



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

SCRITTI IN ONORE DI FRANCO PIZZETTI

a cura di

CRISTINA BERTOLINO, TANJA CERRUTI
MARCO OROFINO, ANNAMARIA POGGI

VOLUME II



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

16/2020**

Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Scritti in onore di Franco Pizzetti

a cura di

CRISTINA BERTOLINO, TANJA CERRUTI
MARCO OROFINO, ANNAMARIA POGGI

VOLUME II



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane



Opera finanziata con il contributo dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Filosofia e Scienze dell'Educazione dell'Università di Torino.

La presente opera è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana.

BERTOLINO, Cristina; CERRUTI, Tanja; OROFINO, Marco; POGGI, Annamaria (*a cura di*)
Scritti in onore di Franco Pizzetti - volume II
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 16/2020
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

© 2020 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

pp. XIV+738; 24 cm
ISBN 978-88-495-4479-4

ISBN 9788875901790

Prima edizione: dicembre 2020

Due volumi in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Sommario

VOLUME I

POGGI ANNAMARIA

Premessa

1

Il regionalismo

BIFULCO RAFFAELE

I limiti del regionalismo differenziato

7

BILANCIA PAOLA

Lo stato attuale del regionalismo italiano tra scarne prospettive di autonomia differenziata e potenziamento della leale cooperazione

37

BIN ROBERTO

L'attuazione dell'autonomia differenziata

63

CARLI MASSIMO

Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà

77

CASTORINA EMILIO

Riflessioni sul «principio di sussidiarietà» nel pensiero di Franco Pizzetti

91

COSTANZO PASQUALE

Quale regionalismo differenziato? Note per una discussione

99

DEMURÒ GIANMARIO	
<i>La democrazia regionale come misura della differenziazione</i>	115
GROSSO ENRICO	
<i>Differenziazione e uguaglianza: un equilibrio difficile</i>	127
LUTHER JÖRG †	
<i>La «sussidiarietà» come principio «sussidiario» del diritto pubblico</i>	141
MORELLI ALESSANDRO	
<i>Fonti e procedimenti dell'asimmetria</i>	157
OLIVETTI MARCO	
<i>La secessione nel diritto costituzionale</i>	181
PADULA CARLO	
<i>Aggiornamenti in tema di ridondanza</i>	217
PALICI DI SUNI PRAT ELISABETTA	
<i>Federalismi in Europa tra omogeneità e differenziazione</i>	241
RIVOSECCHI GUIDO	
<i>L'autonomia finanziaria regionale alla prova: il diritto alla salute tra Stato e Regioni</i>	255
SPADARO ANTONINO	
<i>Appunti sul «regionalismo differenziato»: una «buona idea» che può diventare un «disastro»</i>	277
TONDI DELLA MURA VINCENZO	
<i>Per un regionalismo differenziato rispettoso della coesione nazionale. Prime note</i>	305
VIPIANA PATRIZIA	
<i>Statuti regionali ordinari e principio di sussidiarietà</i>	327
 Gli enti locali	
CAVALLO PERIN ROBERTO	
<i>L'ordinamento giuridico della città</i>	353

<i>Sommario</i>	VII

CROSETTI ALESSANDRO <i>Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo T.U.F.</i>	371

FORTE PIERPAOLO <i>Istituzioni culturali e rigenerazione territoriale</i>	411

GALLO CARLO EMANUELE <i>L'attività amministrativa negli Statuti delle autonomie</i>	431

LOUVIN ROBERTO <i>Il diverso approccio di Francia e Italia nella fusione dei territori regionali</i>	443

MANGIAMELI STELIO <i>Province e Città metropolitane nel sistema regionale</i>	461

Forma di governo e riforme costituzionali

BERTOLISSI MARIO <i>Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare</i>	499

CATELANI ELISABETTA <i>L'influenza dell'evoluzione dell'Unione europea sulla Presidenza del Consiglio e sul suo Presidente nel nuovo secolo: dal Trattato di Nizza al Governo Conte II</i>	523

CLEMENTI FRANCESCO <i>La riduzione del numero dei parlamentari: il primo tassello di un domino di riforme costituzionali?</i>	547

DE MARCO EUGENIO <i>Sull'annoso problema del bicameralismo paritario. Un istituto obsoleto rimasto sostanzialmente immutato nonostante i numerosi progetti di riforma nel corso della storia costituzionale repubblicana</i>	571

DI COSIMO GIOVANNI <i>Trasformazioni partitiche</i>	595

DOGLIANI MARIO <i>A quale principe ridare lo scettro?</i>	605

SICARDI STEFANO

I dilemmi della partecipazione politica nelle società in trasformazione: un recente confronto nel Parlamento italiano 621

STERPA ALESSANDRO

La frammentazione del processo decisionale e l'equilibrio costituzionale tra i poteri 667

VOLUME II

Debito pubblico e Stato regolatore

CLARICH MARCELLO

Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello? 3

MERUSI FABIO

Il debito pubblico nell'euro. Convergenza e percorsi speciali 21

SORRENTINO FEDERICO

Debito pubblico e indirizzo politico. Profili critici 33

Storia del diritto

CAMERLENGO QUIRINO

Riflettendo sul negazionismo, tra realtà e verità 43

D'AMICO MARILISA

La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana 61

DI GIOVINE ALFONSO

Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale. Riflessioni critiche sul concetto di sovranità popolare 91

DI PLINIO GIAMPIERO

Il finto «effetto Marx». Ascesa, deriva keynesiana, e declino del socialismo giuridico in Italia 115

LANCHESTER FULCO

L'Italia, la Germania e l'incubo di Weimar 129

PEGORARO LUCIO

Las raíces de las «Constituciones con constitucionalismo»: la Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas

151

PENE VIDARI GIAN SAVINO †

Note storiche su enti locali e potere centrale nello Stato sabaudor

167

PRISCO SALVATORE

Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico

181

ROSELLI ORLANDO

Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola

201

RUGGERI ANTONIO

Appunti per uno studio su memoria e Costituzione

207

Diritti costituzionali

CAVINO MASSIMO

Il lavoro nella Costituzione repubblicana

231

FERRARI GIUSEPPE FRANCO

I diritti sociali nel costituzionalismo della crisi: una prospettiva comparata

257

GAMBINO SILVIO

Verso lo statuto europeo dei diritti fondamentali

279

GROPPI TANIA

«Sempre daccapo». La sfida delle disegualianze alla democrazia costituzionale nel XXI secolo

301

MASSA PINTO ILENIA

Rileggendo «L'ordinamento costituzionale per valori» di Francesco Pizzetti

335

POLLICINO ORESTE

Is the right to access to the internet a fundamental right?

<i>An analysis, in the light of prof. Pizzetti's legacy, beyond the rhetoric of fundamental rights</i>	355
La decisione giudiziaria per algoritmo	
DONATI FILIPPO <i>Intelligenza artificiale e giustizia</i>	377
FERRARA ROSARIO <i>Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale</i>	405
LUCIANI MASSIMO <i>La decisione giudiziaria robotica</i>	423
Diritto amministrativo	
BOTTARI CARLO, LAUS FEDERICO <i>Sport e tutela della salute</i>	451
CASSETTI LUISA <i>L'Antitrust, la regolazione e la funzione amministrativa «tradizionale». (Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 13/2019)</i>	477
FOÀ SERGIO <i>La trasparenza amministrativa e i suoi limiti</i>	497
GASPARRI WLADIMIRO <i>Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese</i>	527
MIDIRI MARIO <i>Privacy e Antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant</i>	553
VIPIANA PIERA MARIA <i>Riflessioni su alcune recenti riforme e mancate riforme nel diritto amministrativo</i>	587

Le Corti

FALCON GIANDOMENICO

*La controversia tra i Fairfax e gli Hunter e il consolidamento
della Corte Suprema al vertice del sistema giudiziario de-
gli Stati Uniti*

621

LUPO NICOLA

*La Corte costituzionale nel sistema «a rete» di tutela dei di-
ritti in Europa, tra alti e bassi*

641

MAINARDIS CESARE

Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale

669

TROILO SILVIO

*Le regole della coabitazione: Presidente, Vicepresidente e Co-
mitato di presidenza nella «forma di governo» del Con-
siglio Superiore della Magistratura*

701

Postfazione

ZAGREBELSKY GUSTAVO

Qualche ricordo e un augurio

731

Scritti in onore
di Franco Pizzetti

Volume II

DEBITO PUBBLICO E STATO REGOLATORE

MARCELLO CLARICH

Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?

SOMMARIO: 1. Lo Stato regolatore – 2. Stato regolatore, principi della democrazia liberale e populismo – 3. Lo Stato regolatore nell'età del populismo – 4. Il contratto di governo e la fase iniziale della legislatura – 5. Conclusioni

1. Da qualche tempo, l'edificio dello Stato regolatore, costruito nell'ultimo quarto di secolo nel nostro Paese secondo i modelli anglosassoni, sembra mostrare segni di cedimento.

Conviene rammentare anzitutto i pilastri su cui si regge l'edificio eretto sulle macerie dello Stato interventista (programmatore, gestore) che ha dominato la scena nella gran parte del secolo scorso e che è stato abbattuto nell'ultima decade di quest'ultimo¹.

In primo luogo, lo Stato regolatore trova il suo *humus* naturale in sistemi economici nei quali il mercato è aperto alla concorrenza tra una molteplicità (o almeno una pluralità) di operatori. Una siffatta apertura richiede una cornice di regole e di istituzioni volte a garantire la *par condicio* tra gli operatori di mercato e il rispetto dei vincoli contrattuali, nonché le condizioni generali di stabilità atte a consentire il calcolo economico, al netto dei rischi fisiologici, e a promuovere gli investimenti. Questo processo è stato indotto nel nostro Paese, non tanto da spinte endogene, quanto piuttosto dal recepimento di una serie di direttive europee di liberalizzazione emanate nell'ul-

¹ Cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, p. 38 ss. anche per la distinzione tra *social regulation*, nella quale la presenza diretta dello Stato e dei pubblici poteri trova una maggiore giustificazione, ed *economic regulation*, che mira a correggere i cosiddetti fallimenti del mercato e alla quale specificamente si riferisce il modello dello Stato regolatore. La letteratura in tema è vastissima: cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 747 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 271 ss.; F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2010; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Milano 2005.

timo scorcio del secolo scorso nei settori dei grandi servizi pubblici nazionali (energia, gas, comunicazioni, poste, radio-televisione, ecc.).

È stato così smantellato il sistema dei monopoli legali, consentiti con larghezza dall'art. 43 Cost., che per decenni aveva visto come protagoniste le aziende di Stato e gli enti pubblici economici nella veste di operatori unici lungo tutta la filiera dell'attività.

Nel contesto di un'economia tendenzialmente chiusa e dominata dall'impresa pubblica operante in condizioni di monopolio, la regolazione era del tutto inesistente, data la sostanziale coincidenza tra soggetto regolatore e impresa regolata, o embrionale. Le stesse direttive e gli atti di indirizzo impartiti dai ministeri di settore e gli strumenti convenzionali erano da considerare, secondo le ricostruzioni della dottrina dell'epoca, più che strumenti di regolazione per così dire *top-down*, come la formalizzazione di proposte elaborate nella sostanza dalle imprese destinatarie, date anche le asimmetrie informative sussistenti tra queste ultime e il ministero di settore².

Smantellati i monopoli legali, il tema della regolazione economica diventa cruciale. L'apertura dei mercati alla concorrenza moltiplica infatti le relazioni giuridiche da disciplinare. Infatti, la regolazione non è più circoscritta a un unico rapporto verticale tra impresa monopolista e ministero di settore, ma deve coprire una trama più ampia di rapporti verticali e orizzontali. I primi sono intrattenuti dalle imprese in concorrenza con il regolatore di settore, mentre i secondi intercorrono tra le imprese stesse (i contratti di interconnessione nel settore della telefonia mobile, l'accesso alle reti, ecc.). A ciò si aggiungono i rapporti orizzontali tra i regolatori nazionali (autorità di settore e autorità della concorrenza) e verticali tra questi ultimi e i regolatori europei (agenzie europee, Commissione) all'interno di un sistema reticolare sempre più fitto.

Alla regolazione economica spetta il compito di creare i presupposti generali affinché possa svilupparsi una concorrenza tra una pluralità di operatori in contesti caratterizzati da monopoli naturali (reti non duplicabili) e dalla necessità di perseguire in modo efficace la missione di servizio pubblico (qualità elevata, universalità, continuità, abbordabilità, tutela dell'utente, ecc.).

Espunte le incrostazioni dirigistiche di una legislazione economica risalente molto spesso agli anni Trenta del secolo scorso, la regolazione si spoglia di ogni componente finalistica e di collegamento con obiettivi di politica industriale e di difesa dei campioni nazionali, per assumere il carattere di

² F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano 1977.

una regolazione condizionale³. Essa è cioè limitata ad assicurare il *level playing field* tra gli operatori.

Là dove lo Stato mantiene anche il controllo societario di alcune imprese ritenute strategiche, sempre per garantire la parità concorrenziale, le funzioni dello Stato regolatore devono essere tenute separate, anche sul piano organizzativo, da quelle dello Stato gestore. Le imprese pubbliche sono chiamate a competere sul piano paritario, senza privilegi, con quelle private e sono sottoposte anch'esse alla normativa antitrust. Le deroghe a quest'ultima, giustificate dall'esigenza di perseguire finalità di interesse pubblico, devono superare un test di proporzionalità particolarmente rigoroso.

In un siffatto contesto anche la possibilità del ricorso agli aiuti di Stato (sussidi, sgravi fiscali, garanzie pubbliche, ecc.) viene fortemente limitata dai Trattati e gli Stati nazionali vengono sottoposti a un regime di monitoraggio e di autorizzazione da parte della Commissione europea.

Una trama così fitta di rapporti da regolare non può essere affidata direttamente al Parlamento che non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica e degli assetti di mercato e di porre una disciplina di dettaglio adeguata. Da qui la necessità per il Parlamento di limitarsi alle macroregole che lasciano ampi spazi alla normazione secondaria. Quest'ultima, però, non viene affidata al Governo, bensì ad apparati di nuova generazione come le autorità amministrative indipendenti, dotate di competenze tecniche e di professionalità elevate e che, in linea con la natura condizionale della regolazione, sono sottratte in larga misura agli indirizzi governativi e scollegate dal circuito politico-rappresentativo. In questo modo esse sono in grado di garantire stabilità di assetti normativi e promuovere investimenti di lungo periodo da parte degli operatori.

L'*accountability* delle autorità è garantita dalla sottoposizione dei loro atti a controlli giurisdizionali, dall'applicazione rigorosa del contraddittorio procedimentale, dal loro inserimento in reti europee di regolatori di settore che fanno capo ad agenzie europee che attraverso raccomandazioni e orientamenti guidano l'attività dei regolatori nazionali, che sono sottoposti anche a forme orizzontali di *peer review*⁴.

³ La distinzione tra regolazione finalistica e condizionale è emersa da tempo nella letteratura amministrativistica per segnalare il passaggio dal vecchio al nuovo modello di governo dell'economia per descrivere l'evoluzione cui è andata incontro la regolazione dei mercati. Cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano 1986, p. 49 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova 1993.

⁴ Cfr. G. MAJONE, *Independence vs Accountability? Non-Majoritarian Institutions and democratic government in Europe*, in *EUI Working Papers*, 1994, p. 23 ss. secondo il quale, se ben disegnato

Le politiche di liberalizzazione sono state accompagnate da politiche di privatizzazione, sotto la spinta sia di orientamenti politici volti a ridurre la presenza diretta dello Stato come operatore di mercato sia di necessità di tipo finanziario di Stati, come l'Italia, con equilibri della finanza pubblica precari dovuti anche a livelli di indebitamento assai elevati. Ciò anche se il diritto europeo mantiene un atteggiamento di neutralità nei confronti della proprietà pubblica o privata delle imprese. Come si è già sottolineato, le *State owned enterprises*, da sottoporre di regola in tutto e per tutto al diritto comune (diritto societario), devono soltanto competere con quelle private sul piano di parità. Il criterio dell'operatore di mercato deve ispirare l'azione dello Stato ogni qual volta assume i panni dell'azionista o interviene con misure di sostegno a singole imprese o a settori di imprese potenzialmente in grado di distorcere la concorrenza ⁵.

Lo Stato regolatore presuppone inoltre un'apertura dei mercati non soltanto a livello di singoli Stati e a livello europeo, ma anche a livello globale nel quale sono presenti altri regolatori come l'OMC, il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale, ecc.

2. In termini più generali, lo Stato regolatore presuppone, almeno implicitamente, un ordinamento costituzionale ispirato al modello della democrazia liberale che, come noto, prevede l'esistenza di un sistema articolato di pesi e contrappesi volti a evitare la tirannia della maggioranza uscita vincitrice in una competizione elettorale ⁶.

Mentre il principio democratico governa la fase ascendente della legittimazione dei poteri pubblici lungo l'asse corpo elettorale-Parlamento-Governo, il principio liberale delimita per così dire dall'alto, a presidio di possibili degenerazioni autoritarie (la cosiddetta tirannia della maggioranza), gli

dal legislatore, il modello delle autorità indipendenti consente di assicurare «che nessuno in particolare controlli un'agenzia indipendente, eppure che l'agenzia risulti comunque “sotto controllo”».

⁵ OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition.

⁶ Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, che sottolinea l'importanza del sistema dei *checks and balances* e dei contropoteri allo scopo di tenere la maggioranza sotto controllo. I modelli di democrazia sono almeno due e cioè quello non maggioritario o madisoniano che tende a limitare il potere in modo da prevenire il rischio della tirannia della maggioranza e quello maggioritario o populistico che tende a concentrare tutto il potere nelle mani della maggioranza e quindi a «controllare tutto quello che la politica possa toccare»: cfr., nell'ambito dell'analisi del modello delle autorità indipendenti, A. LA SPINA, G. MAJONE (a cura di), *Lo Stato regolatore*, cit., p. 65 ss.

ambiti decisionali di quest'ultimo. Il principio liberale garantisce i diritti individuali e delle minoranze che altrimenti correrebbero il rischio di essere sopraffatte. Fin dall'epoca del costituzionalismo settecentesco e delle Costituzioni americana e francese, la separazione dei poteri, il sistema dei *checks and balances* e gli altri presidi dello Stato di diritto (riserve di legge, principio di legalità, diritti fondamentali, ecc.) hanno rappresentato la matrice che ha segnato gli sviluppi dei principali paesi occidentali⁷.

L'equilibrio tra i due principi, che è scolpito anzitutto nelle Costituzioni e nel caso dell'Unione europea nei Trattati, è delicato e instabile. Le due possibili degenerazioni consistono, da un lato, nella democrazia illiberale, là dove, pur salvaguardando formalmente, il metodo della competizione elettorale, viene messo in discussione il ruolo dei contrappesi istituzionali (Corte costituzionale, magistratura, minoranze parlamentari, stampa indipendente, organizzazioni internazionali, ecc.); dall'altro nel liberalismo non democratico, là dove il complesso dei contrappesi istituzionali e dei vincoli esterni imposti agli Stati riduce progressivamente gli spazi di decisione e delle scelte rimesse in ultima analisi agli elettori e alla maggioranza parlamentare⁸. Con specifico riguardo al contesto europeo, nel quale si sta progressivamente affermando un regime sovranazionale privo di una base democratica e destinato a regolare il funzionamento degli Stati membri, si è parlato di democrazia addomesticata dai mercati⁹.

In questo quadro, le tendenze populiste e sovraniste emergenti in questa fase storica in Europa e negli Stati Uniti spostano inevitabilmente l'equilibrio verso il primo estremo, anche come reazione alla percezione da parte di un'ampia fascia di elettori dello strapotere acquisito da alcuni dei contrappesi, specie nell'ultima fase conseguente alla crisi economica e finanziaria più recente.

Su questi temi si è formata ormai un'ampia letteratura che tende a dimostrare come la crisi economica e finanziaria abbia avuto un ruolo di catalizzatore dei tanti motivi di insoddisfazione, da tempo latenti, nei confronti delle politiche liberistiche e degli effetti della globalizzazione soprattutto

⁷ Sull'importanza dello Stato di diritto e delle istituzioni della democrazia liberale ai fini dello sviluppo economico cfr. D. ACEMOGLU, J. ROBINSON, *Why nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*, New York 2012, p. 333; F. FUKUYAMA *The origin of political order*, New York 2011, p. 245 ss.

⁸ Y. MOUNK, *The people vs. democracy. Why our freedom is in danger and how to save it*, Cambridge 2018 per un'acuta analisi della crisi della democrazia liberale in questa fase storica.

⁹ Cfr. W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013, p. 138 ss. e ciò «mentre in passato erano i mercati a venire addomesticati dalla democrazia».

sulle fasce più deboli della popolazione¹⁰. Le reazioni in vari paesi hanno portato all'affermarsi di movimenti e partiti di matrice populista. Il populismo a sua volta contiene in sé una matrice illiberale che rimette in discussione i postulati del modello di Stato dominante nei paesi occidentali nella seconda parte del Ventesimo secolo.

In particolare, a differenza di altri movimenti e partiti politici che hanno dominato la scena negli ultimi decenni, il populismo nella versione più pura (ideal-tipica) avanza la pretesa di una rappresentanza diretta ed esclusiva del popolo, inteso come categoria astratta da porre al fianco di altre entità metafisiche (nazione, classe, ecc.) elaborate nelle varie fasi storiche dalle scienze sociali. Viene così meno il ruolo del governo come governo di tutti che è uno dei pilastri del costituzionalismo occidentale e in nome dell'appello ai diritti della maggioranza si fa largo il principio, teorizzato dal totalitarismo, della *pars pro toto* cioè dell'esistenza di una parte (una sola) che può presumere, legalmente e di fatto, di rappresentare virtuosamente l'intero corpo sociale¹¹.

Di conseguenza, una volta che si stabilisce che il vero popolo è necessariamente unico, viene rifiutato il pluralismo e con esso il confronto e il dibattito razionale tra visioni alternative dei bisogni e delle priorità di una determinata comunità politica. Solo i populistici rappresentano il popolo così concepito, al di là dei meccanismi elettorali della democrazia rappresentativa che peraltro dovrebbe essere sostituita, in tutto o in parte, con istituti di democrazia diretta anche con modalità oggi consentite dalle piattaforme telematiche.

Una venatura moralistica sta poi alla base dell'ostilità nei confronti delle *élite* politiche, economiche e tecnocratiche ritenute corrotte e lontane dal popolo e che impongono dall'alto politiche contrarie agli interessi di quest'ultimo. Le forze politiche contrapposte sono composte non da avversari nel gioco dell'alternanza democratica, ma da nemici da escludere da ogni forma di dialogo o confronto. Nei regimi liberal-democratici, invece, il conflitto e lo scontro, pur sempre presenti, non assumono la forma di un antagonismo (lotta tra nemici), bensì la forma di un agonismo (lotta tra avversari) la cui esistenza è percepita come legittima¹².

Lo stesso linguaggio usato nel dibattito pubblico è fatto per lo più di slogan e di tesi semplificate che riesce quasi impossibile confutare con ra-

¹⁰ Cfr. L. MORLINO, F. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia*, Bologna 2018, che si soffermano soprattutto sull'esperienza recente dei paesi del Sud Europa.

¹¹ Cfr. J.W. MULLER, *What is populism*, Philadelphia 2016.

¹² Cfr. C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Bari 2018, p. 93 ss.

gionamenti fondati su argomentazioni razionali e su fatti accertati. Se prevalgono gli avversari nella competizione elettorale, quest'ultima è stata truccata (*rigged* nel linguaggio del Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump) o falsata da poteri occulti interni ed esterni (per esempio, la finanza internazionale). Il complottismo, il vittimismo e la ricerca di capri espiatori sono ingredienti tipici del populismo ¹³.

Sul piano istituzionale, i contropoteri e i presidi anche costituzionali fondati sul principio liberale sono visti come ostacoli a realizzare la volontà del popolo ¹⁴. Il pluralismo interno ai nuovi partiti non è garantito e i dissidenti vengono generalmente espulsi o messi a tacere. Il consenso interno viene assicurato da meccanismi di rilevazione delle preferenze sulla base di votazioni organizzate su piattaforme informatiche poco trasparenti. La stessa dialettica parlamentare si imbarbarisce e il ruolo dell'opposizione viene misconosciuto anche là dove la decisione richiede maggioranze qualificate. Le garanzie procedurali sia in sede giudiziaria sia in sede amministrativa sono mal tollerate.

3. Se quelli sin qui descritti sono per sommi capi il modello dello Stato regolatore e i tratti essenziali del populismo, non deve stupire che in questa fase storica la regolazione indipendente e le autorità ad essa preposte incontrino un'opposizione crescente. Esse, infatti, fanno parte strutturalmente dei contrappesi istituzionali che si riconnettono al principio liberale.

In realtà, non si può ignorare che lo Stato regolatore ha fatto fatica ad affermarsi nella cultura politica e giuridica del nostro Paese, dominata per decenni da ideologie, delle quali sembrano intrise, in misura maggiore o minore, le forze politiche che sostengono il Governo, favorevoli all'intervento pubblico nelle forme più intrusive (pianificazione e programmazione, proprietà e gestione pubblica delle imprese, sussidi statali, concessioni e autorizzazioni

¹³ Quanto all'esperienza europea negli Stati europei con finanze pubbliche non in equilibrio e che nella fase più critica della crisi del 2008 rischiavano di «morire di austerità», i capri espiatori preferiti sono stati i mercati finanziari, le istituzioni europee e i governi creditori colpevoli di imporre troppa austerità: cfr. L. BINI SMAGHI, *Morire di austerità – Democrazie europee con le spalle al muro*, Bologna 2013, p. 128 ss.

¹⁴ Di recente è stato affermato, soprattutto con riguardo alle vicende dei Paesi dell'Europa dell'Est, che «*what characterizes populists in power are their constant attempts to dismantle the system of checks and balances and to bring independent institutions like courts, central banks, medial outlets, and civil society organizations under their controls*»: cfr. I. KRASSTEV, *After Europe*, Philadelphia 2017, p. 75 ss.

discrezionali, ecc.)¹⁵. Segni di ripensamento si sono manifestati già nella fase ascendente del modello, per esempio, attraverso il trasferimento di alcune competenze inizialmente attribuite alle autorità di regolazione ai ministeri di settore.

La stessa crisi finanziaria ed economica scoppiata nel 2008 ha provocato crepe vistose all'edificio dello Stato regolatore con la messa a nudo di numerosi fallimenti della regolazione. Sono state così messe in campo, allo scopo di prevenire effetti sistemici (il cosiddetto effetto domino), misure urgenti di sostegno a favore di istituzioni finanziarie sull'orlo del tracollo nella forma di ausili finanziari, ricapitalizzazioni, garanzie dirette o indirette degli Stati e altri tipi di intervento che non rientrano negli strumenti ordinari previsti da questo modello di Stato. In breve, lo Stato regolatore ha ceduto il passo allo Stato salvatore, con la sua mano visibile e pesante, specie nella primissima fase della crisi del 2008¹⁶.

Tuttavia, in una seconda fase, superato il momento più critico, lo Stato regolatore ha ripreso e potenziato il suo ruolo¹⁷. Ha esteso per esempio il suo raggio di azione alle agenzie di *rating*, rendendo più articolate e stringenti le regole soprattutto nel settore finanziario con l'obiettivo di ridurre i rischi sistemici e garantire maggior trasparenza. A livello europeo, è stato avviato il processo dell'Unione bancaria con il rafforzamento della regolazione di matrice europea e l'attribuzione di nuovi poteri di regolazione e di intervento agli apparati europei (alla Banca centrale europea, per quanto riguarda la vigilanza, al *Resolution Board* per quanto riguarda la risoluzione delle crisi bancarie)¹⁸.

¹⁵ Si è anche sostenuto che talvolta gli strumenti dello Stato regolatore sono stati utilizzati nei singoli Stati per finalità di politica industriale: cfr. M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Riv. regolazione merc.*, 2014, n. 2, p. 6-22.

¹⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss. Sul punto si vedano anche G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna 2012; R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI, R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli 2011, p. 138 ss.

¹⁷ Cfr. M. CLARICH, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Riv. regolazione merc.*, 2015 ove si è sostenuta la tesi, più ottimistica di quella qui espressa (come emerge già dal titolo di questo saggio) alla luce dell'evoluzione in questa fase, secondo la quale, in conseguenza dei numerosi interventi intervenuti dopo la crisi del 2008, «lo Stato regolatore, pur soggetto a un ripensamento anche nei suoi presupposti teorici, non sembra giunto al tramonto, almeno nel mondo occidentale, anche se la sicumera di molti suoi adepti si è incrinata».

¹⁸ Cfr. M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa 2016; E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *Towards The European Banking Union*, Florence 2014; E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal*

Questo processo ha comportato inevitabilmente una perdita di peso dei regolatori nazionali. Inoltre, ed è questo il fattore rilevante per misurare la crisi dello Stato regolatore, la percezione diffusa è che la regolazione venga elaborata in contesti tecnocratici sempre più disancorati dal circuito politico rappresentativo e calata, per così dire, dall'alto ¹⁹.

Più in generale, gli spazi di manovra nei quali possono muoversi gli Stati europei sono stati ridotti in seguito all'introduzione di una disciplina del bilancio più rigorosa, fondata su limiti all'indebitamento e su altri parametri rigidi (il cosiddetto *Fiscal Compact*) ²⁰. Gli interventi della Commissione europea e di altri organismi internazionali (la cosiddetta *Troika*) nei confronti degli Stati membri che hanno imposto misure di austerità e riforme strutturali non previste dall'agenda politica nazionale sono stati vissuti come interferenze nella sovranità proprio in una fase nella quale, anche per altri fattori (la pressione migratoria, gli effetti della globalizzazione economica, il terrorismo di matrice islamica, ecc.), gli Stati nazionali tendono a chiudersi maggiormente in sé stessi.

La perdita di sovranità conseguente all'insieme dei vincoli europei, in alcuni Stati nazionali ha generato la sensazione di un trasferimento del potere reale dal cittadino elettore a un'élite tecnocratica poco sensibile alle esigenze delle fasce della popolazione più colpite dalla crisi economica e che hanno visto peggiorare il proprio tenore di vita, accrescere le disuguaglianze e svanire le attese di un miglioramento. Negli Stati maggiormente colpiti dalla crisi è stato imposto un «processo decisionale non-maggioritario (...) distaccato dalla responsività (di breve termine) verso i cittadini» che ha imposto misure di austerità (riforme, fiscali di bilancio, del lavoro) «decise da attori esterni e implementate da attori interni». La democrazia si è snaturata, almeno in parte, in una «democrazia senza scelta» ²¹. Del resto, a livello più

issues. Perspectives, Bologna 2015; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975 ss.

¹⁹ Secondo Y. MOUNK, *The people vs. democracy*, cit., p. 60 i cambiamenti intervenuti dopo la Seconda guerra mondiale e la complessità delle sfide regolatorie dovute allo sviluppo tecnologico e al processo economico hanno determinato «a shift of power away from national parliaments. To deal with the need of regulation in highly technical fields, bureaucratic agencies staffed with subject-matter experts began to take on a quasi-legislative role (...) This loss of power for the people's representatives is not a result of elite conspiracy. On the contrary, it has occurred gradually, and often imperceptibly, in response to real policy challenges. But the cumulative result has been a creeping erosion of democracy».

²⁰ Ci si riferisce al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, al di fuori dei Trattati europei, da venticinque Stati membri.

