscono entità che si collocano e si muovono sul piano fisico, materiale della realtà, con la conseguente necessità di tenerne conto direttamente all'interno delle decisioni giuridiche che li coin-

volgano fin dalla loro assunzione per non sacrificarli, per garantirli e per valorizzarli.

Ne derivano sia una spiccata caratterizzazione dell'ordinamento giuridico in termini sostanziali e personali oltre che finalistici, in ragione della identificazione del risultato giuridico con la conservazione, l'acquisizione e la creazione di beni; sia la necessità di valutare — sul piano giuridico (v. Norme sulle Carte dei Servizi e legislazione sui lavori pubblici) — la qualità del risultato (buonocattivo, efficace-non efficace, giusto-ingiusto, economico-antieconomico, ecc.).

5. Ma ne deriva altresì, sul piano della prassi e sul piano della riflessione teorica sulla realtà, la riscoperta dei legami di chi decide, nel momento in cui decide, con le persone e con le cose sulle quali la decisione viene ad incidere. Persone e cose che si manifestano contestuali e contemporanee a colui che decide il quale per ciò stesso appare titolare di un potere limitato e contestualizzato, facendo apparire in particolare presente e vicino sul piano materiale ciò che appare futuro e lontano sul piano razionale (sul punto rinvio ai miei studi sulla considerazione del risultato nella funzione amministrativa e nel giudizio amministrativo).

Il necessario rispetto dei beni e delle libertà fondamentali e il necessario conseguimento del risultato (sub specie anche di realizzazione delle iniziative di sviluppo economico e sociale) rendono quindi doveroso per i soggetti dell'ordinamento guardare e pensare innanzitutto all'impatto delle loro decisioni sulla specifica e concreta realtà coinvolta; e per ciò stesso verificare anche i presupposti sui quali si fondano le decisioni, compresi quelli costituiti da "leggi" (nella prospettiva dell'applicazione a casi concreti) per evitare appunto effetti ingiusti o antieconomici.

6. Emerge in tal modo quella che costituisce in realtà una delle "norme" fondamentali non scritte degli ordinamenti giuridici più evoluti sul piano della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali:

vale a dire la norma per la quale a nessun soggetto dell'ordinamento può essere consentito o imposto di tenere scientemente e deliberatamente comportamenti ingiusti, comportamenti cioè che, pur in applicazione di norme, distruggano, non attribuiscono o impediscano la nascita di beni fondamentali della vita. Per esprimere il concetto in termini normativi si può dire che nel nuovo ordinamento di risultato e di tutela e valorizzazione dei diritti fondamentali ciascun soggetto è tenuto a compiere una valutazione di "costituzionalità"; a verificare cioè se dall'esecuzione di decisioni preve o delle proprie stesse decisioni derivi la compromissione di quei beni fondamentali protetti come diritti inviolabili dalle costituzioni scritte e ancor più profondamente dalla istituzione sulla quale le costituzioni si fondano.

7. Ad avvalorare queste affermazioni costituisce prezioso punto di riferimento la giurisprudenza della Corte Costituzionale che nel corso dell'ultimo decennio si è andata evolvendo in chiave personalistica, assicurando tutela a diritti fondamentali in quanto tali e che in ragione di ciò ha proposto interpretazioni adeguate delle norme (cfr. Francesco Guizzi, *La decisione giudiziaria*), ovvero ha legittimato la mancata applicazione o la disapplicazione di precetti che, se interpretati alla lettera o applicati pedissequamente, avrebbero determinato, appunto, la distruzione o la mancata attribuzione di beni della vita protetti come beni fondamentali.

Questa giurisprudenza — nel dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate — ha riconosciuto che l'interpretazione proposta nella decisione di costituzionalità era presente nell'ordinamento e poteva quindi essere spontaneamente attuata. Pertanto, in quei casi, ciò che è stato "scoperto" alla fine del giudizio di costituzionalità e quindi dopo almeno un grado di giudizio di merito e dopo l'intervento di atti, provvedimenti o comportamenti di segno contrario, era in realtà visibile e realizzabile fin dall'inizio, fin dalla prima decisione o dal primo comportamento

posto in essere da un soggetto dell'ordinamento, ancorché non dotato di poteri pubblici.