²¹ Cfr. L. MORLINO, R. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia*, cit., p. 183-184. Per la tesi secondo la quale i vincoli esterni di derivazione europea non costituiscono «non un limite alla democrazia, bensì un suo arricchimento» atteso che in questo modo i

generale di analisi dei processi di globalizzazione, è stato messo in evidenza il paradosso secondo il quale sovranità nazionale, democrazia e globalizzazione non possono essere compiutamente realizzate in contemporanea²².

Tutto ciò in un contesto nel quale ingenti risorse pubbliche sono state destinate per il sostegno di istituzioni finanziarie in crisi (anch'esse considerate come componenti dell'*élite*), salvate sacrificando anche i piccoli risparmiatori che hanno visto azzerare il valore dei propri titoli azionari e obbligazionari (cosiddetto *bail-in*). Lo stesso divaricarsi della forbice reddituale tra una cerchia ristretta di *high earners* e la grande massa della popolazione, che si è sentita minacciata nel proprio *status* anche dalla massa crescente degli immigrati, ha accresciuto il senso di frustrazione.

4. Alla luce di quanto esposto, non deve pertanto stupire il fatto che siano emersi negli anni più recenti movimenti populistici e sovranisti, non solo in Europa, capaci di raccogliere gli umori profondi dell'elettorato. Nel nostro Paese, in seguito alle elezioni politiche del 2018 che hanno visto prevalere la Lega e il Movimento Cinque Stelle, si è giunti alla formazione tra le due forze politiche di un «governo del cambiamento» che si propone di riportare al centro dei processi decisionali, come reazione agli eccessi di quello che è stato definito in precedenza come liberalismo non democratico, il popolo sovrano contrapposto alle *élite* nazionali ed europee.

Basta scorrere l'inedito contratto di governo tra le due forze politiche che lo sostengono per rendersi conto come i presupposti dello Stato regolatore vengono messi in discussione. Anche se manca nel contratto un capitolo organico in materia economica e anche se i contenuti sono in molti punti assai generici, qualche indizio emerge qua e là nei trenta paragrafi nei quali esso è articolato. In materia di servizi pubblici, viene espressa l'opzione netta per un «servizio idrico integrato di natura pubblica» in linea con gli indirizzi espressi nel referendum del 2011 (par. 2).

Viene proposta l'istituzione di una banca per gli investimenti, lo sviluppo dell'economia e delle imprese italiane regolata da una legge che preveda una garanzia diretta ed esplicita dello Stato. La nuova banca dovrà operare sotto la supervisione di un organismo di controllo pubblico con la presenza dei

governi nazionali finiscono per rispondere non solo ai propri elettorati ma anche ad altri popoli e governi europei con i quali i singoli governi nazionali hanno stabilito di unirsi in un «condominio». Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., p. 87 ss.

²² Le opzioni possibili sono solo, alternativamente, restringere la democrazia per guadagnare competitività nei mercati internazionali, limitare la globalizzazione per preservare la legittimazione democratica a livello nazionale, globalizzare la democrazia sacrificando la sovranità nazionale: cfr. D. RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York 2012.

ministeri economici come «cabina di regia sulla gestione degli strumenti di politica industriale e del credito e dell'innovazione» (par. 5). Con riferimento alla crisi di Alitalia, viene previsto un rilancio nell'ambito di un piano strategico nazionale dei trasporti «che non può prescindere da un vettore nazionale competitivo» (par. 27). Nei rapporti con l'Unione europea si ritiene necessario rivedere l'impianto della *governance* economica oggi «basato sul predominio del mercato rispetto alla più vasta dimensione economica e sociale». Viene assunto anche un impegno a superare «gli effetti pregiudizievoli per gli interessi nazionali derivanti dalla direttiva Bolkestein» (par. 29). Quest'ultimo riferimento allude soprattutto all'annosa questione delle concessioni demaniali per gli stabilimenti balneari e alla necessità imposta dal diritto europeo che esse vengano assentite in base a procedure competitive, una prospettiva quest'ultima osteggiata dai partiti che sostengono il nuovo Governo.

Questi passaggi sintetici del contratto di governo fanno intravedere un'impostazione ispirata al recupero di un ruolo più pregnante dei poteri pubblici nell'economia che sembra porsi in contraddizione con i presupposti dello Stato regolatore.

Ma al di là di questo documento di incerta natura giuridica, che media tra i programmi elettorali delle due forze politiche presentatesi come antagoniste nel corso della campagna elettorale e che ora sostengono il nuovo Governo, il cambio di impostazione emerge da alcune azioni poste in essere nei primi mesi della nuova legislatura e dalle esternazioni pubbliche dei ministri responsabili.

Vanno richiamate anzitutto alcune prese di posizione che mettono in discussione il ruolo delle autorità indipendenti.

La vicenda principale è costituita dalla manovra finanziaria proposta dal nuovo esecutivo, che ha al suo centro il cosiddetto reddito di cittadinanza, la revisione della cosiddetta legge Fornero in materia di pensioni e la *flat tax*, misure varate nell'obiettivo di rilanciare la crescita economica, ma che mettono a rischio gli equilibri della finanza pubblica e violano le regole europee dettate dal *Fiscal Compact*.

Le autorità nazionali competenti in materia hanno messo in luce aspetti critici della manovra fin dalla fase iniziale, prima ancora che su di essa pervenissero i rilievi da parte dell'Unione europea.

Infatti, da un lato, l'Ufficio parlamentare di bilancio non ha validato le previsioni per il 2019 contenute nella nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (DEF) pubblicata il 4 ottobre 2018 che rendono eccessivamente ottimistica la previsione di crescita sia del PIL reale (1,5%) sia di quello nominale (3,1% nel 2019). Lo scenario programmatico delineato nella nota di aggiornamento «comporta una deviazione significativa della

regola sul saldo strutturale sia in termini annuali sia in media su due anni», come dichiarato dal presidente dell'Ufficio, Giuseppe Pisauro, in audizione davanti alle commissioni bilancio riunite di Camera e Senato il 9 ottobre 2018.

Dall'altro lato, il vicedirettore generale della Banca d'Italia, Federico Signorini, sempre in sede di audizione in parlamento sulla nota di aggiornamento del DEF, ha dichiarato che «l'aumento dei trasferimenti correnti per il reddito di cittadinanza e pensioni e gli sgravi fiscali tendono ad avere effetti congiunturali modesti e gradualisti nel tempo» e ha stimato «che il moltiplicatore del reddito associato a questi interventi sia contenuto». Quanto al sistema pensionistico, ove si voglia introdurre maggiore flessibilità circa l'età del pensionamento, come proposto dal Governo, «è necessario garantire l'equivalenza attuariale dei trattamenti previsti se si intende preservare la sostenibilità a lungo termine del sistema pensionistico, oggi un fondamentale elemento di forza delle finanze pubbliche italiane».

Con riguardo alla manovra in materia di pensioni, la stessa Corte di conti, e per essa il Presidente, Angelo Buscema, ha sottolineato che «un indebolimento delle riforme che hanno contribuito ad una maggiore sostenibilità del nostro sistema non può non destare preoccupazione». Le reazioni in sede governativa nei confronti di queste prese di posizione sono state negative. Per un verso, infatti, i rilievi formulati dall'Ufficio parlamentare del bilancio (come anche quelli della Corte dei conti) sono rimasti senza seguito poiché il Governo non ha apportato alcuna modifica alla nota di aggiornamento inviata alla Commissione europea.

Si tratta di un fatto rilevante in special modo per quanto riguarda i rapporti con l'Ufficio parlamentare del bilancio che, com'è noto, è un organismo indipendente istituito in attuazione delle normative europee sulla nuova *governance* economica con legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243. Esso è investito del compito di svolgere analisi e verifiche sulle previsioni economiche e di finanza pubblica del Governo e di valutare il rispetto delle regole di bilancio nazionali ed europee (artt. 16 ss.). In adempimento della sua missione l'Ufficio fin dall'inizio ha svolto una funzione di «contraltare» alle manovre proposte dai Governi in carica, esprimendo in particolare un giudizio negativo anche nei confronti della nota di aggiornamento presentata dal Governo presieduto da Matteo Renzi, che però aveva introdotto alcune modifiche alla manovra.

Poco rispettose del ruolo dell'Ufficio, che, secondo la legge opera, alla stregua delle altre autorità indipendenti, «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 1, comma 2), sono state talune esternazioni da parte di esponenti della maggioranza parlamentare secondo i quali il parere negativo dell'Ufficio appariva privo di fondamento scientifico

e di profilo puramente politico e ciò anche perché i tre componenti dell'Ufficio furono nominati dal Governo presieduto da Matteo Renzi e, come tali, rispondono in qualche modo alla maggioranza parlamentare relativa alla precedente legislatura. In realtà, le modalità di nomina dei componenti dell'Ufficio riprendono il modello di altre autorità indipendenti caratterizzato dal fatto che la nomina avviene con modalità che presuppongono un consenso più ampio della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo²³.

Quanto alle preoccupazioni espresse della Banca d'Italia nei confronti delle proposte in materia di pensioni in termini di sostenibilità finanziaria, il vicepresidente del Consiglio, Luigi Di Maio, ha censurato la presa di posizione in base all'argomento che la Banca d'Italia non si è presentata alle elezioni.

Per quanto non prive di efficacia comunicativa nei confronti di una parte consistente dell'elettorato, reazioni di questo genere, qui riportate solo a campione, denotano una cultura istituzionale carente. Sia l'Ufficio parlamentare di bilancio sia, a maggior ragione, la Banca d'Italia, anche in quanto componente del Sistema Europeo delle Banche Centrali, hanno il ruolo specifico di fungere da contrappeso ai governi in carica e alle maggioranze parlamentari, nell'interesse generale di lungo periodo della comunità. La loro legittimazione deriva direttamente dai Trattati europei e dalla Costituzione e non può passare, per definizione, da un'investitura per così dire dal basso. Più in generale anche lo scontro frontale con la Commissione europea, che ha contestato la manovra finanziaria in quanto adottata in grave violazione delle regole e dei parametri europei liberamente accettati anche dallo Stato italiano, ha una duplice connotazione: da un lato, manifesta una scarsa considerazione degli impegni assunti in sede europea a partire dall'approvazione del Trattato sul *Fiscal Compact*; dall'altro fa trasparire l'insofferenza nei confronti di un altro attore neutrale nel gioco dei pesi e contrappesi qual è appunto la Commissione europea che, lungi da perseguire politiche proprie, assolve al ruolo di «guardiano dei Trattati» nell'interesse dell'intera Unione europea.

Sempre in tema di autorità indipendenti e di contropoteri tecnici vanno segnalati anche altri episodi. Si pensi, per esempio, alla delegittimazione,

²³ In base all'art. 16, comma 2, infatti i tre membri sono nominati, tra persone di riconosciuta indipendenza e comprovata competenza ed esperienza in materia di economica e di finanza pubblica a livello nazionale e internazionale, d'intesa dai presidenti del Senato e della Camera dei deputati nell'ambito di un elenco di dieci soggetti indicati dalle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica a maggioranza di due terzi dei rispettivi componenti.

spintasi fino alla richiesta di dimissioni, dell'allora Presidente dell'INPS, Tito Boeri, che sulla base di computi tecnici aveva manifestato dubbi in sede di audizione parlamentare sulla sostenibilità finanziaria nel lungo periodo della riforma pensionistica proposta dal Governo. Si pensi ancora alla contestazione del ruolo dei vertici burocratici del Ministero dell'Economia (Ragioniere generale dello Stato, Direttore generale, Capo di gabinetto), accusati di ostacolare la manovra economica e finanziaria impostata dal Governo e alla richiesta di una loro sostituzione con dirigenti più fedeli. Si pensi infine alla revoca dall'incarico del presidente dell'Agenzia spaziale italiana (Marco Bussetti, uno dei più illustri astrofisici italiani) da parte del Ministro dell'Università e della Ricerca e le conseguenti dimissioni di quattro dei cinque membri del comitato di selezione, organismo composto da scienziati italiani e internazionali e da esperti in alta amministrazione, al quale spetta l'individuazione, sulla base di un avviso pubblico, di rose di candidati alla carica di presidente e di consigliere di amministrazione degli enti di ricerca. Come precisato nella lettera di dimissioni, la decisione è stata presa a tutela del «principio costituzionale di autonomia della ricerca»²⁴.

In realtà, i *civil servants*, che, secondo l'art. 98 della Costituzione, sono, al pari di tutti i dipendenti pubblici, al servizio esclusivo della Nazione (e non già di una parte politica), da un lato sono tenuti al rispetto delle direttive politiche del Governo; dall'altro lato, per essere fedeli alla loro missione, hanno il dovere di rappresentare la non praticabilità di certe scelte o gli effetti negativi delle medesime sull'equilibrio dei conti e sulla sostenibilità nel lungo periodo della spesa pubblica e dell'indebitamento. Emblematica è anche la vicenda delle dimissioni nel settembre 2018 del Presidente della Consob, Mario Nava, a pochi mesi dall'assunzione delle funzioni (aprile 2018) a valle della designazione da parte del precedente Governo allo scadere della legislatura. Il tema del contendere, oggetto anche di interrogazioni parlamentari, riguardava la legittimità della nomina di un dirigente della Commissione europea in posizione di comando autorizzato dall'amministrazione di appartenenza al fine di poter assumere le funzioni di presidente della Consob. Ciò alla luce della normativa italiana secondo la quale, invece, un dipendente statale o di un ente pubblico allo stato giuridico nominato a componente della Consob va collocato d'ufficio in aspettativa (art. 1, comma 5, della legge n. 216/1974). Sulle analogie e differenze tra comando, disciplinato dalle norme sullo stato giuridico dei funzionari europei, e aspettativa, disciplinata dalla normativa nazionale, si può discettare a lungo.

Certo è che la nomina del nuovo presidente aveva superato le verifiche di legittimità esterne e interne alla Consob nell'ambito del procedimento di

²⁴ Cfr. art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2009, n. 213.

nomina previsto dalla legge (Corte dei conti, Presidenza della Repubblica, verifica dei requisiti all'atto dell'insediamento). Averla rimessa in discussione, fino a provocare le dimissioni di un tecnico pienamente titolato a svolgere con autorevolezza ed efficacia il compito, costituisce uno strappo vistoso rispetto alle prassi precedenti.

Infatti, insieme ad altre iniziative, come la rivalutazione di decisioni in tema di progetti infrastrutturali e industriali (TAV, TAP, cessione dell'ILVA, ecc.) approvati dal precedente Governo, fa intravedere un orientamento volto a negare «il principio, fondamentale nell'organizzazione della politica moderna, della continuità dello Stato» e ciò in base a un atteggiamento secondo cui «tutto ciò che è stato fatto dai governi che hanno preceduto quello attuale sia opera di nemici e che dunque esso non vincoli in alcuna maniera l'esecutivo in carica»²⁵.

Un altro tema riguarda le nomine dei vertici scaduti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Istat, oltre che quella del nuovo presidente della Consob. Il lungo tempo di *vacatio* trascorso e i nomi di possibili designati, apparsi sulla stampa, alcuni inadatti al ruolo, vuoi per scarsa competenza ed esperienza, vuoi per ragioni di affiliazione partitica, costituiscono altrettanti sintomi di una scarsa attenzione nei confronti di istituzioni fondamentali nel panorama di pubblici poteri. È evidente infatti, quanto alle tempistiche, che nelle more delle nomine dei vertici esse si limitano per lo più all'ordinaria amministrazione rendendo meno incisiva la loro azione nei confronti delle imprese e dei mercati. Quanto alle qualifiche professionali e di indipendenza, per quanto si debba riconoscere che anche in passato sono state compiute scelte piuttosto discutibili e poco rispettose delle esigenze delle istituzioni coinvolte²⁶, sarebbe auspicabile risalire piuttosto che scendere la china.

In un contesto di delegittimazione dei poteri neutrali, persino il ruolo della magistratura è stato contestato, sempre in base all'idea della primazia del popolo sovrano e del Governo che lo rappresenta anche nei confronti di magistrati non eletti. L'argomento dell'assenza di una investitura elettiva è stato utilizzato dal Ministro dell'Interno, Matteo Salvini, in relazione a una comunicazione formale di avvio di indagini penali nei suoi confronti secondo la procedura speciale delineata per i reati compiuti dai ministri dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 attuativa dell'art. 96 della Costituzione,

²⁵ Cfr. P. POMBENI, *op. cit.*, p. 785.

²⁶ Per esempio, con riguardo alle nomine dei componenti dell'Autorità garante della concorrenza del mercato, è stata criticata la presenza nel collegio di soli giuristi: cfr. A. MACCHIATI, *Un'autorità per giuristi?*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 359 ss.

ricevuta dalla procura di Palermo sul caso del sequestro dei migranti tratti-nuti per alcuni giorni a bordo della nave Diciotti in condizioni igienico sanitarie precarie e in apparente violazione delle norme nazionali e internazionali.

Al di là delle vicende riguardanti specificamente le autorità indipendenti (e degli altri contropoteri neutri), lo stesso Stato regolatore, delle quali esse sono in qualche modo l'emblema, sembra essere rimesso in discussione nelle sue fondamenta attraverso il recupero del modello dello Stato interventista nelle sue varie dimensioni.

Si pensi al coinvolgimento delle cosiddette aziende di Stato in operazioni di politica industriale come in particolare il rilancio di Alitalia attraverso l'intervento delle Ferrovie dello Stato, oppure alla convocazione da parte della presidenza del Consiglio dei ministri dei vertici delle società partecipate dallo Stato (incluse quelle quotate) per un confronto in ordine alla politica di assunzioni del personale conseguente all'anticipazione dell'età pensionabile proposta dal governo. La stessa Cassa Depositi e Prestiti viene chiamata in causa ripetutamente come possibile *partner* in operazioni industriali. Si pensi ancora alla cessione da parte di Fiat Chrysler Automobiles (FCA) di Magneti Marelli, società *leader* nel settore della componentistica per autoveicoli, a un gruppo giapponese (Calsonic Kansei) controllato da un fondo americano e alle reazioni in sede politica volte a reclamare un potenziamento dello strumento della *golden share* allo scopo di proteggere maggiormente l'industria nazionale.

Anche la riforma Madia sulle società a partecipazione pubblica, pur salvaguardata nel suo impianto generale, corre il rischio di subire rallentamenti e attenuazione nella fase attuativa di riordino e di messa in liquidazione soprattutto delle società partecipate dagli enti locali²⁷. In materia di servizio idrico, in attuazione delle indicazioni già menzionate contenute del contratto di governo, parlamentari della maggioranza hanno presentato un progetto di legge volto a una ripubblicizzazione pressoché integrale del settore, prevedendo come forme di gestione soltanto l'azienda speciale o la società a partecipazione totale pubblica, istituendo un fondo nazionale per la pubblicizzazione, escludendo la finalità lucrativa delle gestioni²⁸.

²⁷ Una disposizione del Disegno di legge di bilancio 2019 autorizza le amministrazioni pubbliche a non dismettere le proprie partecipazioni societarie che non rispettano i parametri del d.lgs. n. 175/2016 nel caso in cui la società abbia conseguito un risultato medio in utile nei tre anni precedenti sospendendo l'applicazione della legge Madia in questa parte fino al 31 dicembre 2021.

²⁸ Cfr. Proposta di legge n. 52 presentata alla Camera dei Deputati, in Atti parlamentari, XVIII legislatura.

Questi e altri sintomi potrebbero far ritenere che siamo in presenza di quelle che gli scienziati sociali definiscono come «giunture critiche», cioè periodi di tempo relativamente brevi nei quali si realizzano modifiche rilevanti delle regole e delle procedure²⁹.

5. La parabola dello Stato regolatore sembrerebbe dunque essere ormai nella fase discendente, peraltro non solo nel nostro paese. Una risalita nella curva non è da escludere, ma molto dipenderà dalla durata dell'attuale ciclo politico e istituzionale sulla quale sarebbe azzardato formulare previsioni. Decisiva sarà anche la questione se i difensori dei principi della democrazia liberale e dell'economia di mercato sapranno liberarsi da alcuni dogmi, correggendo gli errori commessi nei decenni passati e offrendo risposte adeguate alle ansie e alle preoccupazioni di ampi strati della popolazione³⁰. Dopo la crisi del 2008 si sono levate voci critiche nei confronti degli eccessi del liberismo economico, del livello crescente della disuguaglianza³¹ e dei rischi derivanti dalla globalizzazione³². Si è anche rivalutato il ruolo dello Stato come di creatore di valore pubblico (*public value*) promuovendo l'innovazione, prima ancora che produttore, secondo la teoria dei fallimenti del mercato, di beni pubblici (*public goods*)³³. Il recupero del ruolo dello Stato regolatore andrebbe inserito dunque in una strategia più ampia che guardi in un modo più unitario la *economic regulation* e la *social regulation*³⁴.

²⁹ Per l'impiego di questa terminologia con riferimento alla crisi del 2008 cfr. L. MORLINO, F. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia*, cit., p. 12.

³⁰ Per alcuni possibili rimedi cfr. Y. MOUNK, *The people vs. democracy*, cit., p. 184 ss.

³¹ Cfr. B. MILANOVIC, *Global inequality. A new approach for the age of globalization*, Cambridge 2016, p. 192 ss. secondo il quale nel mondo occidentale la globalizzazione ha portato alla crescita delle disuguaglianze e alla crisi delle classi medie e ciò può portare, come reazione, a un'involuzione della democrazia in *plutocracy* (Stati Uniti) o all'affermarsi del populismo o nativismo (specie in Europa).

³² Cfr. per esempio D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., p. 253, secondo il quale con riferimento agli eccessi della globalizzazione «our challenge today is to render the existing openness sustainable and consistent with broader social goals».

³³ Cfr., da ultimo, M. MAZZUCATO, *The value of everything. Making and taking in the global economy*, Londra 2018, p. 265.

³⁴ La *social regulation* ha come obiettivo quello di correggere una serie di effetti collaterali o esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori e gli interessi dei consumatori e di attuare politiche redistributive volte a contrastare eccessi di disuguaglianza e a fornire i cosiddetti beni meritori (istruzione, abitazioni a prezzo politico per i poveri, ecc.). Cfr. già A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 38 ss., anche per l'osservazione secondo la quale, se è vero che il movimento della *deregulation* nasce dall'insoddisfazione verso la *economic regulation*, «le ragioni della regolazione sociale, invece non ne sono state sensibilmente indebolite, e hanno anzi conosciuto addirittura un rafforzamento».

Le vicende più recenti, che in Europa riguardano anche altri paesi come la Polonia e l'Ungheria nei quali le garanzie dello Stato di diritto sembrano vengono indebolite, confermano comunque la tesi secondo la quale i tasselli istituzionali che compongono il quadro di riferimento delle democrazie liberali, nel quale si iscrive anche l'esperienza relativamente recente dello Stato regolatore, sono difficili da comporre e da mettere a sistema, mentre è assai facile scompaginarli e disperderli.

FABIO MERUSI

Il debito pubblico nell'euro. Convergenza e percorsi speciali

SOMMARIO: 1. Una unione monetaria senza unione dei debiti pubblici dei singoli Stati dell'Unione. La convergenza al posto dell'unione – 2. Come complicare i problemi con proposte teoriche – 3. La supplenza della manovra della moneta da parte della Banca Centrale Europea e i suoi effetti sulle banche e sul ciclo economico. I titoli del debito pubblico dei singoli Stati U.E. sono acquistati dalla BCE e dalle banche – 4. L'«imbroglio» della conversione della lira in euro. L'Italia ha già «convertito» il debito pubblico e ha perciò già realizzato la «convergenza»?

1. Si narra che Bismarck dicesse al re di Prussia che per istituire il secondo Reich occorreva pagare contestualmente i debiti di Ludwig, lo spendaccione re di Baviera¹. Qualcosa del genere pare che lo avesse detto prima, sempre per istituire un nuovo Stato nazionale, Farini, su più che probabile precedente indicazione di Cavour: per unire al Regno di Sardegna, cioè al futuro Regno d'Italia, le province emiliane bisognava accollarsi anche il debito pubblico del duca di Modena, cioè di una entità statale che col debito pubblico aveva già dei «trascorsi» divenuti famosi per il loro particolare modo di estinzione del debito². E dopo il ducato di Modena l'accollo del

¹ Sulla formazione del II Reich si rinvia all'essenziale sintesi degli avvenimenti operata da J. BREUILLY, *La formazione dello stato nazionale tedesco*, Bologna 2004. Va inoltre detto che secondo alcuni storici Bismarck avrebbe personalmente corrotto Ludwig II di Baviera facendo ricorso al fondo segreto istituito presso la Cancelleria, il c.d. Fondo dei rettili (*Reptilienfonds*).

² Su cui si rinvia al noto lavoro di T. MARCHI, *Le annessioni della Lombardia e degli Stati dell'Italia centrale 1859-60*, in *Studi parmensi*, 1924, p. 44 ss. I «trascorsi» del duca di Modena si riferiscono ad un episodio di più di cent'anni prima, la c.d. vendita di Dresda, con la quale il duca di Modena, per ridurre il suo debito pubblico, vendette all'elettore di Sassonia cento quadri della sua collezione. Sulla vicenda della c.d. vendita di Dresda si rinvia a J. WINKLER, *Storia di un acquisto straordinario*, in J. WINKLER (a cura di), *La vendita di Dresda*, Modena 1989, p. 27 ss.

debito pubblico fu esteso a tutte le altre entità statali poi confluite, con procedure diverse, nell'«unione» del Regno d'Italia³. Qualche altro statista, italiano o tedesco, ha potuto dire la stessa cosa quando si è passati dalla Confederazione europea, la Comunità europea, all'Unione europea che alla fine di un lungo e complicato procedimento ha portato alla creazione di una moneta nazionale europea, l'euro? Direi proprio di no. A Maastricht si è profetizzata la creazione di una moneta comune, ma una Unione «europea» solo nel nome.

Infatti, i debiti pubblici dei singoli Stati dell'Unione non sono stati uniformati, né con riferimento all'esistente, né *pro futuro*. Non solo, ma è forse opportuno precisare, ad evitare fraintendimenti dei discorsi che si faranno, che dell'Unione monetaria non fanno neppure parte tutti gli Stati che hanno aderito alla «confederazione» europea, la Comunità europea. Poiché non tutti gli Stati europei appartenenti alla Comunità europea erano disponibili ad entrare nell'Unione monetaria, l'Unione monetaria è stata stipulata a latere della Comunità fra alcuni Stati non con un «atto comunitario», bensì con un apposito e distinto Trattato internazionale. Ma precisato ciò, che ne è stato dei debiti pubblici dei singoli Stati europei aderenti al Trattato dell'Unione? Anziché l'unione dei debiti è stata prevista la «convergenza» dei debiti. Infatti, secondo il protocollo n. 12 del Trattato di Maastricht: «I valori di riferimento [...] del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono: il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato» che non sono numeri arbitrari, bensì il riferimento alla media dei valori esistenti nei Paesi dell'Eurozona al momento della stipula del Trattato. Cioè valori «statici» non imposti per governare la finanza pubblica. In particolare, il debito pubblico rimaneva ai singoli Stati perché l'Unione non era un'unione. Tale Unione, così almeno nominalmente definita di convergenza, doveva assestare i debiti pubblici dei singoli Stati dell'Unione sotto il 60% del Prodotto Interno Lordo (PIL) e, se superiore, prendere atto dell'impegno dei singoli Stati verso la media del 60% al ritmo di una riduzione annua del 20%, come precisato in un successivo atto (il *Fiscal Compact* 2011).

³ Nel debito del nuovo Stato nazionale italiano venivano incorporati i debiti delle cosiddette «regioni annesse» (il Veneto, lo Stato pontificio, i Ducati padani e il Regno delle Due Sicilie), una scelta che costituì «la palla al piede» iniziale del nuovo Stato. Sul tema si rinvia a V. ZAMAGNI, *Debito pubblico e creazione di un nuovo apparato fiscale nell'Italia unificata (1861-76)*, in *Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari* "Luigi Einaudi", *Il disavanzo pubblico in Italia: natura strutturale e politiche di rientro*, II, *Le politiche di rientro: problemi macro e microeconomici dell'aggiustamento*, Bologna 1992, p. 9 ss.

Si sa come sono andate le cose in Italia, Paese che volle aderire all'Unione monetaria pur avendo un debito pubblico non in linea con la media degli altri Paesi aderenti al Trattato: all'atto della firma del Trattato di Maastricht, nel 1992, il rapporto del debito pubblico col PIL era del 105,5% e, anziché ridursi verso la media codificata nel 1992, del 60% del PIL, al ritmo di un 20% annuo è arrivata ad oscillare, al momento in cui si scrive, attorno al 130% del PIL. Evidentemente qualcosa non ha funzionato. Non ha funzionato in presenza di governi dei più disparati indirizzi politici, ivi compreso un economista, e per di più ex Commissario europeo, nominato in maniera costituzionalmente non proprio ortodossa, al dichiarato scopo di «raddrizzare» l'indirizzo di politica economica fino a quel momento perseguito dallo Stato italiano. Anche per lui la riduzione annua del debito pubblico, non dico del 20% come previsto dal Trattato di Maastricht, ma anche di pochi punti percentuali, risultò un'impresa impossibile. Lo Stato cercò di spendere meno, ma il debito continuò a lievitare per forza intrinseca (per rinnovare il debito a tasso variabile e per far fronte ai costi dei contratti derivati accesi su titoli del debito pubblico per i quali si era sbagliata la «scommessa» sulla stabilità del tasso a causa della sopraggiunta crisi economico-finanziaria globale) e per forza estrinseca: la sopraggiunta crisi economica successiva al 2008 determinata dal «contagio» finanziario con titoli «infetti» (perché non coprivano il rischio di credito) ha spinto gli Stati, compreso ovviamente lo Stato italiano, ad aumentare ulteriormente il debito pubblico anziché ridurlo⁴. Come è noto, quando interviene una crisi nel ciclo economico lo Stato è spinto ad intervenire finanziariamente, non a ridurre la spesa e perciò a ricorrere a nuovo debito.

A questo punto un noto rivoluzionario si sarebbe posta la ben nota domanda retorica «che fare»? Tenuto conto che il noto rivoluzionario sbagliò la risposta, possiamo limitarci ad elencare le possibili risposte che circolano in vari ambienti, istituzionali, politici, economici, politologi, giuridici, o di difficile aggettivazione perché misti.

⁴ Sull'argomento la letteratura è sconfinata, fra i tanti lavori rilevanti per quanto affermato nel testo si rinvia a F. COLOMBINI, A. CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e Stati. L'insostenibilità del rischio di credito*, Torino 2011. E per la infelice idea di gestire il debito pubblico italiano con contratti derivati si rinvia a F. MERUSI, *Avventure e disavventure di una giurisdizione esclusiva. La giurisdizione amministrativa sul debito pubblico e i derivati dal debito pubblico*, in AA. VV., *Liber Amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari 2018, p. 299 ss. Conviene anche notare che le proposte di intervenire sulla fonte di possibili crisi dell'economia reale, la cartolarizzazione del rischio di credito, sono rimaste senza seguito essenzialmente per la resistenza di chi vive di cartolarizzazioni. Cfr. in proposito F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013, p. 43 ss.

2. Se si parte dal presupposto che per realizzare una unità che sia anche una «unità statale», comunque denominata e caratterizzata, occorre prendere atto che la convergenza dei debiti pubblici accesi nei singoli Stati che hanno preteso di fare una unione dotata di un'unica moneta non si è realizzata e non è realizzabile attraverso una procedura endogena. Almeno nello Stato italiano. Così come sembra da escludere che la convergenza possa essere realizzata coattivamente attraverso procedure sanzionatorie, come pure è prevista negli accordi esecutivi del Trattato di Maastricht, il c.d. *Fiscal Compact*⁵.

Le sanzioni, come è noto, non hanno la forza di modificare il fatto sanzionato. Paradossalmente una sanzione pecuniaria come quella prevista per l'ipotesi di «debiti eccessivi» si aggiungerebbe al «debito eccessivo». Un debito eccessivo che, anche se non fosse considerato eccessivo, sarebbe comunque lontano dalla convergenza (attualmente più del 130% del PIL contro il 60% richiesto per la convergenza). Né è possibile pensare ad un «commissariamento» dello Stato lontano dalla convergenza perché il commissario provveda, con appositi provvedimenti, a ridurre il debito. L'Unione non è una federazione nella quale la federazione possa «spezzare» il diritto dello Stato federato. Se lo fosse, il debito pubblico sarebbe «disponibile» da parte della federazione. Bismarck e Farini (e Cavour) non hanno ispirato i costituenti dell'Unione. Anzi i discendenti di Bismarck vivono nel terrore di dover pagare i debiti altrui eventualmente federati in un Reich europeo e si oppongono ad ogni provvedimento di organi ed enti dell'Unione che, anche indirettamente, possano implicare una europeizzazione dei debiti pubblici dei singoli Stati dell'Unione⁶.

⁵ Per un quadro della contorta e spesso problematica formazione di esecuzione della «profezia» di Maastricht si rinvia a M. E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *L'Unione Europea e la riforma del governo economico della zona Euro*, Napoli 2013, e per i suoi effetti anche su questioni particolari a F. CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino 2013; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino 2014; F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione europea. Le ragioni di un difficile incontro*, Padova 2015, e, per i profili più strettamente economici, a A. MANTOVANI, L. MARATTIN, *Economia dell'integrazione europea*, Bologna 2008, p. 119 ss. Una cronaca circostanziata dei passaggi che si sono resi necessari per realizzare l'«idea» dell'euro si può leggere in B. OLIVI, R. SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, Bologna 2010, p. 199 ss., e, in termini formalmente giuridici che pongono anche eleganti questioni in materia di teoria delle fonti, v. F. BRUNO, *Stato membri e Unione europea. Il difficile cammino dell'integrazione*, Torino 2012 (si susseguono Trattati al di fuori dei Trattati comunitari e regolamenti di dubbia connessione con Trattati comunitari e non).

⁶ Come risulta dalla circostanziata «cronaca» di B. OLIVI, R. SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, cit.

A livello di proposta il massimo che si è riusciti ad inventare in Commissioni di riforma, create da organismi a vario titolo definibili «europei», sono l'emissione di titoli di debito europei connessi a titoli di debito dei singoli Stati dell'Unione oppure di titoli di debito dei singoli Stati garantiti, o comunque strettamente connessi a titoli, dell'Unione. In entrambi i casi attraverso procedure così complesse che sposterebbero la decisione dell'emissione a favore di organismi tecnici togliendole agli organi di governo degli Stati «sovrani». Proposta con ogni probabilità destinata a rimanere nel novero degli esercizi teorici⁷.

⁷ Una variante sarebbe rappresentata da titoli di indebitamento «duale» interni ai singoli Stati, uno dei quali riferito a particolari investimenti pubblici come riferisce A. PETRETTO, *Politiche di bilancio, ciclo economico e riforma della governante economica nell'Euro zona*, relazione al Convegno CESIFIN *Sistema bancario e finanziario a dieci anni dalla crisi*, Firenze 6 giugno 2019: «Connessa alla riforma del Patto di stabilità e crescita [...] è stata avanzata anche la proposta di creare un mercato duale dei titoli sovrani. L'idea prevalente è quella di istituire titoli a durata fissa (junior bonds) per finanziare le spese pubbliche al di sopra del limite fissato dal vincolo della ER. Per questi titoli junior, e solo per questi, è ammessa, se il paese in oggetto sottoscrive un Programma dell'European Stability Mechanism (ESM program), un'eventuale estensione della maturità e in caso di ristrutturazione sarebbero, essendo soggetti alla disciplina di mercato che prezza i rischi di default, i primi a subire un eventuale taglio. Considerando che, data la loro finalità limitata (copertura dell'extra spesa), questi titoli saranno emessi in piccole quantità, il grosso del debito pubblico del paese rimarrebbe non influenzato da questa limitata garanzia». In precedenza, era stata avanzata la proposta di un'altra soluzione «duale» così delineata da M. K. BRUNNERMEIER, *Dominanza finanziaria*, in *Banca d'Italia, Lezioni Paolo Baffi*, Roma 2015, p. 104 ss: «L'idea è che un'organizzazione privata o un'agenzia di debito acquisti un portafoglio di titoli del debito pubblico dei paesi europei e, a fronte di questo, emetta un'obbligazione europea senior e un'obbligazione europea junior. Più nello specifico, l'ente acquista sul mercato secondario circa 5.500 miliardi di euro di debito sovrano (il 60 per cento del PIL dell'eurozona). Il peso del debito di ciascun paese sarebbe pari al suo contributo al PIL dell'eurozona. Quindi, ogni euro aggiuntivo di debito sovrano che superi il 60 per cento del PIL dovrebbe essere scambiato in un mercato obbligazionario unico, in cui i prezzi rifletterebbero il vero rischio sovrano, inviando il giusto segnale al governo del paese. Per finanziare acquisti per un importo di 5.500 miliardi di euro, verrebbero emessi due titoli: il primo titolo (ESBies) sarebbe senior per il pagamento degli interessi e il rimborso del capitale delle obbligazioni detenute nel pool. Il secondo titolo riceverebbe il resto – sarebbe dunque più rischioso e dovrebbe sopportare le conseguenze dell'eventuale inadempienza di uno o più emittenti sovrani [...] In questo modo, quando uno Stato membro dell'area dell'euro non rimborsa il proprio debito, le perdite sono assorbite dall'obbligazione junior. In altri termini, i detentori di obbligazioni junior si assumono tutto il rischio, mentre i detentori dei titoli senior risultano protetti dalle obbligazioni junior. Questa soluzione mantiene la possibilità di insolvenza: crea in pratica una valvola di sicurezza, pur mantenendo un'attività priva di rischio, l'obbligazione senior, a condizione che non si verifichi una correlazione troppo forte tra le insolvenze dei singoli paesi».

Proposte che, in ogni caso, varrebbero per le emissioni future e, per di più, in misura parziale, non sostitutiva delle emissioni «normali» dei singoli Stati.

Non sembra dunque che nemmeno in prospettiva si voglia arrivare ad una «unione dei debiti» necessario presupposto dell'unione monetaria, che quindi continuerà ad esistere senza una «convergenza» dei debiti pubblici dei singoli Stati, convergenza che essendo «statica» (cioè riferita ad una media esistente al momento dell'unione monetaria) non sarebbe neppure idonea a «sorreggere» la nuova moneta comune, l'euro.

Ma non è il caso di affrettare un giudizio di tal genere, giudizio che peraltro è già stato fatto da più commentatori. Il quadro giuridico istituzionale è stato così ingarbugliato per non arrivare a costituire un «quarto Reich», cioè una unione-federale europea, che anche le proposte di emettere dei titoli di debito «doppi», nazionali e federali, può apparire una soluzione «lineare», ancorché non sostitutiva della «unione dei debiti» pubblici. Ma lasciamo da parte le proposte teoriche ed esaminiamo i fatti sopravvenuti all'unione monetaria che hanno in qualche modo interessato i titoli di debito pubblico dei singoli Stati dell'Unione.

3. Da quando le monete non si reggono più sul valore intrinseco del metallo nel quale sono coniate, ma sono fondate su di una garanzia giuridica dell'emittente, le monete hanno bisogno di un organo di governo che ne regoli la quantità e la circolazione. La cosa si è viepiù complicata negli ordinamenti che hanno previsto di regolare l'economia con il c.d. triangolo magico, cioè la realizzazione delle «stabilità dei prezzi» attraverso l'equilibrio dei tre fattori: la moneta, la finanza pubblica e il rapporto di cambio con una moneta di riferimento (nel nostro caso il dollaro).

Non si tratta di una particolare teoria economica fatta propria da un particolare ordinamento giuridico, bensì di una constatazione empirica, fenomenica, di un governatore di una banca centrale europea di un piccolo Paese europeo (il più bravo di tutti noi come ebbe a definirlo un altro governatore di un altro Paese dell'Europa per natura assai avaro di complimenti⁸), poi

⁸ Si può leggere l'omaggio a Holtrop e la traduzione in termini di teoria economica delle sue tesi, con particolare attenzione al lato del triangolo relativo ai rapporti con le altre monete, in P. BAFFI, *L'inflazione in Europa occidentale e le monete riserva*, in *Mon. cred.*, 1968, ora in *Ente Luigi Einaudi, Paolo Baffi*, Roma 1989, p. 11 ss. («Nel piccolo mondo degli istituti di emissione al quale appartengo, questa tesi è stata elaborata principalmente dal dr. Holtrop, già governatore della Banca d'Olanda e presidente della banca dei regolamenti internazionali. Mi riferisco in particolare alla magistrale analisi contenuta nella rassegna generale con cui si apre la relazione della Banca d'Olanda per il 1965»).

tradotto in strumentario giuridico (in particolare con riferimento al governo della finanza pubblica) dalla Repubblica Federale Tedesca con la c.d. *Stabilitätsgesetz* (varie volte emendata) e da quest'ultima «rivenduto» nei suoi elementi essenziali all'Unione europea; a Maastricht, nel *Fiscal Compact* e nell'atto istitutivo della Banca Centrale Europea⁹.

Se la moneta, la base monetaria, è una dei lati del triangolo, ne consegue che l'equilibrio fra i tre lati del triangolo che assicurerà la stabilità dei prezzi può essere raggiunta anche manovrando la moneta, magari supplendo con provvedimenti monetari alle carenze «equilibristiche» degli altri due lati del triangolo.

Una volta costituita una moneta unica, l'euro, bisognava anche istituire un organo di governo che la manovrasse. E fu infatti costituita la Banca Centrale Europea, una banca centrale come quella che esiste in ogni ordinamento che ha una moneta propria. Non importa in questa sede seguire le complicate vicissitudini istituzionali della BCE, partita come confederazione di banche centrali senza particolari poteri di governo della moneta poi divenuta banca centrale dell'Euro a pieno titolo appropriandosi anche di poteri che eufemisticamente potremmo definire «impliciti» e, infine, dotata del braccio operativo della vigilanza bancaria, cioè del vigilare sugli enti attraverso i quali «scorre» la moneta e che la moneta condizionano, con poteri invasivi praticamente illimitati penetranti all'interno degli ordinamenti di tutti gli Stati membri dell'Unione¹⁰.

Ciò che rileva per il nostro discorso è che a un certo punto (sia pur con ritardo a parere di buona parte degli studiosi dei cicli economici dell'Unione¹¹) la BCE ha deciso di intervenire sulla quantità di moneta circolante non aumentando la base monetaria, bensì attraverso l'acquisto di titoli di debito pubblico emessi dai singoli Stati dell'Unione, non direttamente dai singoli Stati, ma sul mercato secondario, perché direttamente sarebbe proibito. È il c.d. *Quantitative Easing* che la BCE ha ripreso ad imitazione degli interventi della Federal Reserve americana in occasione della crisi finanziaria che ha colpito l'economia statunitense dopo il 2007 e che si è poi estesa, «per contagio», anche alle economie dei Paesi Euro dal 2008.

⁹ In argomento si rinvia a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., ed ivi ulteriori indicazioni.

¹⁰ Sulla BCE esiste ormai una letteratura giuridica sterminata che si diparte dalla monografia istituzionale di S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino 2013. Per la BCE e l'unione bancaria v. da ultimo M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino 2018, ed ivi ulteriori indicazioni, nonché il recentissimo «manuale» di F. COLOMBINI (a cura di), *Raising Capital or Improving Risk Management and Efficiency? Key Issues in the Evolution of Regulation and Supervision in European Bank*, Cham 2018.

¹¹ Per cui si rinvia a F. MERUSI, *L'incubo di Diocleziano. Riflessi della "convergenza" delle finanze pubbliche dei Paesi Euro sulla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 171 ss.

Non solo, ma, come avvenuto negli Stati Uniti, il *Quantitative Easing* è stato accompagnato da una riduzione dei tassi bancari giunto fino allo zero e in qualche caso sotto lo zero, col risultato di indurre tutte le banche dell'Eu-rozona a cercare fonti di redditività diversa dalla intermediazione tra risparmio e credito. La principale? L'acquisto di titoli del debito pubblico, i quali presentano, qualunque sia la loro tipologia e qualunque sia l'emittente, una redditività superiore allo zero¹², una redditività che si aggiunge ad altri fonti non bancarie quali le commissioni da servizi finanziari e non, come la rendita di polizze assicurative o di prodotti finanziari di vario tipo, fino a veri e propri «espedienti» commerciali come la vendita di «beni rifugio» (oro non monetato e diamanti), così come è consentito dalla generale natura di banche «universali» acquisita da tutte le banche europee dal 1992 in poi¹³.

¹² Basta infatti leggere il bilancio di qualsiasi banca, non solo italiana, per averne conferma. Così efficacemente sintetizza in proposito P. SAVONA nel recente (14 giugno 2019) *Incontro annuale con il mercato finanziario* del Presidente della CONSOB: «In passato, quando il debito sovrano godeva fiducia per l'esistenza di meccanismi in grado di garantirne il rimborso (crescita reale e risparmio, esistenza di un prestatore di ultima istanza e moneta di denominazione controllata dallo Stato), una sua parte considerevole era tenuta dalle famiglie. Poiché gli accordi europei hanno scambiato la stabilità del debito pubblico con quella dei cambi e dei prezzi sono venute meno le garanzie di cui i titoli di Stato avevano goduto in passato; la percentuale tenuta dalle famiglie è andata riducendosi, cadendo a fine 2018 al 5,9% del totale di esse (138 mld su 2.322). La gran parte è ora nelle mani degli intermediari nazionali (come banche, assicurazioni e fonti comuni) e in minor misura dell'estero. Il potere di valutare il rischio di rimborso si è trasferito sul mercato senza un adeguato contrasto alla speculazione, che non di rado trova alimento nell'attitudine delle autorità a usarlo come vincolo esterno per indurre gli Stati membri a rispettare i parametri fiscali concordati a livello europeo».

¹³ Per una analitica e circostanziata rassegna si rinvia a E. BARUCCI, *La vera sfida per le banche nel dopo crisi: la redditività*, in Relazione al Convegno CESIFIN *Sistema bancario e finanziario a dieci anni dalla crisi*, Firenze 6 giugno 2019. A ciò aggiungasi che, come osserva G. SANTONI, *Il diritto bancario del futuro*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 130 ss «Già da tempo [...] è possibile affermare che molte banche hanno pochissimo a che fare con la tradizionale attività bancaria. Il riferimento è innanzitutto alle cd. banche-reti, vale a dire quelle banche che indirizzano il risparmio da esse raccolto non verso la erogazione del credito, bensì verso investimenti finanziari e perciò, in realtà, svolgono piuttosto attività di intermediazione finanziaria, e dunque un'attività assimilabile a quella delle SIM, per lo più tramite una rete di promotori finanziari, che consente di limitare al minimo il numero degli sportelli bancari. Il riferimento è altresì a quelle banche che, avendo aderito al modello originato e distribuito, una volta erogati i crediti, molto spesso fondiari, immediatamente li cedono, così evitando di svolgere la tradizionale attività di gestione degli stessi, ed addossandone il rischio agli acquirenti specializzati, e lucrando – grazie anche ai volumi di affari sempre più grandi – sulle minime differenze percentuali tra gli interessi ricevuti dalla propria clientela e quelli pagati dai propri acquirenti professionali. In conclusione, sempre più sarà dato incontrare banche che raccolgono risparmio per indirizzarlo verso altre attività finanziarie e non per erogare credito, ovvero erogano credito ma senza più gestirlo, e che molto spesso sono delle mere

E così i titoli di debito pubblico emessi, non dal Reich Europa, ma dai singoli Stati dell'Unione, sono finiti nel gioco del triangolo magico della stabilità economica, ma non proprio sul lato giusto del triangolo: non dal lato della finanza pubblica, perché non c'è una «manovra» della finanza pubblica dal lato dell'Unione, perché il debito pubblico è emesso dai singoli Stati i quali anche con riferimento ai singoli debiti pubblici debbono solo «convergere» fra di loro e per di più sulla base di indici di relazione con altri valori, come il PIL privi, nelle loro staticità, di rilievo alcuno per un «governo» del lato della finanza pubblica «federata» nell'Unione.

Non solo, titoli di debito emessi dai singoli Stati sono finiti nel lato monetario del triangolo «magico» attraverso il *Quantitative Easing* della Banca Centrale Europea, ma sono finiti in rilevante misura (ancorché regolata entro limiti fissati dalla stessa Banca Centrale nella veste di Autorità di Vigilanza bancaria) per supplire alla perdita di redditività della intermediazione bancaria nelle banche. Col risultato di alterare in misura consistente, e comunque significativa, una delle fonti di finanziamento dell'economia reale. Anziché finanziare le imprese, si finanziano gli Stati.

Come è stato anche in altri casi rilevato la manovra del lato monetario non sempre può supplire alla mancanza della manovra degli altri due lati del triangolo (la finanza pubblica e il rapporto di cambio con le altre monete) per realizzare quell'equilibrio che porta alla stabilità dei prezzi e a quello «sviluppo economico» sempre retoricamente evocato negli atti dell'Unione.

Ma questo è un discorso che va al di là della mancanza di un debito pubblico federale nell'Unione e implica invece valutazioni sul governo, o la mancanza di governo, dell'intero lato della finanza pubblica dell'Unione e della ricerca necessariamente «dinamica» dell'equilibrio fra i tre lati del «triangolo magico» dell'Unione. Un discorso che non è certo possibile fare in questa sede. Si può solo accennare apoditticamente al fatto che un organo di governo dell'equilibrio nell'Unione non c'è e che il governo della finanza pubblica appare frammentato fra la Federazione (l'Unione) e gli Stati non propriamente ancora federati attraverso una unione monetaria. Mentre non ci si può astenere dal segnalare gli effetti perversi della circolazione «monetaria» dei titoli di debito pubblico dei singoli Stati: il loro acquisto da parte della Banca Centrale trasforma i titoli di debito in moneta, mentre il loro acquisto da parte delle banche dovunque collocate negli Stati membri (ormai clienti quasi esclusivi) sottrae liquidità ai finanziamenti bancari e perciò

vetrine – per lo più informatiche – volte ad attirare clientela e che, una volta entrate in contatto con questa, si affrettano a trasferire ad altri intermediari, a loro volta iperspecializzati, il segmento della tradizionale attività realizzata».

al finanziamento dell'economia reale dei singoli Stati dell'Unione. Col dubbio che squilibri quantitativi nell'acquisto di titoli di debito pubblico sia da parte della BCE, sia da parte delle singole banche, nazionali o anche transazionali, provochi squilibri nell'andamento dell'economia reale dei differenti Stati dell'Unione. Quando la circolazione è diversificata di solito anche i risultati sono diversificati. Un fenomeno che indubbiamente non è in linea con la pretesa «convergenza» sulla quale è basata l'unione monetaria.

4. E poiché si parla di convergenza anche dei debiti pubblici non si può non fare riferimento ad una anomalia soltanto italiana che poi potrebbe, in parte, modificare qualche giudizio espresso in precedenza. Corrisponde a verità che al momento dell'entrata nell'euro il debito pubblico dello Stato Italia che aspirava ad entrare nell'unione monetaria ammontava al 105,5% del PIL?

L'entrata dello Stato italiano nell'euro fu contrastata e realizzata sul filo di lana con un colpo di teatro o, se si preferisce seguire il linguaggio degli economisti, con un atto di «azzardo morale». Quando si trattò di passare dal «serpente» fra monete dei singoli Stati in precedenza stabilito (cioè da un sistema di cambi fissi fra le monete dei singoli Stati inteso come prodromico alla realizzazione della moneta unica) alla moneta unica, l'euro, si pose il problema della misura della conversione delle singole monete nell'euro. Per l'Italia, che aveva un elevato debito pubblico, la soluzione sembrava essere quella di chiedere una moratoria biennale per poter ridurre l'indebitamento e convertire così in misura adeguata la lira in euro¹⁴.

Nel corso delle trattative, di fronte alla richiesta italiana di aderire da subito all'euro, fu proposto, più per indurre la delegazione italiana a chiedere la moratoria che per convinzione, di «scontare» sulla conversione della lira in euro l'entità del debito pubblico esistente nello Stato italiano in quel momento. L'Italia, pur di aderire da subito, accolse la proposta e la lira fu convertita a più del doppio del suo presumibile valore di cambio esistente in quel momento (a più di 1.900 lire, anziché a poco di 800). Il risultato fu la perdita di circa la metà del potere di acquisto della nostra moneta. Particolare di cui si accorse qualunque cittadino italiano quando andò in un bar a prendere un cappuccino e un cornetto dopo la conversione della lira in euro. In euro costava più del doppio. Accadimento che fu esorcizzato da un Ministro dell'epoca, che evidentemente aveva fatto colazione a casa, sostenendo che si trattava non di un fenomeno reale, bensì di un fenomeno

¹⁴ Per le perplessità di Baffi in merito al procedimento che ha condotto all'unione monetaria si rinvia a F. MERUSI, *Profili istituzionali delle relazioni di Paolo Baffi*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 452 ss.

soltanto «percepito». Non solo, ma l' «incontro» fra un euro leggero, quello italiano, ed «euri pesanti», quelli di altri Paesi dell'Unione, ha avuto ben altri effetti sull'economia reale italiana: ha provocato anche la contendibilità delle società italiane, col risultato che molte di esse sono divenute a capitale totale o prevalente di imprese di altri Paesi U.E., fenomeno anch'esso di generale e normale percezione anche da parte dei giuristi che ormai in misura ragguardevole pubblicano i loro lavori presso imprese editoriali non più «nazionali» se non – e non sempre – nella lingua.¹⁵

Ma, a parte queste amenità, confermate degli accadimenti, quel che in questa sede interessa è che, se il debito pubblico dello Stato italiano era stato «scontato» nella misura della conversione dalla lira in euro, il rapporto debito pubblico PIL previsto per la convergenza nel caso dell'Italia doveva valere solo per il debito futuro, non per il debito esistente al momento della conversione lira/euro che era già stato scontato nel rapporto di conversione lira/euro.

Così almeno dovrebbe essere dando ovviamente per scontate difficoltà di calcolo, peraltro non diverse da quelle che condussero a fissare il tasso di cambio comprensivo della minusvalenza di una moneta, la lira, corrente in uno Stato ad elevato livello di indebitamento pubblico. Conclusione che peraltro nessuno sembra voler trarre preferendo, apertamente o implicitamente, quella dell'imbroglione che avrebbe subito lo Stato italiano al momento della conversione della lira in euro¹⁶.

Questione che certamente sarebbe inesistente, per tornare *ab ovo* cioè all'apertura del presente lavoro, se al momento della conversione della lira in euro il debito pubblico dello Stato italiano, come il debito pubblico degli altri Paesi della costituenda Unione monetaria, fosse stato trasferito alla Federazione (l'Unione), come accaduto al tempo della formazione degli Stati

¹⁵ Sulla vicenda e sulla sua veridicità si rinvia a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., p. 100 ss. Ma a parte la vicenda della conversione della Lira, poiché il Marco è stato convertito in euro alla pari si può sostanzialmente dire che le altre monete dei Paesi aderenti sono state convertite in Marchi così come prevedeva il Piano Funk per la costituenda ben più vasta Europa del Terzo Reich. Le analogie con singole previsioni del Trattato di Maastricht e degli atti dell'unione monetaria col Piano Funk sono state richiamate da più parti. Cfr ad esempio P. SAVONA, *Lettera agli amici tedeschi e italiani. Come funziona il meccanismo economico europeo*, Roma, 2012. Per il Piano Funk e per la descrizione del suo contenuto si rinvia a P. FONZI, *Nazional-socialismo e Nuovo ordine europeo. La discussione sulla Großraumwirtschaft in Germania durante la Seconda guerra mondiale*, in *Studi storici*, 2004, p. 313 ss. L'Europa nazional-socialista avrebbe dovuto andare dagli Urali all'Atlantico.

¹⁶ Su cui cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit. Va da sé che l'argomento «abbiamo già dato» potrebbe essere speso in Corte di Giustizia europea nel caso di provvedimenti sanzionatori nei confronti dello Stato italiano per preteso «debito pubblico eccessivo».

nazionali, italiano e tedesco. Ma l'Europa, per riprendere il titolo di un famoso saggio di Robert Musil risalente al lontano 1922, ha ancora bisogno di aiuto (*das hilflose Europa*) anche per quanto riguarda i debiti pubblici¹⁷.

¹⁷ Per cui si rinvia alla riedizione del 1961: R. MUSIL, *Das hilflose Europa*, München 1961, che contiene altri due saggi di diverso argomento.

FEDERICO SORRENTINO

Debito pubblico e indirizzo politico. Profili critici

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il debito pubblico – 3. La legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 – 4. La soddisfazione dei diritti «finanziariamente condizionati». Debito pubblico e Stato sociale – 5. L'alternativa fiscale al debito pubblico – 6. Conclusioni

1. Da quando, con la revisione costituzionale del 2012, il debito pubblico, da categoria economica è divenuto oggetto di indagine giuridica ed ha acquisito dignità costituzionale ci si è interrogati da parte di studiosi di cose costituzionali sul rapporto tra le limitazioni al suo aumento, che la novella costituzionale aveva determinato, e l'indirizzo di politica economica (o l'indirizzo politico tout court) che ne residuava in capo alle istituzioni governanti¹. Inoltre, è stato posto il tema, conseguente al primo, sul rapporto tra le limitazioni al debito pubblico e la realizzazione dello Stato sociale, tenuto in particolare conto del rapporto, a molti apparso strettissimo, del costo dei diritti (in genere e in particolare dei diritti) sociali² e dell'impossibilità (o del divieto) di fronteggiarlo attraverso l'aumento del debito pubblico. Sullo sfondo campeggia, com'è naturale in questa materia, la diversa problematica dell'integrazione europea, delle difficoltà dell'Unione a farsi carico delle spese sociali per i cittadini europei, del suo deficit democratico e della sua responsabilità per le politiche di austerità imposte agli Stati membri³.

¹ V. a tal riguardo, tra i primi commenti alla revisione, M. LUCIANI, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Relazione al 58° convegno di Varenna, poi ripresa in ID., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Scritti in onore di A. D'Atena*, III, Milano 2015, p. 1673 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, *ivi*, p. 2097 ss.; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 111 ss.; A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir.*, An. VII, Milano 2012.

² Al riguardo v. ancora M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., ma principalmente ID., *Lanterna magica. I diritti finanziariamente condizionati*, in *Riv. Corte conti*, 2018, p. 643 ss.

³ Cenni sul tema specifico in A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit. p. 1687.

2. La nozione di debito pubblico è in realtà assai semplice, anche se oggi si carica di importanti profili di politica economica. Esso nasce, in alternativa alla leva tributaria, come strumento per far fronte a spese pubbliche di ogni genere, assumendo, più recentemente, anche la funzione di stimolare un'economia stagnante, di accrescere la ricchezza dei consociati, aumentando così il prodotto interno lordo⁴.

Spesso la dottrina distingue tra debito pubblico interno⁵, con il quale i cittadini finanziano lo Stato cui appartengono, ricevendone in cambio interessi, e il debito pubblico esterno, con il quale altri Stati, istituzioni internazionali o fondi d'investimento sottoscrivono per puro spirito speculativo il debito pubblico.

Ora, poiché la massima parte del debito degli Stati è oggi sottoscritto da investitori stranieri e negoziato sui mercati internazionali che, in relazione all'affidabilità degli Stati emittenti, ne determinano gli interessi che devono essere corrisposti, ne discende, da un lato, che gli Stati hanno perduto in buona parte il controllo sul loro debito⁶ e dall'altro che essi, come tutti i debitori, versano in uno stato di soggezione nei confronti dei creditori, del tutto sconosciuto quando il debito viene sottoscritto dai cittadini di quello Stato.

Con la creazione in Europa della moneta unica (con tutte le contraddizioni che vi sono connesse) il debito pubblico degli Stati è stato elemento d'instabilità, tale da imporre agli Stati che fanno parte dell'unione monetaria rilevanti limiti alla sua espansione.

Questi limiti hanno nel nostro Paese trovato da ultimo espressione con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha modificato in detta direzione gli artt. 81, 97 e 119 Cost., e con la legislazione emessa in sua attuazione.

3. Tale revisione – vincolata o meno che fosse ad impegni europei, ma ad essi sicuramente collegata⁷ – sembra aver ristretto ulteriormente le scelte

⁴ Vedasi in particolare C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 cost.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, p. 421 ss e spec. p. 425 ss.

⁵ Così, in particolare, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., p. 1683-1684, secondo cui il debito pubblico interno è strumento di redistribuzione delle risorse nazionali tra i cittadini.

⁶ Sviluppa molto questa osservazione M. LUCIANI, negli scritti sopra citati. Cfr. anche C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica*, cit., p. 428; ID., *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustizia: il tema del debito*, Relazione al Seminario *Ragionando sull'equilibrio di bilancio*, Ferrara 2016.

⁷ Tali vincoli, richiamati da tutti gli autori sin qui ricordati (in part. V. C. BUZZACCHI, *Ideologie economiche*, cit.), sicuramente in base alla riforma costituzionale del 2012, non necessariamente richiedevano un richiamo così stringente in Costituzione (v. al riguardo, persuasivamente, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., p. 1691 ss).

di politica economica del nostro Paese nella misura in cui ha posto il vincolo dell'equilibrio/pareggio di bilancio, tracciando limiti significativi all'indebitamento dell'amministrazione.

È evidente, quindi, che le nuove disposizioni, nel loro chiaro ed esplicito collegamento con le regole europee in materia di moneta comune, contribuiscono a definire le «limitazioni di sovranità» a carico del nostro Stato, così come previsto e consentito dall'art. 11 Cost., riducendo in conseguenza l'ambito delle scelte politiche in capo al Governo e al Parlamento.

In particolare, va ricordato che la l. cost. n. 1 del 2012 ha:

a) nell'art. 81 inserito la disposizione secondo cui «il ricorso all'indebitamento è consentito solo ai fini di considerare gli effetti del ciclo economico»;

b) negli artt. 97 e 119 introdotto il principio dell'equilibrio del bilancio estendendo le conseguenti limitazioni all'indebitamento a tutte le amministrazioni non statali, anche in base alla speciale legge rinforzata (da adottarsi a maggioranza assoluta), prevista dal nuovo testo dell'art. 81, comma 6, e dall'art. 5 della medesima, allo scopo di definire i limiti dell'indebitamento di quelle amministrazioni.

A sua volta la l. 24 dicembre 2012, n. 243, dettata in attuazione delle nuove disposizioni costituzionali (e in particolare dell'art. 81, comma 6, Cost.) per assicurare l'equilibrio di bilancio, prevede (art. 4) che «i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio (delle amministrazioni pubbliche) stabiliscono obiettivi relativi al rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo coerenti con quanto disposto dall'ordinamento dell'Unione europea» (comma 2) e che, qualora tale rapporto superi il valore di riferimento previsto dall'UE, occorre tener conto «della necessità di garantire una riduzione dell'eccedenza rispetto a tale valore» (comma 3); infine che, a parte la questione degli eventi straordinari, «non è consentito il ricorso all'indebitamento per realizzare operazioni relative alle partite finanziarie» (comma 4). Forti limitazioni vengono poi previste nell'art. 119 Cost. all'indebitamento da parte delle Regioni e degli enti locali, che viene consentito solo per finanziare spese d'investimento (così anche l'art. 10 l. n. 243 del 2012).