8. Non c'è in effetti bisogno di aspettare una decisione giudiziaria per capire: a) che non è giusto dimezzare la pensione a chi è sotto i minimi vitali indicati dalla legge dello Stato, per il fatto che questi era titolare di tre piccole pensioni e non delle due previste dalla legge (Corte Cost. 8-10.6.1994 n. 240); b) che è ingiusto, in un contesto di diffusa legittimazione dell'obiezione di coscienza, condannare per la terza volta un anarchico sognatore che si rifiutava di prestare servizio militare e di dichiararsi obiettore facendogli scontare una pena enormemente superiore al tempo corrispondente al servizio militare (Corte Cost., 2-28.7.1993); c) che è ingiusto impedire ad una madre extracomunitaria di ricongiungersi col figlio minore, per il fatto che essa, pur sposata con un italiano e impegnata nel lavoro casalingo e pur con mezzi economici adeguati, non era lavoratrice dipendente, come sembrava richiedere la legge positiva (Corte Cost., 12-19.6.1995 n. 28); d) che è ingiusto privare della casa, perché non la occupava stabilmente, una donna che se ne era allontanata per assistere il padre malato in un comune lontano (Corte Cost. 24.1.-3.2.1994 n. 19); e) che era ingiusto dimezzare la pensione ad un operaio che, avendo raggiunto il massimo di contribuzione, ma non l'età pensionabile si era dedicato al lavoro autonomo di pescatore e aveva versato contributi per altri 5 anni (Corte Cost. 22-30.6.1994 n. 264); f) che era ingiusto ritenere sperimentabile una terapia per la cura di malattia incurabile, consentirne la sperimentazione nelle strutture pubbliche e permetterne l'accesso a chi aveva i mezzi economici per procurarsela e negarla, al tempo stesso, a chi tali mezzi non aveva (Corte Cost. 20-26.5.1998 n. 185); ecc..

In tutte queste vicende (delle quali alcune si sono concluse con pronunce di incostituzionalità) il problema vero, se sol si legge la vicenda in termini di beni e di persone, è percepibile immediata-

mente ed è riducibile ai pochi righe nei quali le vicende citate sono state espresse ed è altresì immediatamente risolvibile attraverso quell'istinto razionale che è la giustizia (cfr. Antonio Palma, *La decisione giuridica*), istinto che però ha le sue radici profonde in una tradizione millenaria e che scaturisce in particolare da un'esperienza millenaria di errori e di violazione dei diritti fondamentali ai quali la "giurisprudenza" formale ed informale, in una progressiva crescita, ha posto rimedio.

E alla giustizia in quanto entità appartenente al mondo "fisico", degli uomini e dei beni, non si può accedere primariamente attraverso forme, strumenti e procedimenti che appartengono al piano razionale e costituiscono di essa i mezzi, ai quali mai e poi mai potrebbero e dovrebbero essere sacrificati beni fondamentali, che ne costituiscono i fini.

9. La scienza giuridica non può non guardare a questa realtà (il cui fulcro è costituito dalla stessa essenza della scienza), sforzandosi di cogliere in modo sempre più netto la doverosità del rispetto, della tutela e della valorizzazione dei beni costituenti diritti fondamentali; doverosità alla quale si accompagna la necessità di una loro immediata visibilità, di una loro immediata doverosa soddisfazione o rispetto da parte di chiunque, con la conseguente affermazione della doverosa verifica dei presupposti sui quali si fondano le decisioni.

In virtù di tali acquisizioni la giurisprudenza teorica e pratica dovrà impegnarsi non solo a trovare ma anche ad applicare i mezzi per "riparare subito o evitare subito che il danno si verifichi".

Nella consapevolezza che nell'attuale fase storica l'unico vero modo per non danneggiare i diritti fondamentali e per non rimandarne la tutela è costituito dall'accordo o dallo spontaneo immediato adempimento (strumenti di pace), si impone la necessità di individuare i mezzi che, in caso di mancato spontaneo adempimento o di mancata adesione all'accordo, costringano gli inademp-

menti ad adeguarsi ai "diritti": "*si vis pacem, para bellum*" quindi. Gli strumenti di guerra finalizzati alla pace sono costituiti da processi fondati sull'immediata individuazione del problema e con esso dei beni coinvolti, sulla immediata esternazione delle ragioni di fatto e di diritto, sulla immediata individuazione del risultato cui le parti tendono e, in funzione di ciò, sull'uso di strumenti rapidi che impediscano agli inadempienti di godere del vantaggio costituito dal "tempo" nel quale il loro comportamento sicuramente antiggiuridico resterà impunito. In questa ottica il giusto processo, rapido e paritario, implica ed impone la semplificazione del suo oggetto, ed appare incompatibile con un oggetto complesso e di difficile decifrazione, la cui conservazione darebbe vita ad effetti ancor più ingiusti di quelli derivanti da processi formali.