In compenso, però, l'art. 11 della medesima legge prevede che lo Stato «concorre al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali», nelle fasi avverse del ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali, cioè nelle ipotesi in cui allo Stato è permesso, nelle condizioni previste, incrementare l'indebitamento.

Il quadro ora appena delineato mette in luce le difficoltà che annualmente Governo e Parlamento incontrano per mettere a punto la manovra

di bilancio: difficoltà, non soltanto procedurali per la necessaria interlocuzione con la Commissione europea e per il necessario rispetto delle regole parlamentari e costituzionali⁸ che devono condurre all'approvazione della legge entro il 31 dicembre⁹, ma soprattutto di ordine sostanziale, in riferimento principalmente al rispetto dell'equilibrio di bilancio e delle limitazioni sopra viste introdotte dalla legislazione costituzionale e ordinaria nel 2012 sui limiti all'indebitamento.

Tali limiti, sebbene dotati di una certa flessibilità per la possibilità di usare l'indebitamento in funzione anticiclica e per venire incontro ad eventi eccezionali e non previsti, sono stati invero intesi da buona parte della dottrina, non solo – com'è evidente – come ulteriori condizionamenti della sovranità statale in riferimento alla nostra partecipazione all'UE, ma soprattutto come restrizioni dell'indirizzo di politica economica dell'esecutivo in relazione alle spese programmabili e, in particolare, alle prestazioni dello Stato sociale.

Ora, il fatto che l'attuale testo costituzionale ponga limiti all'indebitamento pubblico e configuri quindi in un certo modo la forma di Stato non è assolutamente dubbio, pur se si devono considerare le non modeste eccezioni che la nuova normativa pone circa i limiti all'indebitamento, non solo per far fronte ad eventi eccezionali ed imprevisti (o meglio: imprevedibili), ma anche per correggere gli effetti (negativi) del ciclo economico. Sicché viene in via di principio bandito l'indebitamento con puri scopi finanziari e (per gli enti minori) per far fronte alla cd. spesa corrente.

Detto questo, si pone un altro e più difficile interrogativo, che riguarda proprio la possibilità di finanziare la c.d. spesa sociale in quei settori nei quali le diseguaglianze di fatto esigono di essere ripianate.

In altri termini: la doverosità per lo Stato di far fronte a queste spese rischia di scontrarsi con la limitazione delle risorse a disposizione, senza la possibilità (o con modestissime possibilità) di diluire nel tempo – tramite l'indebitamento – le relative spese.

In sostanza la nuova disciplina del bilancio, e le conseguenti limitazioni all'incremento del debito pubblico, non solo inciderebbero sull'indirizzo politico-finanziario dello Stato, ma soprattutto ne limiterebbero in modo consistente la politica sociale e con essa il programma tracciato dall'art. 3, comma 2, Cost. di eliminazione delle diseguaglianze di fatto, insieme con le connesse politiche di riequilibrio sociale.

⁸ Sul peso delle quali va richiamata Corte cost., ord. 8 febbraio 2019, n. 17.

⁹ Salvo, naturalmente, il ricorso all'esercizio provvisorio.

Questo tipo di obiezioni – diffuse tra i costituzionalisti – è però solo in parte corretto.

Invero, se si muove dalla premessa secondo la quale per far fronte alle proprie spese l'amministrazione pubblica dispone di due strumenti che essa può combinare come meglio crede, e cioè, da un lato, il debito pubblico e, dall'altro, la leva tributaria, non v'è dubbio che la limitazione del primo strumento incide sulle sue scelte di politica economica, ponendo ad essa l'alternativa tra il rinvio o l'abbandono di tali spese e l'utilizzo incrementale della leva tributaria.

Ma tutto ciò non ha nulla a che vedere con lo Stato sociale che, da una parte, non può non trarre giovamento dalla stabilità economica e monetaria prodotta dalle limitazioni all'indebitamento e, dall'altra, non ammette (o non dovrebbe ammettere) che costi necessari per conseguire gli odierni benefici, attraverso l'aumento dell'indebitamento, finiscano per ricadere sulle c.d. generazioni future, diminuendone le prospettive di crescita.

4. Occorre, invero, riflettere che tutta la problematica dei diritti «finanziariamente» condizionati su cui si basa la discussione in materia non è necessariamente legata all'incremento dell'indebitamento pubblico, ma più semplicemente alla disponibilità delle risorse necessarie in capo all'amministrazione. Sicché essa, da un lato, mette in luce la necessità di un'attenta politica della spesa, capace di evitare sprechi e dispersione di risorse, di selezionare in particolare nell'ambito delle risorse disponibili scale di priorità dei bisogni sociali più urgenti e più meritevoli di soddisfazione, ma, dall'altro, solleva il velo su una contraddizione dei nostri tempi, quella di offuscare che il debito pubblico non è l'unica forma di finanziamento delle spese pubbliche.

Quest'ultima considerazione apre una problematica tutta politica sulla pressione fiscale e sugli eventuali limiti ad essa nella quale il giurista non può e non deve entrare, ma essa pone in luce che sulle discussioni in materia troppo spesso (con alcune lodevoli eccezioni¹⁰) si è trascurato il riferimento al precetto dell'art. 53 Cost.: il finanziamento delle spese pubbliche va posto a carico di «tutti» (cittadini e non) in ragione della loro capacità contributiva. E, se l'indebitamento pubblico «interno» (cioè volontariamente sottoscritto da operatori nazionali e comportante, come detto, una redistribuzione della ricchezza tra i consociati in forza della quale i più abbienti contribuiscono

¹⁰ V. ad es. C. BUZZACCHI, *“Capacità contributiva” e “progressività” alla prova dell'equilibrio di bilancio*, in *Osservatorio AIC*, 2017, n. 3, che sottolinea la stretta implicazione del principio di progressività con l'eguaglianza sostanziale.

con il loro investimento alle spese pubbliche) non è sufficiente, la via maestra – piaccia o non piaccia – rimane quella di utilizzare a quel fine la leva fiscale.

Del resto, proprio nel quadro dei principi dello Stato sociale, l'indebitamento pubblico, soprattutto quello, oggi prevalente, nei confronti dell'estero, può avere costi assai maggiori dell'utilizzazione della leva fiscale, se non altro perché – anche a prescindere da regole europee alla cui violazione potrebbero seguire sanzioni economiche, anche rilevanti – un significativo incremento dell'indebitamento pubblico rischia di incidere sull'affidabilità dello Stato nei mercati internazionali facendo innalzare lo *spread* oltre il tollerabile, con ulteriori costi per la comunità di riferimento, che, oltre ai maggiori oneri del debito pubblico, incontrerebbe sempre maggiori difficoltà ad attingere ad esso.

All'opposto la leva fiscale, nel suo collegamento con l'art. 53 Cost., contribuisce, non solo al reperimento di risorse per ogni finalità pubblica (ivi comprese quelle c.d. sociali), ma, nell'attuazione del principio di progressività, realizza al meglio le finalità redistributive della ricchezza proprie dello Stato sociale.

Insomma, concludendo su questo punto, i limiti all'indebitamento non comportano necessariamente limiti alle spese sociali se, come si è detto, tali spese possono essere soddisfatte con entrate di altro tipo.

5. In diversa prospettiva, il debito pubblico – soprattutto quando eccessivo – creando una sorta di soggezione – economica, ma anche psicologica e politica – del debitore nei confronti del creditore, finisce per impoverire chi vi fa ricorso, mentre l'utilizzazione della leva fiscale, con la progressività che la caratterizza, lascia immutata la ricchezza complessiva del Paese, attuando al suo interno una redistribuzione dei redditi del tutto necessaria per realizzare gli obiettivi dello Stato sociale.

Politicamente una tale operazione, che potrebbe comportare aumenti difficilmente sostenibili della pressione fiscale, sarebbe ostacolata dal timore di un sensibile aumento della propensione dei contribuenti all'evasione o all'elusione fiscale, frustrando così le stesse finalità redistributive di quell'operazione, soprattutto se non accompagnata da una seria opera volta ad eliminare o, quanto meno, a ridurre significativamente detta evasione.

Ma l'obiezione dimostra invero il contrario di quel che vorrebbe: dimostra cioè che un elevato grado di evasione fiscale incide sul debito pubblico assai più che un corretto utilizzo della leva tributaria e impedisce, più di quanto non facciano i vincoli europei, la realizzazione degli obiettivi dello Stato sociale. Sicché, ai fini della partecipazione di tutti alla spesa pubblica e della progressività del sistema fiscale, l'eliminazione dell'evasione e cioè

della sottrazione di larga parte della ricchezza prodotta nel Paese alla realizzazione delle spese sociali, permetterebbe, non solo un'opera di moralizzazione politico-sociale consistente nell'eliminazione della grave piaga degli evasori, ma soprattutto di attuare il precetto dell'art. 53 e di alleggerire in conseguenza la stessa pressione fiscale complessiva.

6. Si può in definitiva concludere nel senso che le limitazioni all'indebitamento incidono sulla politica finanziaria del Paese, senza però eliminare l'indebitamento in funzione anticiclica. Esse però impediscono di farvi ricorso per finanziare le c.d. spese correnti, ferma l'esigenza di far fronte alle spese sociali obbligatorie, non con il debito attuale che scarica sulle generazioni future i costi del benessere di oggi, ma utilizzando la leva fiscale redistributiva nella via tracciata dall'art. 53 Cost.

STORIA DEL DIRITTO

QUIRINO CAMERLENGO

Riflettendo sul negazionismo, tra realtà e verità

SOMMARIO: 1. Sintesi del tema, con particolare attenzione alla repressione penale del negazionismo – 2. La tesi da dimostrare – 3. Realtà e verità: spunti ricostruttivi – 4. L'Olocausto, tra realtà e verità – 5. La reazione al negazionismo

1. Il negazionismo si presenta come pretesa espressiva volta a confutare verità storiche considerate come tali dalla grande maggioranza delle persone. Si nega, da parte della pressoché totalità degli individui, ciò che si assume effettivamente accaduto in passato con certe caratteristiche fattuali non più suscettibili di diversa interpretazione o collocazione nel tempo¹.

In verità, il fenomeno è alquanto complesso, dal momento che esso abbraccia non solo diverse esperienze umane, ma anche differenti gradi di allontanamento da ciò che si assume accaduto realmente. E, così, oltre all'Olocausto, l'arma del negazionismo è stata brandita per revocare in dubbio le persecuzioni subite dagli Armeni in Turchia o per contraddire le più diffuse versioni relative alla guerra civile consumata in Jugoslavia o per edulcorare le conseguenze prodotte dagli attacchi nucleari ad Hiroshima e a Nagasaki. Oppure sono stati esperiti tentativi per minimizzare l'impatto funesto provocato da massacri o altre forme di persecuzione armata a danno di intere comunità.

Molti ordinamenti hanno reagito costruendo legislazioni repressive accomunate dalla sanzione penale del fenomeno in parola². Dal canto suo, l'Unione europea ha assunto una precisa posizione in argomento con la Decisione Quadro del Consiglio 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, relativa alla «lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale». Questa decisione invita gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché siano punti diversi comportamenti intenzionali tra i quali «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana

¹ Sulle tecniche adottate dai negazionisti rinvio alla bella disamina di S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 881.

² Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: «Eichmann di carta» e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 14 ss.; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. umani dir. int.*, 2011, p. 85 ss.; M. CUNIBERTI, *Il buon costume e i reati di opinione*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino 2019, p. 198 s.

dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale», nonché «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945».

In Italia, l'art. 604 bis c.p. è stato modificato, nei seguenti termini, dall'art. 2 d.lg. 1 marzo 2018, n. 21: «si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale»³.

Le norme incriminatrici adottate da più Paesi e la stessa decisione quadro tradiscono un grado di latitudine e ampiezza tali da suffragare le tante obiezioni che sono state sollevate, in più sedi, circa l'opportunità, se non anche la legittimità, di misure repressive volte a sanzionare penalmente le varie forme di negazionismo⁴. Oltre ai comuni rilievi circa la necessità, propria di ogni Stato di diritto, che le norme penali siano adeguatamente puntuali nella descrizione della singola fattispecie incriminata, si paventa il rischio che la qualificazione penale di un contegno volto a mettere in discussione un evento storico possa costituire un pericoloso precedente. Dunque, chi accede a questa interpretazione evidenzia come «la verità storica non possa essere affermata per legge, ma debba scaturire dalla costante ricerca e dal libero confronto tra gli studiosi, e che è in tale confronto che le ricostruzioni infondate devono trovare la loro confutazione»⁵.

Sulla stessa linea di pensiero si muove l'obiezione formulata nel 2007 dalla Società Italiana per lo Studio della Storia Contemporanea contro il disegno di legge fortemente voluto dall'allora Ministro della Giustizia Mastella⁶. Con la repressione penale «si offre ai negazionisti, com'è già avvenuto, la possibilità di ergersi a difensori della libertà d'espressione» e che «si

³ V. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 326 ss.

⁴ Cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli 2008, nonché E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012.

⁵ M. CUNIBERTI, *Il buon costume*, cit., p. 200.

⁶ Disegno di legge presentato il 5 luglio 2007, recante «Norme in materia di sensibilizzazione e repressione della discriminazione razziale, per l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654». Successivamente, la proposta di legge (prima firmataria l'On. Amati) del 16 ottobre 2012, configurante «la reclusione fino a 3 anni per chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituiscano

accentua l'idea, assai discussa anche tra gli storici, della "unicità della Shoah", non in quanto evento singolare, ma in quanto incommensurabile e non confrontabile con ogni altro evento storico, ponendolo di fatto al di fuori della storia o al vertice di una presunta classifica dei mali assoluti del mondo contemporaneo». Dunque, «la strada della verità storica di Stato non ci sembra utile per contrastare fenomeni, molto spesso collegati a dichiarazioni negazioniste (e certamente pericolosi e gravi), di incitazione alla violenza, all'odio razziale, all'apologia di reati ripugnanti e offensivi per l'umanità; per i quali esistono già, nel nostro ordinamento, articoli di legge sufficienti a perseguire i comportamenti criminali che si dovessero manifestare su questo terreno». In definitiva, «è la società civile, attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica, che può creare gli unici anticorpi capaci di estirpare o almeno ridimensionare ed emarginare le posizioni negazioniste»⁷.

Anche l'Unione delle Camere Penali Italiane ha stigmatizzato il ricorso al diritto penale per contrastare il negazionismo, osservando che «la tragedia della Shoah è così fortemente scolpita nella storia e nella coscienza collettiva del nostro Paese, da non temere alcuno svilimento se una sparuta minoranza di persone la pone in dubbio o ne ridimensiona la portata». Sicché, «l'idea di arginare un'opinione – anche la più inaccettabile o infondata – con la sanzione penale è in contrasto con uno dei capisaldi della nostra Carta Costituzionale, la quale all'art. 21, comma 1, non pone limiti di sorta alla libertà di manifestazione del pensiero ... anche un solo argine – benché eticamente condivisibile – all'esercizio delle libertà politiche (e tale è, prima fra tutte, la libertà di espressione) introduce un vulnus al principio che l'elenco di esse deve restare assolutamente incompressibile»⁸.

Non è mancato chi, come Adriano Prosperi, ha ammonito che «sarebbe una vittoria postuma dei regimi totalitari sconfitti al prezzo di un'immane conflitto mondiale se nella nostra repubblica democratica si dovesse ricorrere alla barriera del codice penale per difendere dalle deformazioni e dagli errori la verità storica»⁹. Similmente, Stefano Levi Della Torre ha reputato

minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi», non fu esaminato a causa della fine della XVI legislatura. Cfr. I. SPIGNO, *La storia infinita e il reato di negazionismo*, in *diritticomparati.it*, 9 gennaio 2014.

⁷ *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, testo disponibile al sito: <https://storicamente.org/02negazionismo> (consultato il 4 giugno 2019).

⁸ *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura non con quelle del diritto penale*, testo disponibile al sito: www.camerepenali.it, 16 ottobre 2013 (consultato il 4 giugno 2019).

⁹ A. PROSPERI, *Se le bugie negazioniste diventeranno un reato*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2010.

«aberrante colpire per legge reati di opinione, anche perché ciò propone indirettamente che esista una verità ufficiale sancita per legge. La falsità per legge presuppone una verità per legge, e questo è un'idea familiare alle inquisizioni e ai totalitarismi»¹⁰.

Si dissocia, almeno in parte, da questo scetticismo circa l'opportunità di colpire il negazionismo con il diritto penale Donatella Di Cesare, che pur riconosce che «negare la Shoah non è un'opinione e non costituisce alcuna tesi storica». Nondimeno, «le nostre democrazie (...) sono molto giovani e sono nate sulle ceneri di Auschwitz, sono democrazie fragili che dobbiamo proteggere. I negazionisti non vogliono ricercare la verità, ma (...) attentare ai fondamenti della democrazia e del dialogo democratico»¹¹.

2. Con questo breve contributo, dedicato a Francesco Pizzetti che dei temi della libertà di pensiero e della comunicazione ha fatto un terreno fecondo di approfondimento scientifico e di impegno istituzionale, intendo dimostrare che il negazionismo, con particolare e specifico riferimento all'Olocausto, è privo dei requisiti minimi perché possa essere riconosciuto, dal punto di vista giuridico, come estrinsecazione di una qualsivoglia libertà fondamentale, a cominciare dalla libertà di manifestazione del pensiero. Il negazionismo non contraddice una verità ma, ancor più radicalmente, nega la realtà. Rientra nel legittimo spazio di espressione di una libertà contraddire o tentare di contraddire una verità: non così quando si nega la realtà, dal momento che in questo modo ci si pone nello spazio vuoto della «ir-realtà». In quello spazio, cioè, estraneo ai campi regolabili dal diritto positivo.

In altri termini, rispetto alla *Shoah* (ma lo stesso discorso potrebbe estendersi anche ad altri, non dissimili eventi), realtà e verità non coincidono, nel senso che la «verità» (come cercherò di descriverla più avanti) svolge una funzione ancillare o strumentale o accessoria rispetto alla «realtà». La realtà dell'Olocausto è talmente vera da assorbire la verità, senza aver bisogno che quest'ultima sia evocata per contrastare il negazionismo come forma impropria o illecita di manifestazione del pensiero.

¹⁰ S. LEVI DELLA TORRE, *6 ragioni per non punire il negazionismo*, su *kolot.it*, 21 gennaio 2011.

¹¹ D. DI CESARE in <https://www.panorama.it/news/marco-ventura-profeta-di-ventura/negazionismo-legge/> (consultato il 6 giugno 2019). Della stessa A., *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova 2012.

3. Ciò che è reale è vero, ma ciò che si assume sia vero non è detto che sia reale.

Reale è ciò che accade. Vero è ciò che noi assumiamo sia accaduto o che noi giudichiamo corrispondente alla realtà. Nel presente, ossia nel momento stesso in cui l'osservatore si trova al cospetto di un dato accadimento, reale e vero coincidono. Quanto, invece, ad eventi passati, rispetto ai quali l'osservatore non è stato testimone diretto, è possibile accedere al reale solo attraverso prove e dimostrazioni basate su quelle prove.

In campo giuridico, si pensi al processo. Quando esso si conclude con una sentenza definitiva, il giudice ha raggiunto la verità processuale. Non avendo assistito di persona agli accadimenti che hanno formato oggetto di giudizio, egli ricostruisce la dinamica dei fatti alla luce delle prove prodotte in giudizio, e questa dinamica è cristallizzata in un assetto oggettivo che non può essere confutato e che legittima l'adozione di alcune misure spesso coercitive a carico di chi è stato riconosciuto responsabile di un reato o di un illecito civile o di un inadempimento contrattuale e via dicendo.

La verità processuale è, così, il frutto di un giudizio posto in essere da una autorità, che si assume vincolante ma che potrebbe anche essere confutata allorché, nei casi eccezionali previsti dalla legge, si dovesse procedere ad una revisione del giudizio stesso.

La verità è il frutto di un «giudizio» formulato dall'uomo circa la fondatezza di una ricostruzione storica o scientifica.

La realtà è il frutto di una «osservazione» circa il concreto svolgimento di un determinato accadimento.

In quanto giudizio, la verità è una assunzione di significato, che come tale è suscettibile di confutazione. Ragionando di verità, è reale ciò che si crede sia tale: «quidquid credat intellectus de rei veritate»¹². Si pensi alla teoria geocentrica, secondo cui era considerata una verità il movimento del sole intorno alla terra. Del resto, Sant'Agostino definì il vero «ciò che è così, come appare»¹³. Questa teoria è stata poi confutata, dimostrando lo scarto tra verità e realtà, cioè tra un giudizio formulato dagli uomini e la consistenza effettiva delle cose.

In quanto osservazione, la realtà è una evidenza inconfutabile. La realtà va oltre la verità. Essa è ontologicamente vera.

¹² Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *De veritate*, q. 1 a. 2 s. c. 2: «*praeterea, veritas est adaequatio rei et intellectus. Sed haec adaequatio non potest esse nisi in intellectu. Ergo nec veritas est nisi in intellectu*».

¹³ *Soliloquia*, II, 5: «Dunque: se una cosa è falsa perché si manifesta diversa da quello che veramente è, se una cosa è vera perché si manifesta per quello che veramente è, ne consegue che, una volta tolto colui che la vede, non vi è più né falso, né vero. Ma se nella natura non esiste falsità, allora tutto è vero. Ora nulla può mostrarsi vero o falso, se non ad un'anima vivente».

Dal punto di vista gnoseologico, ci si interroga sulle modalità attraverso le quali si conosce un oggetto. Il problema della verità affiora quando ci si domanda se ciò che conosciamo è ciò che l'oggetto è realmente. Quando si risponde a tale interrogativo con certezza, quindi con l'evidenza empirica di prove inconfutabili, allora la conoscenza dell'oggetto diviene sicura e incontrovertibile¹⁴.

4. Proviamo, ora, sulla base di questa non facile, ma netta distinzione tra realtà e verità, come sia in astratto possibile articolare il ragionamento sulla *Shoah* in termini di verità, e non di realtà, così da coglierne le principali e più qualificanti implicazioni.

I negazionisti contesterebbero a coloro che hanno denunciato l'Olocausto di aver afferrato la realtà attraverso l'esperienza dei sensi, sia pure supportata dalla ragione. Tuttavia – osserverebbe un negazionista – i sensi possono trarre in inganno e, nel contempo, la ragione (che vorrebbe supportare questa esperienza sensoriale) induce a formulare giudizi che risultano validi solo all'interno del proprio sistema di riferimento. E così un forno crematorio è percepito da coloro che denunciarono lo sterminio degli ebrei come lo strumento per eseguire una generalizzata e indiscriminata condanna a morte, perché il sistema di riferimento di costoro è viziato dall'idea che i nazisti davvero avevano intenzione di eliminare dalla faccia della terra l'intera comunità ebraica. Se, invece, il sistema di riferimento fosse stato un altro, lo stesso forno avrebbe assunto una dimensione funzionale diversa, quale ad esempio la loro destinazione a ridurre in cenere i corpi di esseri umani sventurati già deceduti per cause naturali.

Quanto sia aberrante questo modo di ragionare è sin troppo evidente e ci esime dall'indugiare oltre. A noi, però, non interessa formulare un giudizio su questo raccapricciante modo di vedere le cose. Ciò che, invece, rileva è che ragionando (ossia in termini di negazione della «verità») si finisce col conferire al negazionismo la dignità di manifestazione del pensiero, seppur viziata.

Ma non è così. Il negazionista contrappone al reale l'immaginario, vale a dire qualcosa di fantasioso in quanto insanabilmente distante dalla concreta, tangibile verifica degli accadimenti qui considerati. E chi contrappone al «reale» la «fantasia» (nel caso di specie, nella aberrante versione di una immagine edulcorata, per usare un eufemismo, della sorte toccata a milioni di ebrei), non sta manifestando alcuna libertà di pensiero. La farne-

¹⁴ La metafisica, dal canto suo, mira a verificare se esista un oggetto non materiale, cioè che non si identifica in una *res*.

ticazione costruita sulla immaginazione contraddetta da una solida e inequivocabile realtà non è opinione, non è parola, non è pensiero.

Ciò che conta è sottolineare che quando i meccanismi di sterminio degli ebrei hanno assunto una dimensione reale (verità assoluta), allora non c'è stato più spazio per congetture e illazioni circa una eventuale portata ingannevole dei sensi e una altrettanto ipotetica deformazione delle valutazioni basate sulla ragione: altro che sensi ingannevoli e altro che ragione viziata da soggettivi sistemi di riferimento! L'Olocausto non è ciò che ci appare secondo il «noumeno» kantiano (*Ding an sich*), e che quindi crediamo, attraverso il nostro fragile e limitato intelletto, essere vero: l'Olocausto fu reale, e lo è anche per coloro che si sforzano di negarlo. Appunto: il negazionismo come confutazione della realtà, e non della verità.

Quando la realtà storica è ricostruita attraverso la convergenza, coerente e razionale, di molteplici fattori universalmente provvisti di certezza conclamata, essa s'identifica con il vero: è verità assoluta, insuscettibile di essere (ri)messa in discussione. Quando ricorrono tali condizioni, si saldano le due concezioni di verità: quella ontologica, secondo cui la verità è una proprietà intrinseca dell'essere, e quella gnoseologica, alla stregua della quale la verità assurge a quel livello di evidenza che si pone come garanzia di una autentica conoscenza degli accadimenti umani e naturali. La verità raggiunge quel grado di inattaccabilità che consente di affermare che un evento è reale, in quanto storicamente accaduto, secondo l'insegnamento aristotelico secondo cui «dire di ciò che è che non è, o di ciò che non è che è, è falso; dire di ciò che è che è, o di ciò che non è che non è, è vero»¹⁵. Pensiero e reale si combinano in un'unica entità accessibile all'intelletto umano, grazie anche ad un linguaggio che assolve ad una funzione raffigurativa¹⁶.

L'eliminazione fisica degli ebrei, secondo un disegno pianificato a tavolino in armonia con una concezione ideale della società basata sulla superiorità di una razza rispetto a tutte le altre, è realtà, non verità. Essa è suffragata, in modo incontrovertibile, da documenti, testimonianze, ricostruzioni asseverate da elementi di fatto acquisiti secondo complesse e oggettive dinamiche processuali (Norimberga). La realtà dell'Olocausto si è così radicata nella coscienza collettiva di interi popoli, che l'hanno riconosciuta

¹⁵ ARISTOTELE, *Metafisica*, IV, 7, 1011b. V. anche PLATONE, *Cratilo*, 385b, a detta del quale vero è il discorso «che dice gli enti come sono», falso «quello che dice come non sono».

¹⁶ Così L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, London 1922.

come incontestabile testimonianza della efferatezza di uomini privi di scrupoli e di senso di umanità¹⁷.

Su questa realtà si è costruita una verità, modellata dalla combinazione di tutti i fatti acquisiti nel corso degli anni, ma realtà rimane, e non il frutto di una verità imposta alla generalità delle persone come un dogma cui sottomettersi. Di fronte alla *Sboah* l'uomo si sottomette alla realtà dei fatti, e non ad un articolato e composito giudizio formulato da coloro che hanno maneggiato le prove dell'accaduto. Non è una sentenza a sancire l'Olocausto: esso stesso è la realtà che si impone ai giudizi, individuali e collettivi, espressi in seno alle diverse comunità.

Quali sono, dunque, le implicazioni sottese alla tesi secondo cui il negazionismo, con particolare riferimento allo sterminio degli ebrei, contraddice la realtà e, dunque, non ha dignità di libertà giuridicamente rilevante?

5. Una corrente di pensiero è incline a contestare il ricorso alla sanzione penale contro il negazionismo, enfatizzando proprio la funzione dirimente assoluta dalla verità in questo contesto.

Ebbene, ciò che intendo affermare in queste pagine è che, pur condividendo questa obiezione al ricorso alla repressione penale, allego a sostegno della mia posizione argomenti ancor più radicali rispetto a quelli addotti evocando l'elemento della verità.

Penso alle importanti e profonde riflessioni di Giulio Vigevani: «negare lo sterminio (...) è affermare il “falso”, una menzogna politica, una negazione deliberata della “verità” al di fuori di ogni regola storiografica. Chi sostiene tale tesi ha necessariamente coscienza della falsità delle affermazioni che pronuncia»¹⁸. Lo stesso A. aggiunge che «il principio che non esistono verità assolute può avere eccezioni per la comunità degli storici, ma forse non per il legislatore laico. Un principio è radicato nello spirito profondo del pensiero liberale: la verità – necessariamente relativa, parziale, incerta, effimera, convenzionale – deve nascere da circuiti diversi da quello politico e da quello giudiziario, anche riguardo alle più immani tragedie della storia; ciò è connesso al principio di laicità e a quello di separazione tra Stato e società, ed è alla base della tutela costituzionale rafforzata della libertà di ricerca storico-scientifica sancita dall'art. 33, comma 1, della Costituzione

¹⁷ È un po' quello che afferma S. PARISI, *Il negazionismo*, cit., p. 896: «se ci sono dei fatti che i documenti hanno comprovato, i tribunali hanno accertato, gli storici (cioè una comunità scientifica coesa di persone competenti, che posseggono metodo e studi superiori) hanno confortato, questi rappresentano picchetti che non è possibile oltrepassare».

¹⁸ G. E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, p. 2 (enfasi aggiunta).

italiana»¹⁹. Sicché, «affidare al diritto, specie a quello penale, il ruolo di custode della verità storica, della versione “ufficiale” del passato significa consentire un’incursione dei pubblici poteri negli spazi riservati alle scienze e alla ricerca storica; sarebbe come aprire una breccia, che può essere poi attraversata anche per vicende certo meno indiscusse»²⁰. A corredo di tale osservazione, Vigevani menziona Alan M. Dershowitz secondo cui permettere ad una autorità di governo di dichiarare che l’Olocausto è avvenuto significa ammettere che una autorità di governo possa anche affermare che l’Olocausto non sia mai avvenuto²¹.

Queste considerazioni sono cruciali in quanto ci permettono di cogliere le insidie sottese ad un ragionamento articolato intorno alla nozione di «verità».

Come ha ammonito Stefano Rodotà²², la verità è plasmabile, condizionabile, adattabile a diverse esigenze e ad altrettanto differenti contesti. E, come tale, essa esprime tutta la propria intrinseca fragilità. Persino l’esistenza di Dio, che per i cristiani è una verità, sollecita prove all’interno della stessa comunità dei fedeli: come si spiegherebbe altrimenti la comprensione dei miracoli, il cui accertamento è necessario nei processi di canonizzazione, atteso che essi sono la prova di un Dio misericordioso che, su intercessione del santo, arriva dove l’uomo ha fallito?

Si è visto anche in precedenza: colpire il negazionismo come un fenomeno giuridicamente rilevante da trattare in sede penale può avere il senso della imposizione di una verità anche agli scettici. Il che contraddice l’intima e più profonda ragione sottesa al riconoscimento delle libertà fondamentali, che rifuggono da simili imposizioni.

Senonché, l’Olocausto è la storia inverata in fatti reali, non il frutto di una ricostruzione che mira a formulare giudizi di verità cui sottomettere anche i recalcitranti. E come tale va trattata quando si ragiona di negazionismo.

Il negazionismo, immaginando una situazione irreale, mira a contraddire una realtà se si vuole ancora più ampia di quella qui considerata, e che investe il senso più profondo dell’esistenza di una comunità, quale quella degli ebrei, che ha la medesima dignità storica, culturale, politica, religiosa, di tutte

¹⁹ G. E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione*, cit., p. 4 (di nuovo, enfasi aggiunta).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Come precisa Vigevani, la citazione è tratta da D.J. SCHALLER, *From the Editors: Judges and Politicians as Historians?*, in *J. Genocide Research*, 2007, n. 9, p. 2.