Gli strumenti in effetti già esistono e sono numerosi, ancor di più se si guarda all'ordinamento europeo e alla possibile utilizzazione di strumenti previsti in altri ordinamenti (disapplicazione-inapplicazione; interpretazione adeguatrice; immediata modifica normativa o richiesta di modifica; ordinanze cautelari in pendenza di giudizi di costituzionalità; controlli di gestione, ecc.). Il problema è quello di funzionalizzarli alla immediata tutela dei diritti e delle libertà — sia da non sacrificare, sia da assicurare — e alla immediata imposizione di comportamenti "costituzionali".

10. In questo contesto emerge un nuovo (antico) ruolo del giurista teorico e pratico chiamato ad abbandonare i contesti meramente tecnici ed a muoversi nella realtà, da giurista (teorico o pratico), per "aiutare" le persone a "vedere" i beni toccati dalle loro decisioni, facendo cogliere le conseguenze che su di essi derivano dall'esecuzione di ciò che si sta programmando; per comporre (non già gli interessi che sono entità astratte, ma) i beni in gioco, mirando tendenzialmente alla massima soddisfazione possibile dei beni di tutte le persone coinvolte; per trovare infine forme adeguate che diano stabilità ai provvedimenti e agli accordi proiettandoli nel

futuro e sottoponendoli ad una preventiva verifica di durata. Per concorrere in tal modo alla formazione di un "diritto" come ordinamento e come scienza, fatto di beni giuridici e di persone, di un "diritto" libero e responsabile, intendendo con questa espressione la spontanea conformazione delle persone al rispetto dei diritti e delle libertà quali entità sostanziali appartenenti ad ogni persona in ogni vicenda; in sostituzione di un diritto fatto di interessi, poteri, soggetti, autorità, procedimenti ai quali la prospettiva idealistica o materialistica ha attribuito vita autonoma facendoli apparire come entità che esistono alla stessa stregua delle persone e delle cose.

Ma alla luce della realtà che irrompe nel mondo dei poteri e della scienza queste entità manifestano la verità della loro mancanza di esistenza autonoma. Esistenza che è invece propria degli uomini e del loro mondo.

11. Scriveva Vittorio Mathieu nel 1980 che la tendenza dei poteri pubblici era quella di trattare i cittadini come minorenni tutt'altro che emancipati. Ai cattivi poteri egli contrapponeva il modello della buona bambinaia, la quale sorveglia che i bambini non si facciano male, ma che lo fa senza toglier loro il gusto di giocare da soli. E quand'anche una volta si metta a giocare con loro si sdoppia: da una parte continua a sorvegliare senza averne l'aria, dall'altra si pone accanto ai bambini senza pretese di superiorità.

Oggi i tradizionali pubblici poteri non sono più quelli di un tempo; sono deboli, anche se si sforzano di mostrare una forza che non hanno più. I "bambini" però hanno disimparato a giocare da soli e credono ancora nella onnipotenza e nella trascendenza dei poteri e li tengono in vita con la loro paura della libertà. La tradizionale visione del potere elaborata in un contesto di stampo idealistico ed autoritario verrà meno se si ritornerà a giocare liberamente, se si riporterà la vita nelle stanze del potere e il potere nella vita, attraverso una costante e continua costruzione "con le proprie

mani" dei diritti e delle libertà quali beni spettanti a uomini veri; rendendo vivo ed operativo quel principio di sussidiarietà che si va sempre più affermando in ogni paese, come principio fondamentale. Sussidiarietà che non significa solo libertà ma anche solidarietà e sostegno a chi da solo non ce la fa e che, in funzione di ciò, postula ed implica un'autorità effettiva, forte ma elastica, capace di apparire e sparire all'occorrenza, favorendo lo sviluppo, in tutti e in ciascuno, di una piena, responsabile ed egualitaria libertà.

Ma ciò implica una recuperata attenzione (alle) ed una recuperata valorizzazione delle concrete e peculiari vicende della vita, all'interno delle quali solamente sarà possibile verificare e valutare il rispetto dei beni e delle libertà fondamentali di ciascuno e quindi l'effettivo rispetto della giustizia; acquisendo in tal modo consapevolezza del fatto che la complessità dei problemi sta più nei nostri schemi mentali, spesso inadeguati, che nei problemi stessi che — nell'assoluta maggioranza dei casi — sono molto più semplici di quello che appare.