²² Vigevani molto opportunamente cita S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, p. 211 ss.

quelle che hanno popolano il nostro pianeta: il negazionismo, invero, si rivela finalizzato a «minare la legittimazione dell'ebreo nel mondo, il suo diritto di esistere, la sua personale "autocomprensione"»²³. E anche questa è una realtà, e non semplicemente un giudizio formulato dagli uomini: la realtà di persone che hanno attraversato la storia dell'umanità con le proprie tradizioni, i propri valori, la propria capacità di concorrere all'inveramento del destino dell'uomo.

Insomma, l'Olocausto non è al centro di un dibattito tra sostenitori di verità antitetiche: esso segna il divario tra chi crede nella realtà e chi si consuma nell'irreale, e come tale non merita alcun trattamento, neppure repressivo, da parte delle istituzioni giuridiche²⁴.

Le riflessioni sviluppate in precedenza consentono di formulare una obiezione decisiva alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che qualifica il negazionismo, quanto meno in relazione alla *Shoah*, come «abuso di diritto», dunque, come esercizio arbitrario della libertà di manifestazione del pensiero, tale da giustificare interventi repressivi da parte dei legislatori nazionali²⁵.

Invero, se si ragiona di «abuso di diritto» si riconosce l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva che, tuttavia, è stata esercitata in modo arbitrario, scorretto, inficiato da vizi che ne determinano l'illiceità. Così opinando, però, si finisce coll'ammettere che, se e una volta emendati quei vizi, il diritto soggettivo riacquista la propria dimensione lecita e può essere esercitato dal suo titolare senza tema di sanzione. Un esempio. Se Tizio entra in un terreno di proprietà di altri, senza il consenso di questi, abusa della sua

²³ D. BIFULCO, "Che cos'è la verità?" *Il silenzio di Gesù, l'eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in F.R. RECCHIA LUCIANI, L. PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova 2013, p. 19. V. anche ID., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano 2012.

²⁴ Così ragionando, è possibile restare estranei al dibattito, mai sopito in quanto di dimensioni epocali, intorno alla verità come limiti opponibile alla libertà di manifestazione del pensiero, del quale ci offre una sintesi accurata proprio G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione*, cit., p. 22 ss. In generale, A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano 2018.

²⁵ V. Corte EDU, *Lehideux et Isorni c. Francia*, ricorso n. 24662/94, sentenza del 23 settembre 1998, e *Garaudy c. Francia*, ricorso n. 65831/01, sentenza del 24 giugno 2003. Secondo l'art. 17 CEDU «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione». In argomento v. M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani dir. int.*, 2011, p. 65 ss.

libertà di circolazione. Il diritto c'è, è previsto dall'ordinamento (in questo caso si tratta addirittura di un diritto costituzionalmente garantito), ma è esercitato male dal suo titolare. È, dunque, sufficiente che egli non entri nel terreno altrui senza o contro la volontà del proprietario del fondo perché questo diritto riacquisti una piena dignità di situazione soggettiva tutelata dal diritto positivo.

Stando così le cose, se si ragiona in termini di «abuso di diritto» non è da escludere la possibilità di rimuovere quei vizi che ne inficiano il legittimo esercizio, così da renderlo un diritto correttamente esercitato dal suo titolare. Ma è proprio questo il punto. Quali sono gli «errori» emendabili? Come si identificano i vizi che si traducono in un arbitrario e, dunque, illecito esercizio di un diritto soggettivo? In definitiva, qual è la linea di confine tra «abuso» e «corretto» esercizio di un diritto? Queste incertezze accentuano pericolosamente la discrezionalità del giudice ogni volta che il legislatore non ha tracciato, oltre ogni ragionevole dubbio, una linea di confine sicura e attendibile.

Un esempio, proprio relativo all'olocausto, chiarisce bene i termini della questione²⁶.

Chi mette in discussione i numeri relativi allo sterminio perpetrato dal regime nazista o ridimensiona l'impatto quantitativo delle uccisioni volontarie ascrivendo una parte significativa dei decessi a patologie naturali, sta abusando del diritto di manifestazione del pensiero o sta esercitando correttamente tale libertà? In fondo, queste obiezioni, di carattere quantitativo, non negano la persecuzione degli ebrei, ma ne riconducono l'entità entro valori numerici decisamente inferiori rispetto a quelli che si reputano consolidati e asseverati da prove e documenti.

Ebbene, ragionando di «abuso di diritto» si potrebbero considerare pienamente lecite e legittime queste «opinioni», dal momento che non negano l'evento, ma ne assottigliano vistosamente le dimensioni dal punto di vista quantitativo.

Che questa conclusione sia inaccettabile lo si intuisce. Nondimeno, essa dimostra la consistenza dei rischi che si annidano dietro una simile interpretazione delle norme della CEDU. In effetti, non è ragionando sulle cifre che si ridimensiona un eccidio confermato da prove inoppugnabili. Non è riducendo il numero delle vittime o formulando inedite ipotesi relative ai decessi che si edulcora la dimensione follemente criminale della *Shoah*. Ma, in punta di diritto, se si ragiona di abuso anche questa possibilità è in astratto praticabile. Non abusa di diritto chi, senza negare l'olocausto, lo trattiene entro standard quantitativi tollerabili.

²⁶ Cfr. M. CUNIBERTI, *Il buon costume*, cit., p. 198.

La realtà è l'olocausto, e non saranno cifre o quadri autoptici diversi a contraddire questa realtà. E, dunque, chi nega la realtà, pone in essere una condotta non apprezzabile dal punto di vista giuridico.

E lo stesso vale quando oggetto di disputa è la qualificazione giuridica di condotte contestate ad alcuni soggetti, accusati di aver violato sistematicamente e con la forza i diritti di interi gruppi o formazioni sociali. È il caso della persecuzione patita dagli Armeni in Turchia. Al riguardo la Corte EDU ha giudicato violata la libertà di espressione di uno storico di nazionalità turca che aveva subito una condanna, da parte delle autorità svizzere, per aver contraddetto la qualifica come «genocidio» degli eccidi perpetrati a danno della comunità armena²⁷. La realtà non può essere ridimensionata o edulcorata da una diversa qualificazione giuridica dei fatti, quando si rivela incontestabile il sacrificio subito da intere comunità per ragioni etniche o religiose.

In generale, chi nega la realtà non esercita alcuna libertà, men che meno sta manifestando il proprio pensiero ai sensi dell'art. 21 Cost.

La libertà attiene ontologicamente alla dimensione del «possibile» e, dunque, chi contrappone alla realtà la non-realtà si pone al di fuori di tale dimensione.

La libertà è, invero, la capacità di un individuo (o di un gruppo nel caso delle libertà collettive) di realizzare il proprio destino esistenziale in funzione di determinati obiettivi che egli stesso ha individuato. La libertà è espressione di quell'autonomia che, nella trama costituzionale, trova riscontro nel principio personalista di cui all'art. 2. Avvalendosi delle libertà, l'individuo concorre a modificare il mondo esterno, fatto di relazioni, eventi, situazioni di fatto, in modo il più possibile coerente con il disegno finalistico sotteso alla propria autonomia. Agendo sia *uti singulus* (dimensione individuale o egocentrica) sia *uti socius* (proiezione sociale o comunitaria), il soggetto libero modella il proprio cammino esistenziale agendo sul reale, perseguendo cioè fini possibili in quanto suscettibili di concretizzazione.

Si dice spesso che ognuno è libero anche solo di immaginare. Questa affermazione è fondata se con ciò s'intende riconoscere ad ogni individuo l'attitudine a prevedere i possibili sviluppi delle proprie scelte comportamentali. In questo senso, l'immaginazione (ossia la prefigurazione di qualcosa che non è ancora reale) è prodromica all'azione, è di stimolo e di indirizzo ai congegni che l'individuo assumerà per realizzare i propositi dallo stesso voluti e pianificati. Fintantoché l'immaginazione rimane circoscritta

²⁷ Corte EDU, Grande camera, *Perinçek c. Svizzera*, ricorso n. 27510/08, sentenza del 15 ottobre 2015. V. le opinioni dissenzienti dei giudici Vucinic e Pinto de Albuquerque.

alla sfera interiore del soggetto, alcuna implicazione giuridica è ad essa ascrivibile. Semmai, un interessamento da parte del diritto potrebbe aversi quando l'immaginazione stessa diviene motivo dell'azione.

Ora, nel caso del negazionismo, il soggetto agente immagina una situazione del tutto contraddetta dalla realtà dei fatti. La realtà che egli intende condividere con i suoi interlocutori è una non-realtà, e non una differente versione o interpretazione di determinati accadimenti. Si può anche affermare (o accettare l'idea) che un soggetto sia libero di fantasticare, proponendo una non-realtà priva di qualsivoglia riscontro obiettivo, ma si tratterebbe più che di «libertà» quale condizione soggettiva tutelata dal diritto, di una «libertà» anodina, senza forma e senza contenuto, una modalità espressiva senza senso e, dunque, una condotta specularmente antitetica rispetto alla (libera) manifestazione del pensiero. In altri termini: la realtà dell'Olocausto sta alla materia come il negazionismo sta all'antimateria.

È ben vero che conosciamo forme accettate di raffigurazione esteriore dell'immaginario: una *pièce* teatrale, un'opera d'arte, un racconto, una poesia. Senonché, queste manifestazioni dell'irreale nascono come tali, sono recepite dai rispettivi fruitori come il frutto dichiarato di fantasia e in qualche modo concorrono anch'esse al progresso spirituale e culturale di un popolo, di una comunità. E, in quanto tali, sono senza dubbio degne di riconoscimento e di tutela giuridica.

Il negazionismo non racchiude alcuna di queste qualità che definiscono l'attitudine artistica o culturale delle citate espressioni dell'immaginario. Essa è una non-libertà che si esaurisce in un attentato violento e aberrante alla realtà: ad una realtà drammatica, attraversata da eccidi, deportazioni, soprusi, secondo un complessivo disegno di soppressione di un'intera comunità per asserite ragioni di supposta superiorità della razza ariana.

Anche i fenomeni religiosi parrebbero essere forme espressive della coscienza individuale e collettiva del tutto avulse dal possibile, in quanto slegate dalla realtà. Credere nella esistenza di un dio è un atto di fede, mancando prove tangibili a conforto di tale esistenza. Ma chi si avvale di questa libertà si muove sempre entro la sfera del possibile, non esistendo alcuna prova del contrario (e cioè che dio davvero, ossia realmente, non esiste). Anzi, come ho accennato in precedenza, la fede vissuta e istituzionalizzata conosce momenti di confronto con la realtà: si pensi alla dimensione taumaturgica in cui la divinità sconfigge l'inesorabile in un modo non accessibile alla comprensione umana basata sulla ragione, sulla conoscenza e sulla pratica. Ecco perché credere in qualcosa che a molti appare irreale o immaginario è, comunque, espressione di una libertà, persino fondamentale se si pensa all'art. 19 Cost., dal momento che, per quanto possa a molti apparire

inimmaginabile, non è mai stato provato il contrario in modo incontrovertibile²⁸.

Il negazionismo – ripeto – contrappone alla realtà un immaginario del tutto privo di fondamento e di riscontri oggettivi e, come tale, si pone irrimediabilmente al di fuori di quella dimensione del possibile che rappresenta l'essenza delle libertà.

Una libertà, ogni libertà, racchiude in sé un bene (materiale o immateriale) dal quale il titolare mira a trarre utilità e benefici, magari sotto la protezione del diritto oggettivo. In fondo, la trasposizione giuridica della libertà (che nasce come espressione di una autonomia naturale dell'uomo) è il diritto soggettivo. Questi, a sua volta, è una posizione giuridica subiettiva cui è sotteso un interesse ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. L'interesse è lo stato di aspirazione o tensione ideale verso un bene ritenuto dall'individuo necessario per soddisfare un determinato bisogno. Sicché, senza un bene, apprezzabile nella sua consistenza strutturale e funzionale, non ha senso parlare di diritto soggettivo e, quindi, di libertà presidiata dall'ordinamento.

Ebbene, qual è il bene verso cui tende l'azione del negazionista?

Narcisismo, disprezzo, provocazione, violenza: queste, e altre, potrebbero essere le motivazioni sottese alle gesta negazionistiche, ma non certo i beni che in tal modo si pensa di godere o di proteggere. Amore di verità? Quando si nega la realtà, non c'è spazio per una contrapposizione dialettica tra verità antitetiche. Dunque, non c'è alcun bene da proteggere attraverso il diritto.

È un bene immaginare qualcosa di diverso dalla realtà? Se ciò si confina in un esercizio dichiaratamente di fantasia (come, ad esempio, nella saga di Harry Potter) non v'è dubbio che la fantasia merita senza ombra di dubbio la qualificazione di bene meritevole di tutela. Oppure, il bene di chi crede in una divinità è apprezzabile, atteso che si tratta di una manifestazione di fede verso una entità la cui presenza è avvertita dal credente come fonte di rassicurazione, di armonia, di speranza, di sostegno nelle quotidiane difficoltà della vita, magari confidando in una esistenza ultraterrena in cui gli uomini saranno finalmente liberi dalla schiavitù dei beni mondani. Si tratta,

²⁸ Il caso dei «pastafariani» dimostra quanto sia però difficile farsi riconoscere come comunità religiosa quando la struttura valoriale a tal fine edificata appare a molti frutto di una fantasia parossistica, quasi caricaturale o provocatoria.

dunque, di un bene (la fede) meritevole di tutela da parte del diritto oggettivo in quanto innervato nella coscienza individuale di soggetti che si riconoscono in valori e precetti idonei a favorire comportamenti virtuosi²⁹.

Non è così per il negazionismo, che non è né una forma d'arte, né una religione. Esso non si dichiara quale provocazione posta in essere al fine di scuotere le coscienze. Esso non propone alla collettività una dimensione trascendentale capace di convogliare le nostre speranze e di razionalizzare le nostre paure di fronte alla sofferenza e alla morte.

Il negazionista non è portatore di alcun interesse verso un bene meritevole di considerazione da parte del diritto.

Per somministrare «anticorpi giuridici»³⁰ quali misure di contrasto al negazionismo, occorre dimostrare che la patologia da curare abbia la stessa natura del rimedio. Ma non è così.

Come si è visto, il negazionismo si colloca insanabilmente al di fuori del diritto, non essendo un «bene» meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Così come il negazionista non può invocare alcuna forma di protezione appellandosi ad un diritto inviolabile di manifestare liberamente il proprio pensiero, allo stesso modo la comunità non può fare affidamento sul diritto positivo, e in particolare sul diritto penale, per contrastare tale fenomeno.

Salvo che si riveli la matrice di condotte illecite, e allora saranno queste ultime ad essere punite in relazione alle diverse figure di reato via via emergenti, la repressione penale del negazionismo costituisce una forma di qualificazione giuridica di un comportamento non giuridicamente apprezzabile. Viene, così, meno la premessa per così dire ontologica su cui possa fondarsi una disciplina incriminatrice volta alla qualificazione del negazionismo come reato e pure come circostanza aggravante.

La realtà (non la verità, ripeto), che il negazionista contraddice, può davvero configurarsi quale bene socialmente rilevante, sì da giustificare la sanzione penale alla stregua del principio di necessaria lesività o offensività?³¹

La risposta a questo primo interrogativo non può che essere positiva. La realtà non è semplicemente un bene meritevole di tutela, ma è il bene da cui tutto scaturisce. La realtà è la necessaria dimensione oggettiva da cui tutto

²⁹ E poi ci sono le degenerazioni, dall'inquisizione alla *jihad*, che però non contraddicono la valenza della fede come bene apprezzabile anche dalle istituzioni giuridiche se esso è occasione di autorealizzazione individuale orientata da una precisa e intellegibile tavola di valori.

³⁰ S. PARISI, *Il negazionismo*, cit., p. 881.

³¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna 1989, p. 19.

scaturisce e a cui tutti si riferisce. La realtà ingloba la vasta congerie di beni che si assumono degni di protezione da parte del diritto positivo. La realtà è l'indefettibile premessa da cui si dipana ogni discorso giuridico. Si può persino arrivare ad affermare che la realtà, quale insieme di eventi concretamente accaduti o in divenire, è presupposta da qualsiasi fattispecie di reato.

Così opinando, però, si finirebbe col riconoscere alle riflessioni da me sviluppate in questa sede l'attitudine a legittimare l'intervento del legislatore penale. Ma non è così.

Innanzitutto, e lasciando ai cultori del diritto penale il compito di riflettere in modo competente sulle molteplici implicazioni associate alla incriminazione dei contegni qui considerati, resta comunque fermo che la qualificazione del negazionismo come condotta penalmente rilevante è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. Non esistendo obblighi costituzionali, la previsione di un reato di negazionismo (ma lo stesso potrebbe dirsi per la sua configurazione come circostanza aggravante) è materia di politica criminale, pur in presenza di sollecitazioni ad incriminare provenienti da ordinamenti sovranazionali.

Stando così le cose, chi muove rilievi critici verso i sistemi normativi che hanno qualificato il negazionismo come reato non pensa certo di propugnarne l'incostituzionalità. Si tratta, piuttosto, di sostenere la inopportunità o la non necessità (politica, sociale, culturale) di perseguire penalmente tali comportamenti, risultando più congrue o coerenti o accettabili diverse soluzioni tese a contrastare tale fenomeno.

In secondo luogo, pur ammettendo che ricorra, in un ipotetico reato di negazionismo, l'elemento oggettivo riferibile al principio di offensività, sarebbe possibile muovere all'autore della condotta negazionista un rimprovero secondo il principio di colpevolezza, altro principio cardine del diritto penale in uno Stato di diritto?

Insegnava Kelsen che «il fatto che un essere umano è libero, o ha una volontà libera (...) costituisce la ragione per cui egli è capace di una imputazione morale, religiosa o giuridica», per poi aggiungere che «soltanto in quanto un uomo è libero può essere considerato responsabile di certi atti, può essere ricompensato per il merito, può far penitenza per il peccato, può essere punito per il delitto»³².

Si è tentato di dimostrare che il negazionista non è un soggetto libero, nel senso che non esercita una libertà, ossia non pone in essere una condotta che sia apprezzabile come espressione di una libertà. Pertanto, egli non è

³² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1967, p. 220.

mai imputabile venendo meno la irrinunciabile premessa (la libertà) su cui possa fondarsi una sua responsabilità.

Sicché, accedendo a questo modo di interpretare il fenomeno in parola, eventuali reati di negazionismo non sarebbero mai idonei a provocare l'applicazione di una sanzione penale, atteso che i relativi autori non sarebbero mai punibili. Chi nega la realtà dimostra una insanabile in quanto ontologica incapacità di intendere la realtà stessa e di determinarsi dal punto di vista volitivo. Senza eccezioni. *Nulla poena sine culpa*. In questo caso, la colpa del soggetto attivo sarebbe quella di aver negato la realtà a vantaggio di una non-realtà. E chi propugna la non-realtà non ha alcuna «colpa» apprezzabile dal punto di vista penale. Non v'è alcun «rapporto psicologico tra l'agente e l'azione»³³. Contrapporre al reale l'irreale, senza alcun intento artistico o religioso, comprova l'assoluta inconsistenza psicologica del negazionista che, al pari di qualsiasi individuo riconosciuto incapace di intendere e di volere, renderebbe vana e inutile la sanzione penale.

E, allora, come reagire?

Il diritto ha le armi spuntate contro un nemico insidioso come il negazionismo.

La sanzione penale, oltre ai dubbi già considerati, alimenta un serio dubbio circa la sua efficacia. Una volta scontata la pena, è ben difficile immaginare che il condannato, reinserito nella società, rinunci alle proprie posizioni: anzi, potrebbe persino trovare nell'esperienza carceraria nuovi stimoli per proseguire lungo la infausta strada, magari autocelebrando questa sorta di martirio legale come merito da esibire di fronte a eventuali sostenitori.

Altre misure sanzionatorie, magari di carattere pecuniario, potrebbero rivelarsi del tutto inefficaci a dissuadere futuri comportamenti di analogo tenore.

Trattandosi di condotta aliena al mondo giuridico delle libertà e dei beni protetti dal diritto, il negazionismo non può che essere contrastato con l'indifferenza o con il boicottaggio: negando finanziamenti a coloro che, per ipotesi, intendono condividere l'irrealtà in ambito accademico; chiudendo le porte delle case editrici; disertando incontri o conferenze; tenendo i negazionisti al di fuori dei circuiti mass-mediatici, almeno là dove risulta possibile; evitando atteggiamenti complici quanto alla diffusione in rete di tale non-pensiero.

L'isolamento del negazionista è l'unica forma di reazione opponibile a chi fa un uso macroscopicamente distorto di intelligenza e ragione: anzi, *rectius*, di chi non fa uso di intelligenza e ragione, proponendo una visione irreale fine a sé stessa, del tutto inidonea a contribuire al progresso materiale

³³ G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo 1942, p. 133.

e spirituale di un popolo, di una comunità. Il negazionismo turba le coscienze di chi si riconosce nei valori costituzionali di libertà, di democrazia, di solidarietà, di rispetto del pluralismo, di eguaglianza di tutti gli orientamenti spirituali. Ed è la stessa Costituzione, che ci considera quali interpreti e testimoni attivi, ad imporci una reazione pacifica, civile, culturale, nei confronti del negazionismo, senza confidare nell'opera repressiva del diritto che finirebbe solo per eludere o aggirare o anche solo rinviare nel tempo il problema. Il negazionismo offre alla comunità che si sente patria costituzionale, quale insieme di individui e di gruppi che si riconoscono nei medesimi principi e valori costituzionali, di riaffermare la propria coesione intorno al riconoscimento di eventi storici «reali», che testimoniano le aberrazioni cui possono cedere individui lasciati in balia di pochi tiranni. Un monito, per noi e per le future generazioni, a che la condivisione dei principi costituzionali sia di antidoto alla violenza, all'arbitrio, alla degenerazione della democrazia in dittatura. Senza evocare un complesso e insidioso concetto, quale quello di verità, ma semplicemente lasciandoci sopraffare dalla «realtà» dei fatti. Una realtà che ci pone tutti di fronte alla nostra responsabilità di protagonisti della storia: di quella storia che, come aveva intuito Giambattista Vico quasi trecento anni fa, costruiamo noi stessi, esseri umani.

MARILISA D'AMICO

La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana¹

SOMMARIO: 1. Il mito della totale discontinuità e le sue ombre – 2. Una figura emblematica: Gaetano Azzariti. Da Presidente del Tribunale della razza a Presidente della Corte costituzionale – 3. La figura di Costantino Mortati: da ideologo del regime fascista a padre costituente – 4. Vincenzo Guelli e lo scetticismo nei confronti dell'istituzione della Corte costituzionale – 5. Piero Calamandrei: dal giuramento al regime fascista, alle distinzioni, all'impegno nella Costituente e per l'attuazione della Costituzione – 6. La magistratura: adesione o contrasto al regime? – 7. Discontinuità delle persone, idee e principi innovatori: le donne costituenti e i principi costituzionali in tema di parità di genere

1. Nello scritto «Costituzione e legalità costituzionale», pubblicato in «Democrazia e diritto» nel 1995, Franco Pizzetti ricorda come «una costituzione può essere allo stesso tempo, e a seconda delle diverse situazioni storiche, anche “un sistema di valori”; un “progetto condiviso”; un “insieme di significati”, “la razionalizzazione di una tradizione precedente”; l'inveramento di una possibile “frattura storica”»² e come, in ognuna di queste fasi vi sia «la assoluta necessità di dimostrare che essa, come “testo”, può essere modificata e adeguata allo scopo di ripristinare pienamente la “legalità costituzionale”»³.

In questo saggio si vuole riflettere sulle dinamiche di una precisa fase della nostra storia costituzionale nella quale la Costituzione, da un lato, ha certamente rappresentando una «frattura» rispetto al regime fascista, ma, dall'altro, ha faticato a divenire vero e proprio «parametro di legittimità dell'ordinamento»⁴ anche a causa, come meglio si dirà in seguito, della continua presenza ai vertici delle istituzioni repubblicane di sostenitori dei più ingiusti provvedimenti del regime.

¹ Questo scritto costituisce una parziale rielaborazione della relazione tenuta al convegno *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalla promulgazione delle leggi antiebraiche. Tra storia, scienza e diritto*, che si è svolto all'Università degli Studi di Milano il 28 gennaio 2019, i cui atti sono pubblicati in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, Milano 2019.

² F. PIZZETTI, *Costituzione e legalità costituzionale*, in *Dem. dir.*, 1996, V, p. 253.

³ *Ibidem*, p. 262.

⁴ *Ibidem*, p. 253.

La storia della Costituzione repubblicana è, infatti, da sempre presentata, nella rappresentazione pubblica e in quella scientifica dominante, come un momento di totale discontinuità rispetto al regime fascista⁵.

La Costituzione, si dice, rifiuta il fascismo in tutte le sue possibili forme⁶ e costruisce un ordinamento democratico, nel quale si affermano il principio della divisione dei poteri, la centralità del Parlamento, l'autonomia della Magistratura, la garanzia dei diritti della persona, non più subordinata ai fini di uno Stato etico, ma garantita da uno Stato laico.

La rigidità della Costituzione, presidiata dal procedimento di revisione di cui all'art. 138 Cost. e da un controllo sulla costituzionalità delle leggi, affidato alla Corte costituzionale, è stata immaginata come presidio per porre al riparo l'organizzazione dei poteri e la tutela dei diritti da maggioranze politiche contingenti, che agendo senza alcun limite possono adottare provvedimenti ingiusti.

E, tuttavia, la nostra storia costituzionale presenta, fin da subito, elementi di grande contraddizione. Uno, in particolare, stride rispetto alla forza del testo costituzionale e, cioè, la sua difficoltà ad essere applicato, fin dalla sua entrata in vigore⁷, con una Corte costituzionale che, di fatto, esclude l'intervenuta abrogazione delle leggi anteriori per effetto dell'entrata in vigore della Carta, accogliendo le questioni sottoposte e inserendosi nel solco di una continuità tra vecchio e nuovo ordinamento costituzionale⁸.

Pensiamo al tentativo di sminuirne completamente la portata, con la nota distinzione fra norme costituzionali precettive e programmatiche,

⁵ Pizzetti nota, in riferimento all'ordinamento amministrativo, «da forza innovativa del quadro costituzionale del 1948» rispetto al regime precedente (cfr. F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino 2002, p. 5 ss.). Non manca chi ha sottolineato, sul piano amministrativo, aspetti di continuità. In questo senso, si vedano S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, con particolare riferimento alle riflessioni contenute nel capitolo IV, Bologna 2010. In tema, si rinvia anche più diffusamente a L. PALADIN, *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.* XVI, Milano 1967, p. 887 ss.; L. CARLASSARE, *La 'rivoluzione' fascista e l'ordinamento statuario*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 43 ss.

⁶ Si pensi al significato della XII disposizione transitoria della Costituzione repubblicana su cui si veda, per un approfondimento in dottrina, B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, p. 1379 ss.

⁷ Sul punto, diffusamente, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, p. 503 ss.

⁸ In proposito, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, cit., p. 526, fa riferimento a «un processo di oggettivo "appiattimento" o di "omogeneizzazione" del sistema legislativo, risultante di leggi anteriori e posteriori alla Costituzione».

smentita dalla Corte costituzionale, nella sua prima sentenza⁹, ma che ha condizionato nei primi anni di storia costituzionale le interpretazioni dei giudici comuni e della dottrina; la lentezza nella nascita degli organi di garanzia (Corte costituzionale e Consiglio Superiore della Magistratura); la sopravvivenza di tutte le leggi «fasciste», che sono state solo tardivamente dichiarate costituzionalmente illegittime e in misura minore abrogate dal legislatore (pensiamo, in particolare, al lungo procedimento di abrogazione del *corpus* normativo razziale, sopravvissuto in molte parti per tantissimo tempo)¹⁰; la difficoltà delle Regioni a Statuto ordinario nel cominciare a funzionare; il lento percorso per approvare la legge attuativa del *referendum* abrogativo.

Rispetto a questa fase storica, solo di recente si è cominciato a mettere in luce in modo più sistematico e ampio alcuni elementi di continuità, soprattutto grazie a studi di matrice storica e, in parte, ad alcune riflessioni scientifiche della dottrina pubblicista e costituzionalista¹¹.

Riflessioni ampie, documentate, che tuttavia, a mio avviso, minimizzano ancora l'impatto sulla storia e sulle caratteristiche del nostro Stato costituzionale.

In questo saggio, non vorrei avere la pretesa di dire «cose nuove», ma di riflettere su alcuni dati storici che ci dovrebbero costringere a fare i conti con il «mito fondativo» di una Costituzione repubblicana in piena discontinuità.

Vorrei rispondere alla domanda sulla tenuta di tale mito fondativo alla luce di un dato: gran parte delle persone che supportarono il fascismo e la sua ideologia, fino al punto di aderire e di applicare le leggi razziali, costruendone anche gli istituti e gli strumenti normativi di attuazione, si ritrovarono nel dopoguerra in Assemblea costituente, ai vertici della magistratura, nonché, qualche anno dopo, alla Corte costituzionale.

Si tratta di tutti i vertici della magistratura, soprattutto ordinaria, e di alcune figure emblematiche, come quella di Gaetano Azzariti, di Costantino

⁹ Il riferimento è alla nota pronuncia 14 giugno 1956, n. 1.

¹⁰ In tema, si rinvia a AA.VV., *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia, Testimonianze*, Senato della Repubblica, 2018.

¹¹ In tema, si vedano diffusamente U. ALLEGRETTI, *Costituente e costituzionalismo: continuità e discontinuità*, Relazione tenuta al convegno *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 28-29 ottobre 2015; G. DI COSIMO, *Sulla continuità tra Statuto e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2011. Con specifico riferimento ai rapporti tra *corpus* normativo antiebraico di epoca fascista e Carta costituzionale, si rinvia alle riflessioni di G. E. VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, in L. GARLATI, T. VETTOR (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano 2009.

Mortati e di altri eminenti studiosi che transitarono senza soluzione di continuità dal supporto pieno al regime a quello alle istituzioni democratiche e repubblicane.

Di queste vicende, per anni, si è tentato di parlare molto poco; successivamente, si è giustificata questa mancata discontinuità con il ricorso all'argomento della posizione «tecnica» dei giuristi di riferimento¹².

Oggi che molti anni sono trascorsi e che anche le ricorrenze vengono sentite come occasioni di riflessione è possibile aggiungere qualche elemento di problematicità rispetto a questa «particolare» storia.

2. Nel 2014, in occasione dell'anniversario delle leggi razziali, i giudici della Corte costituzionale si trovano loro malgrado coinvolti in una vicenda molto imbarazzante.

Qualcuno¹³ obietta che il busto del Presidente Azzariti, esposto all'ingresso del palazzo della Consulta, costituisce una costante offesa alla memoria della Shoah, dal momento che lo stesso Azzariti aveva presieduto il famigerato Tribunale della razza.

In difesa della figura di Azzariti si schierano in molti: oltre alle doti di studioso e di uomo delle istituzioni la tesi dominante, propagandata dal momento in cui Azzariti e altri componenti non furono mai epurati e anzi assunti ai vertici delle istituzioni repubblicane, era quella che riteneva il Tribunale della razza non uno strumento di applicazione delle leggi razziali ma, all'opposto, un istituto deputato a salvare in concreto dalla persecuzione molti ebrei, arianizzandoli.

Questa tesi, che lo stesso Azzariti aveva sostenuto in occasione della presentazione dei documenti nel suo processo di epurazione che si concluse con un nulla di fatto, è stata accettata acriticamente e solo di recente è stata messa in discussione in alcuni interessanti contributi della dottrina¹⁴.

¹² Su cui si veda F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana fra fascismo e repubblica*, cit., e ID., *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2018. Per un approfondimento sul ruolo che ricoprirono i giuristi negli anni di vigenza del regime, si vedano G. CANZIO, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Milano 2014; F. BIONDI, *Il ruolo dei giuristi*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit.

¹³ Il riferimento è all'appello rivolto al Presidente della Repubblica e formulato dal Presidente Emerito della Assemblea Rabbinnica Italiana, rav. Giuseppe Laras nella primavera del 2015.

¹⁴ In argomento M. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, in *Contemporanea: rivista di storia dell'800 e del '900*, Bologna 2014.

Ma è davvero così? Davvero il Tribunale della razza, a dispetto del nome, fu un istituto in cui si cercò di non applicare le leggi razziali? Pare proprio di no.

Intanto, cominciamo a capire che cosa fosse davvero il Tribunale della razza e che cosa dovesse fare.

Il Tribunale della razza venne istituito con l. 13 luglio 1939-XVII, n. 1024, «Norme integrative del r.d.l. 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana», con l'intento di costituire una Commissione speciale deputata a decidere delle richieste di «arianizzazione», ossia sulle domande proposte dagli appartenenti alla razza ebraica secondo le disposizioni vigenti, che intendessero sottrarsi alle conseguenze della legislazione antiebraica dimostrando, viceversa, la propria non integrale appartenenza alla razza ebraica perché figli di almeno un genitore ariano.

Prima e fondamentale competenza della Commissione era, dunque, quella di sancire «la non appartenenza alla razza ebraica anche in difformità delle risultanze degli atti dello stato civile»,¹⁵ incidendo sullo *status* individuale e sottraendo così facendo il singolo individuo, in caso di accoglimento della domanda, alle limitazioni introdotte dal *corpus* normativo antiebraico, approvato a cavallo tra il 1938 e il 1939¹⁶.

A fronte di simile e ampia competenza, legislativamente assegnatagli, il Tribunale della razza agiva, poi, al di fuori di qualsiasi controllo, essendo del tutto arbitrarie le procedure impiegate al proprio interno, così come ignoti e, ad oggi, perduti, i pareri e le attività istruttorie svolti negli anni della sua attività.

In questo senso, depone anche la lettera della citata legge che, a norma dell'art. 4, stabilisce infatti che «[i]l Ministro per l'interno, emette decreto non motivato, conforme al parere della Commissione» e che siffatto prov-

¹⁵ Così, l'art. 1, legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1024, «Norme integrative del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana».

¹⁶ Per una ricostruzione dei provvedimenti adottati in epoca fascista e dei relativi contenuti, si vedano diffusamente, tra gli altri, P. CARETTI, *Il corpus delle leggi razziali*, in D. MENNOZZI, A. MARIUZZO (a cura di), *A settant'anni dalle leggi razziali*, Roma 2010, e, anche, P. CARETTI, A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenzo Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, p. 2213 ss. Per una ricostruzione in chiave storica di quegli anni si rinvia, per tutti, ai contributi di R. De Felice e, in particolare, si veda *La legislazione razziale del fascismo*, in *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa, Atti del convegno nel cinquantenario delle leggi razziali (Roma, 17-18 ottobre 1988)*; analogamente, si vedano, anche, S. GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, Milano 2010, e E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari 2006.

vedimento non è sindacabile e «ha valore, ad ogni effetto giuridico, esclusivamente per la dichiarazione di razza».

Il Tribunale della razza era quindi abilitato ad adottare provvedimenti in via definitiva sulla base di procedure non pubbliche e, in ogni caso, non rivedibili in sede di gravame.

Il Tribunale arrivò sino a essere qualificato alla stregua di una giurisdizione speciale, deputata ad assolvere ad un compito, almeno formalmente non secondario, quale quello di verificare l'appartenenza «razziale» del richiedente con tutte le conseguenze che ne sarebbero derivate in punto di diritti e di doveri.

In verità, l'attività del Tribunale della razza fu modesta.

I dati¹⁷ attestano essere state assai poche le richieste di arianizzazione formulate negli anni della sua operatività.

Gli studi riportano un totale di richieste che, nel 1942, ammontava a sole 163 contro le 8.171 presentate da coloro che intendevano beneficiare di altro istituto, la c.d. «discriminazione», funzionale, viceversa, ad assicurare il non assoggettamento alla legislazione antiebraica e riservata a certe categorie di ebrei, tra cui, esemplificativamente, i titolari di benemerienze nonché quelli che al contempo fossero anche cittadini italiani.

Sotto il profilo della sua composizione¹⁸, il Tribunale della razza si caratterizzava per l'esiguo numero di membri, solo cinque: tre magistrati, i c.d. membri togati, e due di derivazione governativa, incardinati presso il Ministero dell'Interno.

Un aspetto interessante, dibattuto in letteratura, e pure a fronte della sua limitata incidenza sotto il profilo dell'attività svolta, ha però riguardato più approfonditamente la natura del Tribunale della razza, solo apparentemente chiamato a «salvare», tramite l'arianizzazione, coloro che potessero vantare una discendenza ariana. In verità, come rilevato in dottrina, «il Tribunale adottò nel complesso criteri di interpretazione restrittiva della legge razziale»¹⁹ a cui si affiancò uno sviluppo piuttosto importante di fenomeni corruttivi al proprio interno.

¹⁷ I dati sono riportati da M. BONI, *Gaetano Azgariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., 581.

¹⁸ Il riferimento è all'art. 2 della l. n. 1024 del 1939.

¹⁹ N. TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano 1973, p. 217.

Il Tribunale della razza, come osservato, non soltanto «attuava una discriminazione nella discriminazione»,²⁰ «una sgradevole diversità nella diversità»,²¹ ma favorì lo sviluppo di «un mercato illegale in cui pochi facoltosi ebrei potevano sperare di comprare la loro salvezza, seppure al costo di compromettere la reputazione della propria famiglia»²². E, invero, l'esenzione dall'applicazione della normativa antiebraica, dovendo passare dalla dimostrazione di una discendenza ariana, costringeva chi volesse rivolgersi al Tribunale della razza a dimostrare di essere il frutto di una relazione adulterina, potendo quindi vantare un padre ariano. E, forse, uno degli aspetti più problematici, ma che allo stesso tempo giustifica la previsione di un simile organismo nel *corpus* normativo di quegli anni, è proprio il suo essere palese espressione della «tendenza a distinguere i cittadini in base al sangue»²³, un dato che più di ogni altro concorre a sospendere giudizi benevoli sull'operato del Tribunale della razza e su coloro che ne fecero parte.

In sostanza, alla luce di quello che il Tribunale della razza era abilitato a fare, ma soprattutto in considerazione della circostanza che si trattava di un istituto che creava un'eccezione all'interno dell'applicazione delle leggi razziali, un istituto che si è trasformato in un ulteriore strumento di discriminazione, possiamo sicuramente concludere che chi l'ha presieduto e chi ne ha fatto parte non solo condivideva l'ideologia fascista, non solo si prestava ad annientare il principio di uguaglianza, ma riteneva anche giusto all'interno di questa ideologia terribile introdurre un ulteriore strumento di discriminazione e di corruzione.

E, tuttavia, che Gaetano Azzariti condividesse l'ideologia del regime è stato di recente sottolineato anche nelle belle riflessioni di Giovanni Canzio il quale rimarca l'atteggiamento della dottrina civilistica italiana dopo la pubblicazione nel 1939 del libro primo del codice civile Solmi intitolato alle persone e alla famiglia il quale, all'art. 1, prevedeva al terzo comma che «le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'applicazione a determinate razze sono stabilite da leggi speciali»²⁴.

In una conferenza, tenuta nel 1943 presso il circolo giuridico di Milano, il Presidente del Tribunale della razza affermava che l'art. 1 c.c. avesse «relegato in soffitta il dogma indiscutibile dell'egualitarismo»²⁵.

²⁰ N. RONDINONE, *Il "Tribunale della razza" e la magistratura*, in *Il diritto di fronte all'infamia del diritto*, cit., p. 197.

²¹ *Ibidem*.

²² M. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., p. 585.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Si tratta del comma abrogato da uno dei primi provvedimenti legislativi del 1944.

²⁵ Riporta i passaggi del discorso di Azzariti in quell'occasione M. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., p. 591.

Ben diverso l'atteggiamento di tanti studiosi di diritto civile i quali in varie monografie e saggi dell'epoca preferivano rimanere in silenzio dinanzi a questa scelta legislativa e trattavano il tema della «razza» in modo frettoloso e apparentemente neutrale.

Rispetto alla posizione tenuta nei confronti della violazione profonda del principio di uguaglianza, colpisce ancora di più la vicenda personale e istituzionale del Presidente Azzariti e, quindi, della nostra Costituzione e del nostro Giudice delle leggi.

Anche il Presidente Canzio sottolinea la circostanza, da rimarcare, della presenza di Gaetano Azzariti e di Antonio Manca, componenti del Tribunale della razza, nell'istituto nato per garantire che non potessero mai più vigere provvedimenti come quelli delle leggi razziali.

Colpisce, perché fu proprio la Corte costituzionale di Gaetano Azzariti a garantire la forza dei principi costituzionali quando, nella sent. 14 giugno 1956, n. 1, rifiutò la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche e affidò al Giudice costituzionale il compito di giudicare tutto l'ordinamento previgente alla luce dei principi della Costituzione.

Colpisce, perché fu durante la presidenza di Azzariti che venne pronunciata la decisione più importante per la storia dei diritti delle donne, la sent. 18 maggio 1960, n. 33, la quale dichiarò incostituzionali le limitazioni giuridiche che le donne subivano in ordine all'ingresso nei pubblici uffici e anche in magistratura. Fu, infatti, quella decisione a consentire alle donne di divenire magistrato, attraverso una lettura illuminata del supremo principio costituzionale di parità tra i sessi²⁶.

3. Altra figura su cui occorre svolgere una riflessione è quella di Costantino Mortati, il «più illustre costituzionalista italiano di questo secondo dopoguerra»²⁷ e studioso che segnò con il suo contributo i lavori dell'Assemblea costituente.

La figura emblematica di Mortati rispetto al tema della continuità fra il regime fascista e la Costituzione repubblicana è testimoniata dalla stessa dottrina, che ci consegna il pensiero del costituzionalista calabrese quale possibile punto di approdo per la comprensione «dei complessi rapporti di continuità – rottura che legano la dottrina pubblicistica [...] del periodo liberale-oligarchico con quella del periodo fascista e repubblicano nel quadro

²⁶ Sul tema della parità tra i sessi, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano 2016, e M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano 2017.

²⁷ F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, in ID. (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, Napoli 1989, p. 89.

di una valutazione complessiva del ruolo dei giuristi all'interno dello Stato unitario nel periodo della sua trasformazione»²⁸.

Già si è detto con riferimento alla vicenda, emblematica in tal senso, di Gaetano Azzariti. Analogamente, nel caso del Mortati, si può ricordare come durante il ventennio egli non fu vittima di alcuna epurazione, ricoprendo anzi prestigiosi incarichi universitari. Allievo di Panunzio, vinto il concorso a cattedra nel 1936, fu professore prima a Messina, poi a Macerata – dove fu anche rettore della Facoltà di Giurisprudenza – ed infine a Napoli dal 1942 presso l'Istituto Navale e la Facoltà di Economia. Dopo la guerra, come già ricordato, fu eletto all'Assemblea costituente nelle fila della Democrazia Cristiana, divenendo componente della Commissione dei 75, incaricata di redigere il progetto della nuova Costituzione. Successivamente, tornò a svolgere l'incarico di professore ordinario presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma «La Sapienza», fino ad essere nominato giudice della Corte costituzionale nel 1960, agli albori della sua entrata in funzione dove rimase fino al 1972, assumendo anche l'incarico di Vicepresidente.

L'aspetto più rilevante, non sufficientemente messo in luce finora, è proprio la circostanza che Costantino Mortati riuscì ad essere lo studioso di riferimento del regime fascista, soprattutto rispetto alla forma di governo e alle dinamiche del partito fascista²⁹, ricoprendo appena qualche anno più tardi lo stesso ruolo, in Assemblea costituente, dove si occupò della definizione delle più importanti categorie del pensiero costituzionale italiano, concentrandosi soprattutto sulla forma di governo e sulle relazioni fra questa e il sistema dei partiti³⁰.

Il punto di osservazione di Mortati emerge con particolare evidenza nel suo saggio su «Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano»³¹, ove egli indaga, da un lato, il principio della separazione tra poteri e, dall'altro, il ruolo del partito nazionale fascista nello Stato.

Dalla lettura del saggio, emerge una concezione meramente descrittiva e non prescrittiva della legge fondamentale dell'epoca, atteso che il modello di organizzazione politica e l'aderenza ad alcuni principi prescritti dallo Statuto erano stati oggetto di una rilevante modifica avvenuta sul piano fattuale, ove non vi era spazio alcuno, come noto, per il riconoscimento dei

²⁸ F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., p. 90.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ F. BRUNO, *Costantino Mortati e la Costituente*, in F. LANCHESTER, *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 137.

³¹ Pubblicato in *Annali dell'Università di Macerata*, XIV, 1941.

diritti dell'uomo e per la garanzia di essi alla luce dell'inveramento della separazione dei poteri.

E, forse, proprio in aderenza al tipico approccio descrittivo del diritto costituzionale (al riguardo, sia consentito precisare che pare del tutto fuorviante fare riferimento durante il regime fascista al concetto di «diritto costituzionale» come lo si intende oggi, stante l'assenza, in quel tempo, di un insieme di regole e principi di natura prescrittiva sovraordinati alle fonti primarie), Mortati ci consegna un'analisi dei poteri dello Stato ove il dato fattuale precede il successivo tentativo di «giuridicizzazione», ossia di dare una veste giuridica ai profondi e violenti cambiamenti posti in essere dal regime rispetto all'assetto istituzionale e all'equilibrio tra i poteri³².

Secondo il costituzionalista calabrese, «nel tipo di Stato che si dice moderno, il sistema delle relazioni [...] è quello della separazione dei poteri»: questo principio viene analizzato alla luce «della portata delle innovazioni costituzionali italiane».

In modo sorprendente, Costantino Mortati ritiene che tali trasformazioni non abbiano intaccato affatto tale principio, a differenza di quanto è avvenuto in Unione Sovietica, dal momento che una delle caratteristiche dello Stato fascista sarebbe quella di conservare una sfera di autonomia dei singoli, garantiti dagli strumenti di carattere giurisdizionale: un'autonomia che sarebbe subordinata all'interesse generale con «la formazione, specie attraverso l'opera del partito, e con l'ausilio di sanzioni indirette, di regole del costume, rivolte a disciplinare lo spontaneo esercizio dei diritti subbiettivi, nelle varie esplicazioni in cui questi possono presentarsi».

Anche riguardo al principio della separazione dei poteri, secondo Mortati, «non può neppure ritenersi che la posizione costituzionale del Parlamento subisca un'attenuazione per effetto del potere attribuito al Capo del Governo di porre le direttive politiche dell'azione statale» e le direttive del Capo del Governo sono idonee a «rispettare l'autonomia degli organi costituzionali».

In questa sede, vanno sottolineate anche le affermazioni di entusiastica adesione al regime fascista. Testualmente leggiamo, non senza sgomento, che: «il regime fascista realizza le condizioni migliori per una proficua applicazione del principio stesso e per il raggiungimento delle finalità ad esso connesse; finalità che consistono nel prevenire gli abusi inerenti al concentramento delle funzioni nelle stesse mani, e nel garantire che l'ordinaria azione dello Stato si svolga con il rispetto dei limiti, formali e sostanziali, posti dall'ordine giuridico».

³² In questo senso si v. F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., p. 101.

Per quello che diventerà uno dei padri costituenti, fra i «regimi moderni a partito unico quello italiano è il solo che abbia conservato nella sua organizzazione gli elementi essenziali del tipo proprio dello Stato moderno, il solo che abbia saputo conciliare il bisogno di rapidità e di organicità dell'azione statale con la molteplicità e varietà dei congegni attraverso cui essa si svolge, ed abbia così realizzato una forma di rinnovamento, che è stata detta di rivoluzione conservatrice, nella quale si riflette l'equilibrio del genio politico, ben può dirsi romano, del suo artefice»³³.

Tale impostazione conduce Mortati a giustificare anche la soppressione del procedimento elettivo per la costituzione della Camera, giustificato dalla compenetrazione tra i fini dei responsabili del partito, che svolgevano le diverse funzioni statali e l'ideologia del partito unico, che incarnava pienamente la «sovranità popolare».

Parole che, scritte agli inizi degli anni '40, nel pieno dell'affermazione della macchina del regime, suscitano non poche riflessioni, considerato che chi le scrive, a pochi anni di distanza, avrebbe partecipato in una posizione non certo secondaria alla costruzione del nuovo assetto democratico dell'Italia repubblicana³⁴.

Un altro aspetto di rilievo, da sottolineare per la relazione con il pensiero di Mortati nel nostro Stato costituzionale, è la sua impostazione dogmatica rispetto al partito nazionale fascista, ove egli sottolinea la «indissolubile compenetrazione degli interessi del Partito con quelli dello Stato», che si desume dai compiti al primo deputati: «la difesa e il potenziamento della rivoluzione fascista e l'educazione politica degli Italiani».

Sotto il profilo della sua natura, secondo Mortati, il partito corrisponde propriamente ad un «organo dello Stato»: tanto è vero che non si potrebbe, secondo lo studioso, fare riferimento ad esso quale organo in senso «politico», e ciò in quanto «se il termine organo esprime un concetto giuridico, diretto ad indicare il grado di collegamento di un ente con l'organizzazione dello Stato, che significato può avere e che utilità può offrire il fare riferimento ad un presunto aspetto politico dell'istituto?».

³³ Le citazioni sin qui riportate nel testo si ritrovano in C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di Scritti*, IV, Milano 1972, rispettivamente alle pagine 432, 445, 457, 470, 471.

³⁴ I ragionamenti del Mortati, secondo parte della dottrina, possono essere letti da un altro e diverso angolo prospettico, cioè a dire quello dello sforzo di contenere, in una costruzione teorico-giuridica, le degenerazioni personalistiche di uno Stato così concepito; sul punto si veda F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., p. 101-102.

Secondo Mortati, Stato fascista e partito sono indissolubilmente legati tra loro: «non appare dubbia la possibilità di intendere lo Stato fascista, nella sua peculiare organizzazione e nel suo funzionamento, senza precisare il posto occupato in esso dal partito»; e ancora, «il partito appare [...] un portato [...] necessario della partecipazione dei ceti popolari alla vita dello Stato, in quanto mezzo di esplicazione del compito ad essi attribuito di imprimere alla azione di questo un determinato contenuto politico».

Dalla lettura delle parole dello studioso, sembra possibile evincere che la funzione del partito si legittimi sulla base di quella svolta dal corpo elettorale.

Proprio in relazione alla funzione del partito, Mortati ritiene che essa non sarebbe suscettibile di un mutamento per il solo fatto che «in un determinato momento, la legge dia ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di farla valere e vederla realizzata nell'azione statale»; anzi, il partito, in una situazione simile, «vede accentuato quel carattere di organo dello Stato, che era, come s'è visto, attribuibile precedentemente al corpo elettorale».

Quanto all'azione del partito unico, lo studioso afferma che, *in primis*, essa si sostanzia «in una fase di preparazione, di impulso, di controllo dell'attività dello Stato, per rendere questa concordante con le aspirazioni del popolo, dall'altra del costume politico dei cittadini, per elevare la volontà di questi alle esigenze trascendenti, incorporate nello Stato».

Una concezione, questa, che stride con la formulazione accolta dai costituenti nell'art. 49 Cost., ove invece, come noto, si afferma che «[t]utti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale»³⁵: nel nuovo ordine democratico sono quindi i cittadini a scegliere – liberamente – se prendere o meno parte alla vita dei partiti, i quali sono pensati come strumenti per arricchire di contenuto democratico l'ordinamento statale e non come organi funzionali – come nella prospettiva del Mortati ora ricordata – a promuovere e sostenere l'azione autoritaria del regime.

Eppure, lo si vuole sottolineare, Mortati che ha contribuito pochi anni più tardi ai lavori preparatori della Costituzione ha affermato, in apertura alla «Relazione illustrativa dello schema del progetto per l'introduzione della obbligatorietà del voto nelle elezioni alla Costituente», che «la democrazia, elevando il popolo ad organo di suprema decisione politica, reca con sé la tendenza alla estensione dei diritti politici al maggior numero di cittadini ed

³⁵ Le citazioni sin qui riportate nel testo si ritrovano tutte in C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in ID., *Stato e diritto*, 1941, p. 3 ss.

esige, per il suo regolare funzionamento, l'effettiva partecipazione di questi alla vita dello Stato»³⁶.

In conclusione, possiamo anche notare che, in apertura ai lavori del Convegno che avrebbe poi dato alla luce il volume «Costantino Mortati: costituzionalista calabrese», l'allora Presidente della Corte costituzionale Saja ha affermato che furono «di alto significato politico e giuridico» proprio le proposte dello studioso «in sede di Assemblea costituente sul problema delle forme di governo»³⁷.

In particolare, sempre in tema di esecutivo, il Mortati costituzionalista del dopoguerra aveva sostenuto in Assemblea costituente l'importanza di assicurare, nel solco di una forma di governo parlamentare razionalizzata³⁸, l'elemento della governabilità. Ricorda la dottrina che «Mortati aveva esattamente avvertito che i congegni di stabilizzazione accolti nella nostra Carta erano insufficienti e aveva giustamente insistito sulla necessità di assicurare la durata dell'Esecutivo, nonché di conferire maggiori poteri al Presidente del Consiglio»³⁹. Anche questo apporto non può essere completamente separato da quello che Costantino Mortati immaginò e scrisse appena qualche anno prima in relazione ai poteri del Duce.

4. Come altro personaggio di spicco che, per dirla con le parole di Bin, insieme ad altri, «ammantati da un tecnicismo giuridico»⁴⁰, transitò dal regime fascista all'età repubblicana, si può ricordare il Prof. Vincenzo Gueli.

Lo studioso fu tra il 1937 e il 1940 assistente incaricato presso l'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma; in seguito, conseguì la libera docenza in Istituzioni di diritto pubblico⁴¹ e dal 1944 al 1950 fu assistente volontario della cattedra di diritto costituzionale⁴². Nel 1942, oltre a pubblicare «Il concetto giuridico

³⁶ Citazione contenuta nella Relazione illustrativa sopra menzionata riportata da S. PRISCO, *Il partito politico nel pensiero di Costantino Mortati*, in F. LANCHESTER, *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 385.

³⁷ In questo senso F. SAJA, *Introduzione ai lavori: la lezione di Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 30.

³⁸ S. BONFIGLIO, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 2017, p. 13.

³⁹ F. BRUNO, *Costantino Mortati e la Costituente*, in F. LANCHESTER, *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 156.

⁴⁰ R. BIN, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano 2016.

⁴¹ O. CHessa, *Gueli Vincenzo*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, Bologna 2013, p. 1083.

⁴² *Ibidem*, p. 1084.

della rappresentanza politica e la “rappresentatività” degli organi di governo», in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», ove svolse un’opera di ricognizione del passaggio dallo Stato liberale a quello fascista⁴³, pubblicò un saggio sulla rappresentanza politica e una monografia intitolata «Il diritto singolare e il sistema giuridico»⁴⁴; i suoi studi, sin dai primi anni di ricerca, si incentrarono prevalentemente sui temi dello Stato, della sovranità, del regime politico e, successivamente, sulle trasformazioni costituzionali italiane dalla caduta del fascismo alla Costituzione⁴⁵. Terminata la guerra, il Gueli combinò gli impegni accademici con quelli più tecnici⁴⁶, ricoprendo alcuni incarichi ministeriali: fu membro, come si ricorderà più avanti, della Commissione Forti e, nel 1946, dell’Ufficio legislativo del Ministero dell’Industria e del Commercio. Il 1° giugno 1948 divenne anche funzionario della Camera dei Deputati. Nel 1950 fu chiamato a insegnare diritto costituzionale all’Università di Messina, dove conseguì anche la cattedra di diritto amministrativo.

Riconosciuto come avversario del «logicismo formalista»⁴⁷, prima ancora dell’istituzione dell’Assemblea costituente, Gueli si scaglia contro l’istituzione di quello che, nel manifesto di quasi tutti i partiti politici, veniva descritto come il «custode delle libertà»⁴⁸.

Nel suo scritto intitolato «Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale», pubblicato in «Civiltà liberale» del 28 marzo del 1946, l’Autore critica fortemente l’ipotesi che andava delineandosi di istituire la Corte costituzionale quale organo accentrato del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi.

Letto alla luce della posizione adesiva del Gueli rispetto al regime fascista, tale impostazione non sorprende, concretizzandosi nel tentativo di porre un freno alle novità più significative del nascente Stato repubblicano: la Corte costituzionale avrebbe potuto, secondo l’Autore «diventare strumento dell’interesse di ceti ristretti o addirittura di un potere assolutistico»,

⁴³ Sul punto si veda G. CARVALE, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, in *Nomos* 2017, n. 3, nota n. 2.

⁴⁴ Sul punto si veda A. BARBERA, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, in *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia: 1948-1962*, Sala del Senato Accademico, 2014, p. 7.

⁴⁵ G. CARVALE, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, cit., p. 2. Le due opere appena menzionate si pongono a fondamento della vocazione teorica del Gueli; così O. CHESSA, *Gueli Vincenzo*, cit., p. 1083-1084.

⁴⁶ O. CHESSA, *Gueli Vincenzo*, cit., p. 1084.

⁴⁷ Cfr. A. LA PERGOLA, *Presentazione*, in V. GUELI, *Scritti vari*, XIV, Milano 1976.

⁴⁸ In tema, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano 1991.

in quanto qualunque fosse stata la decisione in ordine alla scelta dei propri componenti, la costruzione di un organo di giustizia costituzionale accentrato non sarebbe stata aperta alle larghe correnti dell'opinione pubblica, come invece la generalità degli altri organi giurisdizionali.

Nell'ottica dell'Autore, infatti, l'alternativa prescelta si muoveva nel solco di lasciare l'interpretazione delle norme costituzionali e l'esame intorno alla conformità ad esse delle leggi ordinarie ai singoli giudici, in quanto «aperti alle risonanze delle diverse cerchie in cui si articola la società nazionale e si elabora quella che si dice l'opinione pubblica».

Afferma infatti il Gueli che «[p]er la stessa maggiore astrattezza, e quindi indeterminatezza, del contenuto delle leggi costituzionali (che altrove ho rilevata) di accertare, al fine di un'esatta interpretazione delle leggi stesse, i convincimenti collettivi, riposti nella coscienza, intorno ai principi fondamentali che formare la costituzione reale di un popolo, l'applicazione delle norme costituzionali presuppone una varia e molteplice sensibilità per stabilire, in ogni tempo, in relazione agli sviluppi della coscienza collettiva e alle diverse situazioni della vita sociale e politica, l'esatto contenuto delle norme costituzionali effettivamente vigenti».

Ma vi è di più. Secondo l'Autore, l'opportunità di affidare alla Corte costituzionale il compito che poi le verrà assegnato, tra gli altri, dall'art. 134 Cost., avrebbe determinato, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, un eccessivo «irrigidimento», trasformandola nell'organo «discrezionalmente deliberante veramente supremo»⁴⁹, le cui valutazioni sarebbero state ampiamente discrezionali.

In altri termini, e certamente con notevole spirito di precognizione di quello che sarebbe effettivamente successo, il Gueli era convinto che un organo accentrato di legittimità costituzionale avrebbe avuto un potere solo «apparentemente» di controllo, traducendosi al contrario in un organo legislativo e di governo e ciò a scapito delle prerogative degli altri organi costituzionali.

Significativo poi il fatto che, in dispetto di tale posizione, di certo non allineata alle volontà dei partiti dell'epoca, lo studioso prese parte, svolgendo un ruolo non certo secondario, alla Commissione Forti, che, istituita il 1° novembre 1945, concluse le sue attività il 30 giugno 1946.

In particolare, il Gueli presentò alla Commissione Forti una memoria sulla giustizia costituzionale, redatta in sinergia con Gaetano Azzariti e Gio-

⁴⁹ Per le citazioni sin qui riportate nel testo si veda V. GUELI, *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Società Editrice del Foro Italiano Roma, 1950, rispettivamente alle pagine 290, 289, 288.

vanni Selvaggi: in quella sede, emerse il suo pensiero giuridico, particolarmente affezionato al costituzionalismo nordamericano, forse anche in ragione del fatto di essere stato ospite a Berkeley da Kelsen⁵⁰. Nonostante le posizioni del Gueli rimanessero minoritarie, tuttavia egli contribuì in modo rilevante ad una riflessione sulla giustizia costituzionale. Inoltre, sempre in Sottocommissione, il Gueli si occupò dei profili costituzionali relativi alla responsabilità dei pubblici funzionari e alla partecipazione dei cittadini alle funzioni amministrative⁵¹.

Le posizioni (e i dubbi) sul sindacato di legittimità costituzionale accentrato del Gueli sono rinvenibili anche in un lavoro del 1958, intitolato «La Corte Costituzionale» e pubblicato negli «Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei»⁵².

Ciò che, in conclusione, preme sottolineare è come le posizioni dell'Autore fossero sintomatiche della tendenza di parte della dottrina dell'epoca e di alcuni di coloro che presero parte, all'indomani della caduta del regime, al dibattito costituente di porre resistenza alle novità più rilevanti che avrebbero caratterizzato il nascente ordinamento repubblicano, le quali non a caso ebbero difficoltà ad affermarsi negli anni a venire (si pensi, ad esempio, al ritardo che caratterizzò l'istituzione proprio della Corte costituzionale e, più in generale, il tema dell'attuazione dei precetti contenuti nella Carta).

In conclusione, secondo l'Autore, l'istituzione di quello che poi sarebbe diventato il Giudice delle leggi, posto proprio a garanzia della rigidità della Costituzione ed anche dell'applicazione stessa, sarebbe stata una di quelle «fantastiche rappresentazioni il cui splendore non illumina ma abbaglia, e che il vecchio Bacone amava chiamare “idola theatri”»⁵³.

5. Elementi di profonda riflessione suscita anche la storia professionale e umana di Piero Calamandrei, oggetto anche di studi recenti⁵⁴.

Nella raffigurazione del «mito fondativo» della nostra Costituzione, Calamandrei è sempre stato l'eroe indiscusso, il padre costituente che più di altri ci ha consegnato l'interpretazione più alta del testo costituzionale che

⁵⁰ A. BARBERA, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, cit., p. 5.

⁵¹ Ricostruisce il contributo del Gueli alla riflessione sul sistema di giustizia costituzionale e della pubblica amministrazione G. CARVALE, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, cit., p. 7.

⁵² V. GUELI, *La Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, III, Padova 1958.

⁵³ Così, A. BARBERA, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, cit., p. 7.

⁵⁴ Cfr. in particolare per i giuristi E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in M. PERINI (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche a 70 dalla Costituzione, Atti del Convegno tenuto a Siena nei giorni 25 e 26 ottobre 2018*, Pisa 2019, p. 191 ss.

«non è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile; bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità»⁵⁵ e che ne ha denunciato la sua inattuazione⁵⁶, impegnandosi per la sua attuazione⁵⁷ nei primi anni della vita repubblicana.

A differenza degli altri studiosi che abbiamo appena ricordato, Calamandrei non fu organico al regime, non divenne l'ideologo del fascismo o l'esecutore dei suoi provvedimenti più ingiusti, ma anzi, come testimoniano gli scritti personali di quegli anni⁵⁸, disapprovava profondamente i provvedimenti più crudeli e, *in primis*, le leggi razziali.

Eppure Calamandrei giurò fedeltà al fascismo⁵⁹ e, come lui stesso afferma in una lettera scritta nel 1955 a Luigi Petri⁶⁰, fu tra gli «antifascisti non eroici, ma onesti»⁶¹, fu tra quei cittadini, tanti, che «preferirono rimanere ad occupare dignitosamente ed onestamente i posti di lavoro che si erano guadagnati con il loro studio assai prima che il fascismo sorgesse, e continuare

⁵⁵ Estratto dal noto discorso pronunciato da Piero Calamandrei il 26 gennaio 1955 nel salone degli Affreschi della Società Umanitaria quale discorso inaugurale di un ciclo di sette conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti, ora in P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Milano 2011, p. 6. Come affermato da Alpa «Calamandrei parla ai giovani, come si intuisce dai molti incisi e dalla chiusa: parla ai giovani che si accingono agli studi giuridici»; in G. ALPA, *Un atto di "fede nel diritto"», in Piero Calamandrei, La fede nel diritto. Advocatura e Costituzione*, in www.consiglionazionaleforense.it, p. 3.

⁵⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *La libertà della cultura nel decennale della liberazione* (Lettera aperta di un professore universitario al min. della P.I.), ora in *Scritti e discorsi politici*, in N. BOBBIO (a cura di), *La Nuova Italia*, I, Firenze 1966, p. 111-121.

⁵⁷ Così P. CALAMANDREI, *La 'festa dell'Incompiuta'*, in *Ponte*, 1951, n. 6, ora in *Scritti e discorsi politici*, cit., p. 141 ss., citato da E. BINDI, *Calamandrei e la questione sociale*, in www.gruppodipisa.it, 2012, n. 2, nota 3.

⁵⁸ Ci si riferisce ai saggi di P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941; ID., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, 1942; ID., *Il Diario*, in G. AGOSTI (a cura di), *La Nuova Italia*, Firenze 1997; ID., *Le Lettere 1951-1996*, in G. AGOSTI, A. GALANTE GARRONE (a cura di), *La Nuova Italia*, II, Firenze 1968 e ID., *L'Inventario della casa di campagna*, ried. 2013. Ancora, rilevante è il saggio ID., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli 1965, p. 52 ss.

⁵⁹ I Professori universitari che, tra le fila dei giuristi, si opposero al regime furono, come noto, Francesco ed Edoardo Ruffini e Fabio Luzzatto. Molti costituzionalisti, inoltre, vennero emarginati dall'ambiente accademico: basti pensare a Vittorio Emanuele Orlando Gaetano Mosca, Teodosio Marchi e Siotto Pintor. Altri furono invece esclusi dal ruolo che ricoprivano, come Errico Presutti e l'amministrativista Silvio Trentin. Cfr. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, cit., p. 5.

⁶⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, cit., p. 449.

⁶¹ *Ibidem*.

senza iattanza ma senza viltà a fare il loro dovere di professionisti e di studiosi, col fermo proposito di ignorare il fascismo»⁶². Come tanti altri non si ribella, ma non aderisce, mantenendo, almeno nella sfera intima, le distanze.

In sintonia con l'atteggiamento del ceto dei giuristi, lo studioso fiorentino per lungo tempo, durante e dopo l'approvazione delle leggi razziali, si rifugiò nel positivismo, nella difesa dei principi dello Stato di diritto: fu, insomma, uno dei tanti «giuristi impassibili», secondo la fortunata definizione di Paolo Grossi⁶³.

Calamandrei, quindi, non prese parte, ma rimase al suo posto, magari ritenendo di volerlo occupare per continuare a formare, nei limiti allora concessi, coscienze libere, come scelsero di fare tanti insegnanti che non abbandonarono la cattedra.

Di certo, la sua contrarietà al regime si esprimeva privatamente nelle lettere e negli scritti privati che narrano con dolore le vicende di tanti amici ebrei allontanati dalla vita pubblica e dal lavoro o addirittura deportati e scomparsi e dai quali affiora angoscia e scoramento di fronte a una situazione che andava via via peggiorando⁶⁴ o più tardi, come emerge dal ricordo del collega Federico Cammeo, nel 1949, a 10 anni dalla sua scomparsa⁶⁵.

Il momento pubblico più significativo della sua scelta di non opporsi alle leggi razziali e al regime, in nome del rispetto della legge, è rappresentato sicuramente dalla conferenza del 1940 alla FUCI, dal titolo «Fede nel diritto»⁶⁶. In quell'occasione, Calamandrei teorizza la distinzione fra la «funzione normativa», politica, e quella di chi è chiamato ad applicare la norma, che invece svolge un ruolo tecnico. Come vedremo fra poco, tanti giuristi italiani rifiutarono di aderire alle teorie del diritto libero, che invece in Germania volevano un Giudice non subordinato alla legge, ma al sentimento del popolo, al di sopra della legge. E per i giuristi, come per Calamandrei, quello fu un modo, molto conservatore ovviamente ma forse in quel momento necessario, per non cedere totalmente alle follie del totalitarismo e per ribadire la fiducia nel principio di uguaglianza, vero architrave del principio di legalità e dello Stato di diritto. Così anche Calamandrei in quella

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, p. 138.

⁶⁴ Si vedano soprattutto P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, cit.; P. CALAMANDREI, F. CALAMANDREI, *Una famiglia in guerra*, in A. CASELLATO (a cura di), *Lettere e scritti (1939-1956)*, Bari 2008.

⁶⁵ Cfr. P. CALAMANDREI, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 358 ss.

⁶⁶ Il momento è analizzato in modo acuto, con precisi riferimenti testuali e anche di cronaca da E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., p. 206-213.

conferenza ribadisce che «nel principio di legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno»⁶⁷. Principi in cui tutti ci riconosciamo, certamente, che però assumono un significato molto diverso se pensiamo che venivano pronunciati in piena vigenza ed applicazione delle leggi razziali e che, affermati pubblicamente in quel momento, significavano di fatto un'adesione a tutto quello che stava succedendo.

Certo, Calamandrei, a differenza di Azzariti, non si esprime in modo entusiasta sulle modificazioni giuridiche al principio di eguaglianza che inserivano la «razza» come elemento di distinzione, ma non troviamo, in questo momento, alcuna presa di distanza da provvedimenti, come quelli del 1938, che negavano in radice l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge e distruggevano crudelmente le fondamenta delle idee illuministe.

La volontà di difendere questo principio fu anche alla base della scelta di Calamandrei di collaborare intensamente alla redazione del codice di procedura civile, insieme ad altri colleghi, fra i quali, in particolare, Carnelutti e Redenti, tutti antifascisti⁶⁸.

Non tutti però condivisero l'idea che fu un bene questa collaborazione, per fare in modo che il tecnicismo giuridico fosse salvaguardato dal momento storico: in particolare Calamandrei fu più tardi chiamato a rispondere addirittura in Parlamento di fronte alle accuse mosse al riguardo da un parlamentare⁶⁹.

Tuttavia, in questi anni, il principio della possibilità e del dovere di opporsi ad una legge ingiusta non si ritrova nel suo pensiero, come emerge in modo limpido dalle affermazioni nella stessa conferenza del 1940, nella quale Calamandrei conclude con una limitazione del proprio campo di azione, come giurista, riconoscendo che: «i politici militanti possono lottare, al di là delle leggi, per la instaurazione di quelli che ciascuno di essi, secondo la sua fede, considera, come si dice, la giustizia sociale, l'ideale di un ordina-

⁶⁷ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, cit., p. 105. Considerazioni di E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., p. 210.

⁶⁸ Si vedano le considerazioni di R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova costituzione repubblicana*, in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico (1944-1948)*, Bari 2007, p. 38.

⁶⁹ Si tratta di Antonio Maxia, a cui Calamandrei risponde con una lettera, che può trovarsi in P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, II, cit., p. 211-216.

mento migliore: ai giuristi è dato soltanto lottare per mantenere, entro i limiti delle leggi, la giustizia giuridica»⁷⁰. Il ragionamento contenuto nella conferenza del 1940 verrà riportato in altri scritti di quel periodo⁷¹, che quindi possono tutti considerarsi distanti da una presa di posizione nei confronti dei provvedimenti più duri e in particolare delle leggi razziali, mentre è solo negli scritti privati che Calamandrei esprime la sua angoscia rispetto agli accadimenti di quegli anni e alle sue stesse convinzioni da giurista⁷².

Ma è solo dopo la caduta del fascismo, nel 1944, che Calamandrei rompe gli indugi, fondando la rivista «Il Ponte», che diventerà il punto di riferimento del pensiero antifascista. In quell'anno, assistiamo anche alla svolta «sostanzialista»⁷³ e all'analisi, in modo completamente diverso da quella precedente, del problema della legge ingiusta.

Così, negli «Appunti sul concetto di legalità», Calamandrei nelle lezioni di diritto costituzionale tenute a partire dall'ottobre 1944 in una Firenze ormai liberata riconosce che esistono «leggi immonde», rispetto alle quali non sia possibile invocare il rispetto del principio di legalità e dunque la loro obbedienza a causa del loro «contenuto così abominevole». Calamandrei distingue quindi fra regimi democratici e regimi tirannici, ritenendo che i principi dello Stato di diritto debbano applicarsi soltanto ai primi. Emerge dunque quella struttura che poi ritroveremo nella nostra Carta costituzionale e che recupera i principi illuministi, rispetto ai quali i diritti e i doveri dei cittadini devono essere assicurati insieme a una forma di governo nella quale i poteri siano distinti e limitati fra di loro. Insomma, la legge «giusta» e soggetta a obbedienza è soltanto quella che nasce in uno Stato democratico, nel quale sia garantita anche la partecipazione dei cittadini⁷⁴.

Calamandrei diviene così «uomo del quarto stato», secondo la felice definizione di Paolo Grossi⁷⁵.

In occasione della pubblicazione della sentenza sul processo di Norimberga, dove i nazisti venivano condannati per i crimini compiuti contro

⁷⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, cit., p. 102.

⁷¹ Si vedano in particolare: P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, XVIII, ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 456 ss.; e ID., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1942, I, p. 341 ss.

⁷² Si rinvia alla bella analisi di E. BINDI, che ci descrive i sentimenti che affiorano da quelli che vengono chiamati i «testi più intimi», in *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., p. 213-217.

⁷³ Così G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in S. CALAMANDREI (a cura di), *Fede nel Diritto*, Roma-Bari 2008, p. 20.

⁷⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 83.

⁷⁵ In P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano 1986, p. 158 ss.

l'umanità, fatti che erano stati commessi in esecuzione di ordini legali e di leggi dello Stato, nella rivista «Il Ponte», Calamandrei ospita un saggio di Radbruch, che giustifica la violazione del principio di irretroattività della legge penale, a causa della necessità di non lasciare impuniti «i crimini contro l'umanità», sottolineando il ruolo negativo del «positivismo giuridico» nell'impedire una reazione alle leggi ingiuste. Lo stesso Calamandrei in un editoriale intitolato «Le leggi di Antigone»⁷⁶ rifiuta totalmente i principi del positivismo, con la fedeltà assoluta alle leggi nazionali, appellandosi a una giustizia più vasta, a «leggi universali decretate dai gemiti e dalle invocazioni dei milioni di martirizzati innocenti».

Al mito di Socrate, che ritiene di dovere obbedienza a una legge «ingiusta» che lo condanna a morte, Calamandrei sostituisce quello di Antigone, che oppone alle leggi del re, quelle scritte, le leggi contenute nel suo cuore, quelle umane.

Accostandoci alla storia di Calamandrei, possiamo percepire in modo chiarissimo come l'essenza profonda della nostra Costituzione, quella che pone l'Uguaglianza, la Persona, la sua Libertà e la sua Dignità come valori insopprimibili e da salvaguardare con il meccanismo della rigidità, nasce dall'esperienza tragica di un regime al quale l'uomo Calamandrei, come tantissimi altri, non si è opposto, ma che poi ha svelato fino in fondo la sua atrocità.

E questa convinzione profonda porterà Calamandrei, più di tutti gli altri, a lottare per l'attuazione della Costituzione, a non considerarla mai, a differenza di tanti altri, come una serie di principi lontani, da attuare in un futuro ancora remoto⁷⁷. Dimenticando la difesa della legge in quanto tale e del recinto entro il quale circoscrivere l'operato del giurista, Calamandrei ritiene che la funzione del giudice sia quella di creare «la nuova legalità promessa dalla Costituzione», intrisa dei principi fondamentali, e *in primis* di quello di eguaglianza, e non più quella di «difendere una legalità decrepita»⁷⁸.

6. Un ulteriore aspetto su cui soffermarsi attiene, poi, all'atteggiamento assunto dalla magistratura, ordinaria e amministrativa, negli anni di vigenza del regime.

⁷⁶ Cfr. *Ponte*, 1946.

⁷⁷ Così, P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, 2018; ID., *Costituente e questione sociale*, cit.; ID., *In difesa di Danilo Dolci*, Napoli 2015, dove si scaglia contro la tesi della Cassazione secondo la quale tutti i principi costituzionali erano norme programmatiche.

⁷⁸ Anche Mortati sottolinea la necessità per Calamandrei di rendere operanti i principi, di fronte all'inattuazione costituzionale (Presentazione in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, cit., p. XXIII).

A fronte di un quadro normativo così marcatamente lesivo del principio di eguaglianza formale, pure sancito dallo Statuto Albertino, si profila, infatti, l'interrogativo relativo a come i giudici reagirono in sede di applicazione del *corpus* normativo antiebraico.

Oltre il tema della scarsa giurisprudenza sviluppatasi in quegli anni, diretta conseguenza dell'effetto deterrente prodottosi soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dell'insieme di Regi decreti che, a cavallo tra il 1938 e il 1939, riscrissero lo *status* del cittadino ebreo entro l'ordinamento giuridico italiano, si colloca la questione di come i giudici interpretarono quella norma del r.d.l. n. 1728 del 1938-XVII «Provvedimenti in difesa della razza», che mirava a limitare fortemente l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ci si riferisce all'art. 26 a norma del quale si stabiliva che: «[L]e questioni relative all'applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l'interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere della Commissione da lui nominata. Il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale».

Il tema che si poneva era, dunque, quello della competenza o meno dei giudici a decidere dell'applicazione del *corpus* normativo antiebraico.

Sul punto, particolarmente interessanti sono state alcune pronunce tramite le quali i giudici hanno contenuto l'interpretazione della norma in esame, escludendo che l'art. 26 fosse da leggere nel senso di escludere una competenza del giudice a conoscere di qualsiasi contenzioso relativo alle disposizioni contenute nelle c.d. leggi razziali.

Prima di prendere in esame tali pronunce, pare opportuno ricordare che sull'interpretazione dell'art. 26, r.d.l. n. 1728 del 1938-XVII ebbe a tornare il legislatore di quegli anni in occasione della l. n. 1024 del 1939-XVII, la stessa con la quale venne disposta l'istituzione del Tribunale della razza.

L'art. 5, rafforzando la previsione contenuta a norma dell'art. 26 del r.d.l. n. 1278 del 1938-XVII, prevedeva, infatti, che fosse «riservata esclusivamente alla competenza del Ministro per l'interno ogni decisione in materia razziale, ai sensi del r.d.l. 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, e della presente legge».

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 5, l. n. 1024 del 1939, sull'interpretazione dell'art. 26, r.d.l. si era già avuta una pronuncia che aveva in qualche misura tentato di contenere l'accentramento voluto dal regime nelle mani dell'esecutivo.

La Corte d'Appello di Torino si era, infatti, espressa nel senso che «in mancanza di una manifesta e sicura deroga al diritto comune (art. 5 preleggi), avuto presente l'art. 2 della legge 20 marzo 1865, a mente del quale sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause ove si faccia que-

stione di diritto civile o politico, comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, occorre ritenere che restino incluse nella considerazione dell'art. 26 le sole questioni di natura amministrativa che possano insorgere nella pratica applicazione del decreto, ove si discuta di interessi protetti senza che vi siano dedotti diritti soggettivi delle parti, ma che vi siano escluse invece quelle che hanno per oggetto siffatti diritti»⁷⁹.

Ancora più esplicito fu il Tribunale di Milano, rilevando come «[l]a giurisprudenza, spinta anche dalla necessità di limitare al massimo le relevantissime eccezioni alla garanzia giurisdizionale in un campo che intacca la stessa fondamentale capacità giuridica delle persone, ha inteso la parola “questione” non come sinonimo di controversia, ma nel senso proprio e più stretto del punto incidentale pregiudiziale dalla cui soluzione discendono effetti previsti dalla legge [...]. Di conseguenza, poiché unica questione pregiudiziale circa gli effetti personali e patrimoniali derivanti dall'appartenenza alla razza ebraica è quella relativa alla appartenenza alla razza ebraica, solo questa si è ritenuto riservare alla competenza del Ministro dell'interno in virtù dell'art. 26»⁸⁰.

Simile linea argomentativa è stata in seguito accolta e ribadita anche dalle supreme magistrature, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, concordi nell'escludere che l'art. 26 dovesse essere interpretato nel senso di limitare la propria competenza giurisdizionale in favore di quella ministeriale, sposando quindi la tesi del carattere eminentemente pregiudiziale del riferimento contenuto nella norma ed escludendo pertanto che da questa potesse derivarne l'assoluta compressione delle rispettive funzioni.

La Corte di Cassazione⁸¹ escludeva che tale norma potesse incidere sul «sistema generale dei controlli di legalità e della garanzia dei diritti», demandando all'autorità amministrativa una competenza viceversa riservata all'organo giurisdizionale.

Ancora, il Consiglio di Stato⁸², in particolare, osservava che «[g]iudicare sulle conseguenze ulteriori, specialmente di ordine patrimoniale, della appartenenza alla razza ebraica non implica valutazioni di ordine politico, ma l'applicazione, solo, di rigorose norme di diritto. Si arriverebbe, altrimenti,

⁷⁹ Corte di appello di Torino, 5 maggio 1939, in *Foro it.*, 1939, I, p. 915, riportata, tra gli altri, da U. G. ZINGALES, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, in *Federalismi*, 2014.

⁸⁰ Tribunale di Milano, 6 luglio 1942, in *Foro it.*, 1943, I, p. 304-305, riportata in U. G. ZINGALES, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit., p. 19.

⁸¹ Cass., Sez. un., sent. 17 marzo 1943, n. 638.

⁸² Cons. St., sent. 11 luglio 1941. Sul ruolo del Consiglio di Stato nell'interpretazione delle leggi razziali si rinvia invece alle approfondite riflessioni di A. PAJNO, *Le leggi razziali tra amministrazione e giurisdizione: la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit.

alla assurda conseguenza che il Ministro per l'Interno potrebbe decidere ad libitum, senza alcuna garanzia di procedura e senza possibilità di controllo giurisdizionale, controversie civili, in tema, ad esempio, di nullità del matrimonio, di privazione della patria potestà, di proprietà di beni immobili, e così via, e controversie anche di natura penale, relative ai vari reati contemplati dalla legge per la difesa della razza».

Interessante allora sottolineare i rischi rilevati dal giudice amministrativo: il difetto di garanzie procedurali e l'assenza di controllo giurisdizionale.

Si tratta, a ben vedere, degli stessi profili e criticità che caratterizzarono l'operato del Tribunale della razza e di cui già si è detto e su cui, al contrario, insiste la Costituzione repubblicana.

Sul ruolo ricoperto dal giudice amministrativo e dal Consiglio di Stato in quegli anni, merita tuttavia sottolineare, con la dottrina, che «nonostante le pressioni politiche ed ambientali che l'intero ordine giudiziario ha subito durante il regime fascista, la giurisdizione, a differenza dell'amministrazione, ha cercato di conservare una propria autonomia di intervento rispetto alla politica. Ed il Consiglio di Stato, in particolare, che pure aveva, al tempo, una composizione che lo avrebbe potuto rendere maggiormente sensibile alle rivendicazioni della politica, non ha dismesso la sua funzione di garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione ed ha offerto, in talune decisioni, una prova di indipendenza dal potere politico [...] attraverso l'uso di un'interpretazione restrittiva e "liberale" del quadro normativo esistente», da affiancare al «riconoscimento del carattere eccezionale della legislazione razziale»⁸³.

La magistratura, dunque, non fu, come rilevato in dottrina, «fascistizzata» durante gli anni di vigenza del regime fascista⁸⁴ e, tuttavia, furono pochi gli ebrei che di fronte alle nuove leggi scelsero la via del ricorso al giudice. Alcune ricerche⁸⁵ riferiscono di un totale di 107 procedimenti giurisdizionali che coinvolsero, sino al 1943, 59 ebrei.

Poche, quindi, furono le occasioni per i giudici di sindacare le leggi antiebraiche del biennio 1938-1939, rivelando il forte effetto deterrente della nuova normativa che non soltanto tracciò con nettezza una differenza di *status* tra ariano ed ebreo, ma privò nei fatti i secondi di qualsiasi possibilità di azionare forme di tutela dei propri diritti davanti ai giudici.

⁸³ A. PATRONI GRIFFI, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, in A. SANDULLI, G. PASQUINI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2010, p. 177 ss.

⁸⁴ S. CASSESE, *Lo stato fascista*, cit., p. 64 ss.

⁸⁵ Riferisce di questo dato I. PAVAN, *Prime note su razzismo e diritto in Italia*, in D. MENOZZI, M. MORETTI, R. PERTICI (a cura di), *Culture e libertà. Studi di storia in onore di Roberto Vivarelli*, Pisa 2006, p. 400-401, riportato anche da U. G. ZINGALES, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit. il quale svolge un'importante ricerca sulle pronunce di quegli anni.

Un'analisi condivisa dalla dottrina che riferisce di una «prassi applicativa delle leggi razziali [che] conseguì l'effetto di scoraggiare l'accesso alla giustizia degli ebrei italiani, i quali ben sapevano che i loro diritti non avrebbero trovato, nella stragrande maggioranza dei casi, giusta considerazione ed effettiva tutela»⁸⁶.

Una tendenza ad astenersi dall'azione giudiziaria che, a voler ragionare sull'oggi e sempre nella prospettiva di un'analisi che guardi alla continuità e discontinuità tra regime fascista e Costituzione repubblicana, non pare sopita nemmeno dinanzi alla proclamazione dell'eguaglianza razziale a norma del primo comma dell'art. 3 Cost. Scarsa è, infatti, la giurisprudenza in materia di discriminazioni razziali e ciò pure a fronte delle novità introdotte dal legislatore a partire dal 2000⁸⁷, sulla scorta delle sollecitazioni del legislatore europeo.

Pochi casi giudiziari, insomma, in modo non dissimile dalla scarsa giurisprudenza che caratterizzò gli anni del regime e che dovrebbe indurre ad interrogarci sulle ragioni di questa comune tendenza diffusa in due contesti ordinamentali così profondamente diversi⁸⁸.

E, tuttavia, dobbiamo riflettere su una circostanza importante: la nostra magistratura nel suo complesso mantiene nei confronti delle leggi razziali, tranne poche eccezioni, una rigorosa lettura alla luce dei principi generali dell'ordinamento e, nel suo complesso, si rifiuta di abbracciare le teorie che nacquero nella Germania nazista tra la fine degli anni '30 e i primi anni '40; teorie, che affermavano la fine del giudice «funzionario» e la nascita del giudice «popolare», che ritrova il diritto guidato dalla «conoscenza degli uomini», dei sentimenti umani e dei procedimenti vitali⁸⁹.

Nella Germania nazista, fra i magistrati si faceva strada la convinzione che il giudice costituisse il legame fra il diritto e la politica e che soltanto attraverso il giudice si potesse colmare l'abisso fatale fra il popolo e il diritto, arrivando persino a sostenere che «quanto più subiettivamente ed esclusi-

⁸⁶ Così G. CANZIO, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, cit., p. 5.

⁸⁷ In tema, C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli 2016.

⁸⁸ Sulla persecuzione nei confronti dei cittadini e dei non cittadini di «razza» ebraica, si veda, nella giurisprudenza costituzionale, la sent. 17 luglio 1998, n. 268, in cui la Corte costituzionale ricordava che: «la legislazione antiebraica individua una comunità di minoranza, che colpisce con la "persecuzione dei diritti", sulla quale si innesterà, poi, la "persecuzione delle vite"», cfr. p.to. 5 cons. dir.

⁸⁹ Estratto di un passaggio di K. ROTHENBERGER, sottosegretario di Stato del Reich al Ministero della Giustizia, *La situazione della giustizia in Germania*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, p. 35.

vamente il giudice è legato alle idee del nazionalsocialismo, tanto più obiettive e giuste saranno le sue sentenze»⁹⁰.

La neutralità della magistratura italiana nel suo complesso e il riconoscimento del carattere eccezionale della legislazione razziale favorirono un'interpretazione restrittiva delle norme in essa contenute e ne frenarono sicuramente la potenzialità espansiva. La letteratura in materia attesta, infatti, che «rarissimi»⁹¹ furono i casi in cui i giudici rimisero al Ministero dell'Interno la causa su cui erano chiamati a decidere.

Pure a fronte della lettera dell'art. 1 c.c., nell'applicazione delle leggi razziali «i giudici continuano a sostenere che la razza è un concetto estraneo all'ordinamento giuridico italiano»⁹²: una interpretazione completamente diversa da quella che ritroviamo nelle parole del Presidente del Tribunale della razza Gaetano Azzariti⁹³.

Torniamo sull'interpretazione dell'art. 26, r.d.l. n. 1728 del 1938-XVII: l'interpretazione restrittiva viene seguita in varie decisioni ed è teorizzata da Arturo Carlo Jemolo in una brevissima nota pubblicata sul «Foro Italiano» a una sentenza su una pensione negata a una maestra nel 1939.

Il riconoscimento della natura politica di questa legislazione diventa lo stratagemma retorico attraverso il quale la magistratura rassicura il potere politico, garantendogli l'osservanza delle norme razziali.

Una interpretazione autentica del ruolo che la magistratura si è data in quei tragici momenti si può allora ritrovare nelle parole che Arturo Carlo Jemolo pronunciò nel famoso discorso di Messina del 1947: «[g]iuristi e non giuristi, soprattutto nelle parti d'Italia che hanno subito l'occupazione tedesca, ci siamo resi conto che la vita morale non si può ridurre a formule, paiano esse le più sicure. E sentiamo che questa esperienza non ci porta affatto a rivedere la base profonda della nostra morale, le nostre nozioni di bene e di male; non ci porta nemmeno alla conclusione (che sarebbe di particolare pericolosità) che l'agire bene possa sbocciare da un istinto buono, e non da una legge razionale; ci porta solo a comprendere che l'infinita varietà, la complessità della vita non consente di arginare l'agire dentro formule. Per molti anni non ho mai deflesso dal principio dell'interpretazione

⁹⁰ G. SPECIALE, *Le leggi razziali e i giudici*, in D. MENOZZI, A. MARIUZZO (a cura di), *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, Roma 2010, p. 212-213.

⁹¹ G. SPECIALE, *L'eredità delle leggi razziali del 1938. Nuove indagini sul passato, ancora lezioni per il futuro*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Leggi Razziali. Passato/Presente*, Roma 2015, p. 142.

⁹² G. SPECIALE, *L'applicazione delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*, cit., p. 218.

⁹³ Su cui si veda, *supra*, par. n. 2.

schietta della legge, anche quando essa portava a conculcare i valori politici che mi erano cari. Ma vennero delle forme di persecuzione che giudicavo particolarmente odiose – alludo a quella razziale – e qualche nota ho scritto, per sostenere interpretazioni della legge che sapevo contro la *voluntas legis*, cioè errate»⁹⁴.

7. A fronte di questa storia, fatta di luci e di ombre, che segnala la sottile e neanche così velata continuità fra persone e norme nella storia della nostra Repubblica rispetto al regime fascista, balza agli occhi un aspetto che solo di recente comincia a essere valorizzato: il ruolo delle costituenti e i principi in materia di parità fra uomo e donna.

Se c'è un gruppo di costituenti che non aveva mai potuto conoscere e praticare il potere in epoca fascista, data la stessa impostazione e ideologia del regime, è proprio quello femminile.

Ventun donne, diverse fra loro, ma tutte accomunate dall'aver partecipato in misura diversa all'antifascismo e dal non aver mai condiviso le politiche del regime.

Discontinuità per il fatto che le donne, fino al 1946, erano totalmente escluse dalla sfera pubblica non avendo neanche il diritto di voto.

Eppure, queste donne in Assemblea costituente ebbero un ruolo importante, nonostante gli uomini non volessero riconoscerglielo pienamente.

Insieme riuscirono a introdurre nella nostra Costituzione un gruppo di principi in materia di parità fra uomo e donna totalmente innovatore e in piena discontinuità con la società del tempo. Conosciamo tutti i principi contenuti negli artt. 3, 29, 37, 48 e 51 della nostra Costituzione.

Il principio di parità, affermato solennemente nell'art. 3, viene poi precisato e declinato nelle sue molteplici forme: nella famiglia, nel lavoro, negli uffici pubblici e nelle cariche elettive.

Alla storia e all'importanza di questo momento per la nostra democrazia non è stato finora a mio avviso dato il giusto riconoscimento.

E, d'altra parte, le donne che furono protagoniste in Assemblea costituente compirono un lungo cammino per raggiungere lentamente il riconoscimento di quei diritti che avevano introdotto nella Carta costituzionale⁹⁵.

⁹⁴ A. C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947, p. 18 ss.

⁹⁵ Sul ruolo assolto dalle costituenti si consenta il rinvio a M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea Costituente*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino 2019, p. 17 ss.

Ho già ricordato la sent. 18 maggio 1960, n. 33, Corte cost., che dichiarò incostituzionale la norma che escludeva le donne da un gran numero di pubblici uffici, fra cui la magistratura, e si dovettero attendere molte altre pronunce della Corte costituzionale, in materia di famiglia, come quella sull'illegittimità costituzionale della punizione penale del solo adulterio femminile⁹⁶, per arrivare alla riforma del diritto di famiglia del 1975, per vedere concretizzati i diritti conquistati.

Anche questo è un aspetto su cui bisognerebbe riflettere di più: quelle donne, che in piena discontinuità sentivano su di sé il compito di fondare la nuova Repubblica, furono poi tenute fuori dallo spazio pubblico e, ancora oggi, soffrono di discriminazioni e di limitazioni completamente incomprensibili alla luce dei principi scritti nella nostra Costituzione.

E, allora, come possiamo concludere queste riflessioni?

Forse il «mito fondativo» della totale discontinuità fra regime fascista e Costituzione repubblicana avrebbe dovuto essere interpretato dai soggetti «storici» in modo diverso.

Forse, una maggiore attenzione alla continuità o alla discontinuità nelle persone avrebbe permesso alla sostanza dei principi costituzionali di essere attuata più in fretta e meglio.

Forse, la paura che portò alla rimozione e all'imbarazzo nel ricordare quegli anni avrebbe dovuto essere esorcizzata in modo diverso.

Forse, quelle stesse donne costituenti avrebbero dovuto avere più coraggio nel pretendere un ruolo pubblico anche alla luce di un impegno morale che si erano assunte nei confronti della società italiana.

Certo, la storia non si fa con i se, e anche una riflessione giuridica non può spingersi oltre queste considerazioni.

E, tuttavia, se oggi assistiamo a provvedimenti che riportano prepotentemente il problema del concetto di «razza», se il mondo in cui viviamo, a livello politico e sociale, richiama *slogans*⁹⁷ totalmente coincidenti con quelli affermati all'epoca tristissima delle leggi razziali, evidentemente in tanti non siamo riusciti a cogliere fino in fondo il senso del nostro ruolo e l'insegnamento della storia.

Se, all'indomani dell'entrata in vigore della nostra Costituzione, fu possibile quello che Calamandrei denunciò con forza e, cioè, «l'ostruzionismo

⁹⁶ Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia 19 dicembre 1968, n. 126, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 559 c.p., commi 1 e 2, che seguì la precedente pronuncia di non fondatezza di cui alla sentenza 28 novembre 1961, n. 64.

⁹⁷ È interessante, in questa prospettiva, richiamare le ricerche di V. KLEMPERER, *Notizbuch eines Philologen*, Stuttgart 2010, trad. it., *La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, *Language of the Third Reich*, Firenze 2018, in cui l'autore sottolinea il ruolo, pericoloso e distorsivo, del linguaggio del regime nazista.

della maggioranza»⁹⁸, è perché non si colse fino in fondo il significato della continuità soprattutto nelle persone ai vertici dello Stato fra regime fascista e ordinamento repubblicano.

E, se questa è la trama che sottende il passaggio dal regime fascista alla Costituzione repubblicana, non possiamo stupirci dei provvedimenti che, anche oggi, ricordano tristemente quello che accadde allora⁹⁹.

⁹⁸ P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, cit., p. 546 ss.

⁹⁹ In tema, si consenta al rinvio a M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 1 ss.

ALFONSO DI GIOVINE

Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale. Riflessioni critiche sul concetto di sovranità popolare

SOMMARIO: 1. Liberalismo e democrazia – 2. La democrazia fra poesia e prosa – 3. La democrazia come forma di Stato «sovversiva» – 4. Il «*degré de force*» come limite al potere nello Stato liberale – 5. «La sovranità appartiene al popolo»: osservazioni critiche

1. Un merito incontestabile e inestimabile dello Stato liberale, a prescindere dai suoi limiti, è quello di aver funzionato da rampa di lancio della forma di Stato democratico costituzionale. Esprime bene questo legame genetico Norberto Bobbio laddove scrive che «se non sempre storicamente certo teoricamente, stato liberale e stato democratico sono interdipendenti perché il secondo è il prolungamento necessario del primo»¹, nel senso che se è vero che «non tutti gli stati inizialmente liberali sono diventati democratici, tutti gli stati democratici esistenti sono stati inizialmente liberali»²: a connotare l'indissolubile legame che caratterizza i regimi affermatasi nel '900 nella parte più evoluta del pianeta («la democrazia moderna non può essere separata dal liberalismo», scriveva Hans Kelsen nel 1955³) sta quella sorta di endiadi unificata che è la «liberaldemocrazia», in seguito fortificata dal costituzionalismo, cui si deve l'approvazione di costituzioni rigide e giurisdizionalmente garantite. Il fatto che oggi si usino comunemente le espressioni «liberaldemocrazia» o «democrazia liberale» non deve peraltro far di-

¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 223.

² N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, p. 119. A p. 6-7 dello stesso libro chiarisce ancora meglio il suo pensiero affermando che «lo stato liberale è il presupposto non solo storico ma giuridico dello stato democratico. Stato liberale e stato democratico sono interdipendenti in due modi: nella direzione che va dal liberalismo alla democrazia nel senso che occorrono certe libertà per l'esercizio corretto del potere democratico, e nella direzione opposta che va dalla democrazia al liberalismo nel senso che occorre il potere democratico per garantire l'esistenza e la persistenza delle libertà fondamentali [...] La prova storica di questa interdipendenza sta nel fatto che stato liberale e stato democratico, quando cadono, cadono insieme».

³ H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna 1998, p. 245.

menticare che la contaminazione fra le due culture, la liberale e la democratica, sia stata l'esito di un processo lungo e faticoso⁴, né questo può stupire se solo si mettono in cortocircuito due affermazioni di Croce e di Bobbio. Il primo scriveva nel 1927 che «il liberalismo [...] è nato e intrinsecamente rimane anti-egualitario»⁵; il secondo affermava nel 1975 che «l'egualitarismo [...] è l'essenza della democrazia»⁶: sembrerebbero logiche distinte e distanti⁷, che solo nella concretezza mai lineare della storia hanno trovato modalità inaspettate di integrazione. Ma Bobbio va più in là, criticando Croce sulla base di una ridefinizione sia del concetto di liberalismo che di quello di democrazia: per «liberalismo – egli argomentava nel 1955 – s'intende non solo [...] lo stato fondato sulla tecnica dei limiti del potere statale, ma anche lo stato che ha per ideale il massimo sviluppo dell'individuo come centro autonomo di creazione di valori. Per “democrazia” s'intende non solo lo stato che ha per ideale l'uguaglianza, politica, sociale, economica, ecc., ma anche lo stato fondato sulla tecnica del consenso»⁸.

Si spiega così – ragionerà il filosofo torinese più tardi – che «ideali liberali e metodo democratico si sono venuti gradualmente intrecciandosi in modo tale che, se è vero che i diritti di libertà sono stati fin dall'inizio la condizione necessaria per la retta applicazione del metodo democratico, è altrettanto vero che successivamente lo sviluppo della democrazia è diventato il principale strumento per la difesa dei diritti di libertà»⁹.

2. Eppure, a dispetto della loro maggiore precisione concettuale (o forse proprio per questo), non è alle espressioni «liberaldemocrazia» o «democrazia liberale» o «democrazia costituzionale», che ben fotografano il carattere

⁴ Ne dà ragione V. CRISAFULLI, *Liberalismo e democrazia* (1944), ora in ID., *Politica e costituzione. Scritti militanti*, Milano 2018, p. 81, laddove afferma che i «concetti di liberalismo e democrazia presentano questa paradossale caratteristica: di essere, cioè, logicamente complementari, in quanto il liberalismo postula la democrazia e quasi si può dire la contenga tutta quanta in germe nei suoi principii originari, e ad un tempo storicamente contraddittori, in quanto proprio con l'avvento della democrazia ha inizio quella crisi del liberalismo, che è giunta in questo secolo alle sue ultime conclusioni» (corsivi testuali).

⁵ B. CROCE, *Etica e politica*, Bari 1967, p. 239.

⁶ N. BOBBIO, *L'ideologia del fascismo*, in AA.VV., 1945-1975. *Italia. Fascismo e antifascismo. Resistenza rinnovamento*, Milano 1975, p. 48.

⁷ Sicché a ragione G. MOSCA, *Elementi di scienza politica* (1896), Bari 1953, I, p. 416 ss., poteva autodefinirsi un antidemocratico, ma non un antiliberale.

⁸ N. BOBBIO, *Politica e cultura* (1955), nuova edizione di F. SBARBERI (a cura di), Torino 2005, p. 212-213.

⁹ N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1985, p. 31, che così continua: «Oggi soltanto gli stati delle rivoluzioni liberali e soltanto gli stati democratici proteggono i diritti dell'uomo: tutti gli stati autoritari del mondo sono insieme antiliberali e antidemocratici».

misto del regime cui si riferiscono¹⁰, che è arriso il successo nell'immaginario collettivo, ma a quella – più semplice e più generica, con alle spalle peraltro una tradizione plurimillenaria – di «democrazia». È questa – scriveva Kelsen nel 1920 – «la parola d'ordine che, nei secoli XIX e XX, domina quasi universalmente gli spiriti»¹¹; è il «concetto idolatrico onnicomprensivo [...] sintesi di tutte le cose buone e belle che riguardano la vita dello Stato»¹², tanto che «persino i dittatori paiono credere che un'infarinatura del linguaggio della democrazia rappresenti un ingrediente indispensabile alla loro legittimazione»¹³: conseguenza del fatto che «*Democrazia* è diventata una parola molto simile a quelle di cui si servono le religioni, nel senso che la parola e il suo oggetto sono stati sacralizzati, specularmente demonizzando tutto quello che se ne discosta»¹⁴. Naturalmente, di questa (non sempre innocente, come si è visto) infatuazione democraticistica – ignara dei saggi avvertimenti di José Ortega y Gasset e, perché no, di Q. Tarantino¹⁵ – il costituzionalista non può che sottolineare la mancanza di valore esplicativo, allergica com'è a ogni impegno volto a qualificare un concetto polisemico¹⁶ che, una volta aggettivato (liberale, autoritaria, costituzionale, madisoniana, diretta...), può assumere valenze diversissime che è scorretto confondere¹⁷: è quanto mette in evidenza il politologo inglese G. Perry, scrivendo che «nel XX secolo “democrazia” e “democratico” sono parole che implicano l'approvazione della società o dell'istituzione che descrivono. Ciò necessariamente significa che le parole si sono svalutate in quanto, senza un'ulteriore

¹⁰ Cruciale il seguente passo di G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo* (1925), Roma-Bari 1995, p. 402: nel termine «democrazia liberale» l'aggettivo «liberale» assume un valore qualificante perché «serve ad accentuare quel bisogno di specificazione e di differenzamento che sorge ed agisce in seno all'uniformità mortificante e oppressiva della società democratica».

¹¹ H. Kelsen, *La democrazia*, cit., p. 43.

¹² G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma 2005, p. 15.

¹³ R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma 1990, p. 4.

¹⁴ E. LOMBARDI VALLAURI, *Le parole della laicità. Democrazia*, in *Micromega*, 1 ottobre 2018.

¹⁵ Il pensatore spagnolo scriveva nel 1922, che era «inverosimile che la specie umana fosse arrivata a una cosa così bella, così paradossale, così antinaturale» come la democrazia (citato da R. SIMONE, *Come la democrazia fallisce*, Milano 2015, p. 55; sua la traduzione e i corsivi). Il regista di culto in *Bastardi senza gloria* (2009) mette in bocca a un personaggio la battuta «bisognerà abituarsi all'idea che se una cosa è troppo bella per essere vera molto probabilmente non è vera».

¹⁶ Sulla necessità di «qualificare» la democrazia cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari 2016, p. 3 ss.

¹⁷ Osserva M. ZAMBRANO, *Democrazia e persona. La storia sacrificale* (1958), Milano 2000, p. 157, che parole come democrazia, popolo, individuo, libertà... rischiano di diventare «inservibili dopo l'uso esagerato che di esse si è fatto, oppure perdono credito quando le si impiega per mascherare fini inconfessabili, o ancora restano vacue, vuote o corrotte e senza valore come monete fuori corso».

definizione hanno quasi cessato di servire a distinguere una particolare forma di governo da un'altra¹⁸. È appunto l'«ulteriore definizione»¹⁹ ad apparire scientificamente indispensabile se si vuole dare spessore e concretezza politico-costituzionale al discorso. Per fortuna lo spirito critico di molti tiene vigili le antenne anche di fronte a questa «storia trionfale», osservando che «quanto più “democrazia” ha assunto un significato elogiativo universalmente riconosciuto tanto più ha subito una evaporazione concettuale diventando l'etichetta più indefinita del suo genere»²⁰, perdendo «come ogni parola d'ordine il senso che le sarebbe proprio». Tanto da far scrivere nel 1939 a un grande poeta che quando «un termine ha conseguito una santificazione universale come capita oggi alla democrazia comincio a chiedermi se, volendo significare troppe cose, non significhi più nulla»²¹; e a un illustre politologo-costituzionalista che «*comme aucune formule ne se soucie de servir de repoussoir, il en résulte que le terme de démocratie, gonflé de contenus contradictoires, en est parvenu a ce point qu'il perd toute pertinences*»²²: è un po' il destino, uguale ma in senso inverso, toccato alla parola «fascismo», la quale – scorrettamente²³ – viene utilizzata per indicare tutto ciò che è sgradevole e indesiderabile in campo politico.

È anche vero che esiste l'altra faccia della medaglia: il fatto che la democrazia sia «il concetto *par excellence* soggetto a valutazioni critiche»²⁴, a volte in nome di una radicale confutazione dei suoi presupposti teorici, altre volte in nome di un certo fondamentalismo democratico: i primi sono nemici della democrazia; i secondi, amanti troppo focosi.

Nell'intento di praticare anche in questa sede lo spirito critico, si può cominciare con il distinguere il principio democratico dalla forma di Stato attualmente in stentato vigore nei paesi dell'area euroatlantica e in alcuni

¹⁸ G. PERRY, *Le élites politiche*, Bologna 1972, p. 127.

¹⁹ ... quella che manca, ad esempio, nelle particolarmente assurde osservazioni riportate da R. PANNIKAR, *I fondamenti della democrazia*, Roma 2000, p. 6.

Sulla necessità di aggettivare la democrazia è utile il contributo di D. COLLIER, S. LEVITSKY, *Democrazia con aggettivi. L'innovazione concettuale nella ricerca comparata*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1997, p. 449 ss.

²⁰ G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna 1957, p. 321.

²¹ T.S. ELIOT, citato da G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, cit., p. 12.

²² G. BURDEAU, *Traité de science politique*, V, Paris 1985, p. 512 : e, infatti, L. MORLINO, *Democrazie e democratizzazioni*, Bologna 2003, p. 18, ricorda che «sono state chiamate democrazie sia la Polonia degli anni Cinquanta sia l'Inghilterra dello stesso periodo».

²³ Da ultimo, in questo senso, A. DE BERNARDI, *Fascismo e antifascismo*, Roma 2018.

²⁴ D. COLLIER, S. LEVITSKY, *Democrazia con aggettivi*, cit., p. 452, che si rifanno a un'affermazione del filosofo scozzese W.B. Gallie.

dell'Asia²⁵: quest'ultima è un sistema di complessi e delicati equilibri, un «composto chimico instabile»²⁶, fragile come un vetro di Murano e, secondo parecchi, a rischio spiaggiamento. Può suscitare consenso o biasimo, ma resta assodato che è innanzitutto un assetto di potere o, più sofisticatamente, una «tecnologia del potere»²⁷ che, non diversamente dalle precedenti, ma con una capacità dissimulativa sconosciuta a quelle²⁸, disciplina i rapporti fra governanti e governati, fra élites e coloro che ad esse sono soggetti²⁹: chi ne volesse svelare l'essenza ultima si troverebbe davanti – diciamo con Kelsen – «lo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere», che, è ovvio ricordarlo, dispone di imponenti apparati repressivi, di esercito, prigionieri, servizi segreti, di un'informazione che troppo spesso canta come l'usignolo dell'imperatore; un mix di forza e di persuasione che costituisce, in ultima istanza, la vera «garanzia» su cui poggiano le spaventose disuguaglianze presenti a livello planetario e nell'ambito dei singoli stati. Perché, in definitiva, alla storia della democrazia si addice la stessa cruda analisi che si può leggere in un libro di mezzo secolo fa a proposito della storia dello Stato: essa «non è la storia delle classi cosiddette “subalterne”, bensì la storia delle classi dominanti, delle classi che di volta in volta si sono attestate al potere; è, se si preferisce, la storia della repressione»³⁰.

La potente immagine kelseniana appena evocata è un buon antidoto per diffidare delle definizioni enfatiche ed edificanti elaborate in un passato più o meno lontano: anzi il carattere del tutto disfunzionale a un approccio non edulcorato alla realtà contemporanea sia della definizione derivante dall'etimo greco, sia di quella che si è voluta ricavare dal discorso del 19

²⁵ È questo l'approccio metodologico di L. ELIA, G. BRUSIA, *Stato democratico*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino 1999, p. 56 ss.

²⁶ V. PAZÈ, *In nome del popolo*, Roma-Bari 2011, p. 103.

²⁷ «Spogliata dei suoi paramenti, la democrazia è null'altro che una tecnologia del potere»: A. MASTROPAOLO, *La democrazia è una causa persa?*, Torino 2011, p. 20.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La difficile democrazia*, in *Parolechiave*, 2010, n. 43, p. 141.

²⁹ A. MASTROPAOLO, *La mucca pazza della democrazia*, Torino 2005, p. 170, ne parla come di «una forma più raffinata di dominio»; mentre E. GENTILE, *In democrazia il popolo è sempre soriano. FALSO!*, Roma-Bari 2016, p. 131, la fa ipotizzare (sia pure interrogativamente) niente meno che una «dittatura mascherata»: non sembra comunque contestabile che l'osservazione storico-comparatistica insegna che i sistemi liberaldemocratici, nella loro versione migliore, siano anche «difesa “illuminata” del privilegio», come scrive T. S. DI TELLA, *Società in transizione e prospettive per la democrazia*, in AA.VV., *I limiti della democrazia*, Napoli 1985, p. 135.

³⁰ E. ROTELLI, P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, I, Bologna 1970, p. 10 dell'*Introduzione*.

novembre 1863 di Lincoln a Gettysburg, deve indurre a un illacrimato congedo da ogni «sublimazione poetica»³¹ della democrazia. Se è vero che il sovraccarico ideologico ed emotivo che appesantisce l'etimo greco e il lirismo irrealistico della formula lincolniana hanno funzionato da bacino di approvvigionamento della religione laica che divinizza la sovranità popolare³², è anche vero che a indicarci la buona strada del disincanto non è un De Maistre, ma Rousseau in persona, laddove scrive che «se ci fosse un popolo di dei, si governerebbe democraticamente. Un governo così perfetto non è adatto agli uomini»; e che «nella sua rigorosa accezione non è mai esistita una vera democrazia, né esisterà mai»³³. Per quanto riguarda il significato ricavabile dall'etimo greco («potere del popolo»), ci confermano sulla buona strada anche le osservazioni di quanti avvertono che *kratos* significa «potere violento» e ricordano che «democrazia» è sempre stata considerata dai filosofi greci una forma degenerata di reggimento della cosa pubblica³⁴; che *demos* connotava una parte nettamente minoritaria della popolazione³⁵; che la luminosa civiltà greca era bellicosa e imperialista³⁶ e si alimentò del dolore, del sangue, della distruzione, seminato tutt'intorno e per ogni dove³⁷; che quanto «i filosofi hanno detto su Atene, una città-stato con una popolazione di trentamila persone, tre-quarti delle quali schiavi, non è molto pertinente con l'analisi di una democrazia di 180 milioni di persone»³⁸. Quest'ultima osservazione, riferita agli USA della fine degli anni '50, fa riflettere sul carattere irrimediabilmente *vintage* del pensiero politico greco, elaborato per una società (l'Atene del V secolo, vale a dire dell'età di

³¹ G. SALVEMINI, *Sulla democrazia*, Torino 2007, p. 116, che si riferisce a uno scritto del 1940.

³² V. PARETO, *L'ignoranza e il malgoverno. Lettere a «Liberty»*, Macerata 2018, p. 47, che si riferisce a un testo del primo agosto 1889.

³³ J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), III, 4.

³⁴ L. CANFORA, *Democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari 2004, p. 13 ss. Non è del tutto attendibile affermare che la modernità avrebbe realizzato una «spettacolare inversione del parere prevalente nei secoli precedenti» (G. PARIETTI, *Democrazia deliberativa*, Roma 2013, p. 267), in quanto democrazia ateniese e democrazia moderna hanno in comune solo la parola, che però descrive situazioni incommensurabilmente diverse (V. CURI, *Il farmaco della democrazia*, Milano 2003, p. 19-21).

³⁵ «È questo il segreto della democrazia ateniese»: G. U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 231 e autori *ivi* citati.

³⁶ E. GENTILE, *In democrazia*, cit., p. 141; F. TONELLO, *Democrazie a rischio*, Milano-Torino 2019, p. 3.

³⁷ C. BARBAGALLO, *Il tramonto di una civiltà*, Firenze 1923, I, p. 119.

³⁸ E. E. SCHATTSCHNEIDER, *Il popolo semi-sovrano* (1960), Genova 1998, p. 178 nota 1.

Pericle, circa 495-429 a.C.) molto meno complessa di quella di oggi³⁹, e sul fatto che fino alle rivoluzioni di fine '700 i maggiori pensatori hanno ragionato sul «principio democratico», non sulla «forma di Stato democratico», ancora lontana o lontanissima dal suo ingresso nella storia: posto che vera forma di Stato democratico si ha solo con l'affermazione del suffragio universale, ne consegue che in Paesi come la Francia, l'Italia, la Svizzera, il Portogallo, essa si è realizzata solo nel 1944, nel 1946, nel 1971 e nel 1976, anni in cui il suffragio si è esteso alle donne, ponendo fine all'androcrasia fino ad allora imperante.

Quanto alla definizione che si fa risalire a Lincoln (*«government of the people, by the people, for the people»*), la sua distanza dalla realtà – di allora e di ora – è talmente evidente che non meriterebbe glossa⁴⁰; mentre la sua evanescenza giustifica il commento di chi la ipotizza anche in bocca a Stalin⁴¹: ipotesi non poi così peregrina, se si pensa che una sua scimmiettatura fu pronunciata da Togliatti in un discorso del giugno 1945, per definire la democrazia progressiva teorizzata dal PCI «come governo del popolo, nell'interesse del popolo, sotto il controllo del popolo»⁴². È vero che la formula di Lincoln è diventata diritto positivo sia nella Costituzione della IV Repubblica (come ricordava con empatia Meuccio Ruini nella seduta plenaria della Costituente del 12 marzo 1947), che in quella della V, nella quale all'ultimo comma dell'art. 2 si legge che *«Son [della Repubblica, cioè] principe est: gouvernement du*

³⁹ R. SIMONE, *Come*, cit., p. 26, che richiama il pensiero di Bobbio.

⁴⁰ Eppure merita ricordare che Bobbio, in una lezione del 1976 (ora in N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Torino 1976, p. 71) osservava che il «concetto tradizionale di democrazia viene intorbidato quando si scambia il governo *del* popolo col governo *per* il popolo. Confesso di essere rimasto molto male avendo recentemente letto che questa seconda accezione del termine democrazia è stata usata da Brežnev nel suo rapporto al XXV Congresso del PCUS. Leggo: «Si possono ricordare le parole di Lenin secondo le quali nella nostra società è morale tutto ciò che serve agli interessi dell'edificazione del comunismo. Richiamandosi a ciò possiamo dire che per noi è democratico *tutto ciò che serve agli interessi del popolo* e agli interessi del partito comunista» (corsivo nel testo).

Appartiene purtroppo alla tradizione della commedia dell'arte la frase pronunciata da Giuseppe Conte al penultimo Forum di Davos: per il Presidente del Consiglio in carica, autoproclamatosi «avvocato del popolo», la risposta alla crisi di credibilità delle istituzioni di Bruxelles deve essere una «UE del popolo, fatta dal popolo e per il popolo» (cfr. quotidiani del 24 gennaio 2019).

⁴¹ G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 2007, p. 31.

⁴² P. TOGLIATTI, *Opere*, V, Roma 1984, p. 147 (in corsivo nel testo). Secondo A. DE ANGELIS, *I comunisti e il partito. Dal «partito nuovo» alla svolta dell'89*, Roma 2002, p. 95, si sarebbe voluto da parte del leader comunista, che comunque non cita Lincoln, «stabilire simbolicamente il nesso tra marxismo e tradizione liberale».

peuple, par le peuple et pour le peuple», ma questo non vale a giuridicizzare la sua retorica, come dimostrano gli acidi commenti di alcuni costituzionalisti francesi di fama⁴³.

3. Eppure non è certo frutto di retorica l'affermazione di Bobbio che «la democrazia è sovversiva nel senso più radicale del termine, perché dovunque arriva sovverte la tradizionale concezione [...] secondo cui il potere [...] scende dall'alto al basso»⁴⁴: se – come si vedrà – il principio democratico per passare da astratta speculazione a concreta realtà storica deve incrociare una serie di contaminazioni che nei casi migliori lo civilizzano e lo proteggono, e in quelli peggiori ne depotenziano fin quasi all'irrelevanza le virtualità progressive, rimane che la forza teoretica di questa «rivoluzione copernicana» è tale da determinare nuovi paradigmi di interpretazione filosofica del mondo. È stato Kelsen, in uno scritto del 1929, a tematizzare la questione: contrapponendo una concezione del mondo metafisico-assolutistica, cui si ricollega un'attitudine autocratica, a una concezione critico-relativista cui si ricollega un'attitudine democratica⁴⁵. Ora, se «l'antagonismo tra assolutismo e relativismo filosofico è analogo all'antagonismo tra autocrazia e democrazia che rispettivamente rappresentano l'assolutismo e il relativismo politici»⁴⁶, ne consegue che è il relativismo la concezione presupposta della democrazia⁴⁷ e che dunque la sua causa «risulta disperata se si parte

⁴³ Secondo G. CARCASSONNE, *La constitution*, Paris 2009, p. 49, «la formule a plus de sonorité que de sens, "plus sonat quam valet", disait Sénèque. Ce qui est pompeux, en étant du surcroît inexact, est assez ridicule». Non meno sferzante, anche se riferito formalmente al solo Stato liberale, è il giudizio di P. LAUVAUX, A. DE LIVELEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris 2015, p. 40, secondo i quali «la formule de Lincoln... est à ce moment, et à cet endroit particulièrement, la plus éloignée qui soit de la réalité».

⁴⁴ N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, cit., p. 53. Alquanto riduttiva è la posizione di N. MATTEUCCI, voce *Liberalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Torino 2004, p. 513, secondo il quale «la democrazia ha operato una trasformazione più quantitativa che qualitativa dello Stato liberale».

⁴⁵ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna 1966, p. 108.

⁴⁶ Va osservato che H. Kelsen a p. 197 in nota del libro appena citato polemizza con chi (Sidney Hook) «non considera la relazione tra assolutismo filosofico, essenzialmente connesso alla metafisica "idealistica", e assolutismo politico, e cioè autocrazia, da una parte, e relativismo filosofico, essenzialmente connesso all'empirismo, e democrazia dall'altra».

⁴⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, p. 109, il quale ha cura di precisare che «non esiste un nesso "necessariamente logico" tra democrazia e relativismo empirico, da una parte, e autocrazia e assolutismo metafisico, dall'altra»: la relazione che egli ritiene esistere «tra i due sistemi politici e i due sistemi filosofici corrispondenti, può ben essere definita come di "congenialità"» (p. 197).

dall'idea che sia possibile la conoscenza della verità assoluta, la comprensione di valori assoluti»⁴⁸: affrancandosi dalla «tirannia della verità», come farà subito dopo Gustav Radbruch⁴⁹, Kelsen apre un varco alla simbiosi fra democrazia e laicità (peraltro mai chiamata espressamente in causa⁵⁰), in quanto «fornisce un supporto adeguato alla tesi, essenziale per il pensiero laico, secondo cui nel campo pratico non esistono verità oggettivamente fondabili»⁵¹.

Tornando alla categoria del sovversivismo prima evocata, essa si materializza nel destituire di ogni aura ultraterrena l'ordine politico, nel sottrarre alla soggezione trascendentale il *demos* e i singoli individui che lo compongono, nel laicizzare la fonte ultima del potere, esiliando Dio «nel più alto dei cieli»⁵² e incoronando il popolo al suo posto, Chiesa cattolica contraddicente⁵³: sono queste le mosse che innescano la separazione delle religioni dalla politica e la neutralità dello Stato nei confronti della religione, funzionali entrambe alla logica degli assetti liberali⁵⁴.

Questo è un passaggio epocale anche per chi è conscio che la fonte ultima del potere è storicamente sempre stata insediata in una potente metafora-finzione funzionale alla legittimazione dei diversi assetti di potere. Perché – proprio in base alle riflessioni prima riportate di Kelsen e a quelle,

Sulla stessa linea di pensiero, quale emerge anche dalla nota precedente, si muove Bobbio, il quale, per un verso, sottolinea lo «strettissimo nesso tra mentalità empiristica e concezione democratica della vita sociale» (*Maestri e compagni*, Firenze 1984, p. 43); per un altro, definisce «sorprendenti» le analogie fra la democrazia e la visione empirica del mondo, da un lato, e la dittatura e la visione metafisica, dall'altra (*ivi*, p. 58).

⁴⁸ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 107; a p. 192 Kelsen stringe ancor più il cerchio del ragionamento, domandandosi retoricamente «se si crede all'esistenza dell'assoluto, e di conseguenza nei valori assoluti, nel bene assoluto [...] non è senza senso lasciare che il voto della maggioranza decida ciò che è politicamente bene?».

⁴⁹ Dello studioso tedesco si veda *Le relativisme dans la philosophie de droit*, in *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1934, n. 1-2, p. 105 ss.

⁵⁰ Sulla laicità nel pensiero di Kelsen e sull'atmosfera fortemente antireligiosa che si respira in alcune sue pagine, v. comunque F. Riccobono, *Kelsen e la religione*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, numero speciale su *Diritto e religione*, p. 121 ss.

⁵¹ V. Villa, *Relativismo: un'analisi concettuale*, in *Ragion pratica*, 2007, n. 28, p. 76.

⁵² P. Flores d'Arcais, *Democrazia!*, Torino 2012, p. 12.

⁵³ Nel *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Roma 2005, p. 481, si legge che da «un punto di vista storico il termine “democrazia” si riferisce all'ideologia della sovranità popolare che ripone nel popolo l'origine ultima della sovranità: il magistero ha fatto vedere l'errore di tale ideologia».

⁵⁴ T. Müller, *Il potere del popolo è laico? Un'analisi critica delle religioni e del potere del popolo nella teoria democratica liberale*, in *Riv. pol.*, 2016, n. 4, p. 49.

forse meno note, di Croce⁵⁵ – si può affermare che il fondamento divino del potere si è dimostrato (e si dimostra ancora nelle poche teocrazie ancora esistenti, delle quali fa parte lo Stato della Città del Vaticano) funzionale solo a un suo esercizio in chiave assolutistica, essendo impenetrabile a ogni evoluzione, accomodamento, apertura: non potendo uno Stato al cui vertice si pone un monarca per diritto divino che essere uno Stato assoluto. Laddove il fondamento popolare, innestatosi su un terreno già arato dalla cultura liberale, si è rivelato ospitale verso la contaminazione con filoni di pensiero capaci di emanciparlo dal primitivismo di stampo giacobino-rousseauiano che inevitabilmente sfocia in forme di totalitarismo (come dimostrano le più o meno feroci dittature dell'ultimo secolo, il cui dispotismo è stato esercitato in nome del popolo⁵⁶). Insegnava del resto Bobbio in un vecchio corso del 1946 che «Non è detto [...] che lo Stato democratico sia sempre liberale: esso può essere anche assoluto, dal momento che la liberalità dello Stato consiste solo nel modo di esercitare il potere supremo. Lo Stato veramente liberale è quello in cui l'individuo ha dei diritti inalienabili che gli sono riconosciuti e garantiti dalla costituzione stessa dello Stato [...]». Lo Stato democratico non è l'antitesi dello Stato assoluto. A quest'ultimo si oppone unicamente lo Stato limitato o liberale⁵⁷».

È una conclusione, se si vuole, cui era sostanzialmente giunto anche Carl Schmitt in uno scritto del 1923⁵⁸ nel quale affermava che «il bolscevismo e il fascismo sono certamente antiliberali, come ogni dittatura, ma non necessariamente antidemocratici»⁵⁹.

⁵⁵ In un breve scritto del 1927 (*La concezione liberale come concezione della vita*, ora in *Etica e politica*, cit., p. 236-237) il laicismo liberale del filosofo abruzzese contrapponeva la concezione immanentistica, propria della concezione liberale, a quella trascendente e autoritaria, che trova il suo fondamento nella concezione religiosa.

⁵⁶ È plausibile dunque asserire che «il fatto che uno Stato sia munito di legittimazione democratica non è di per sé ragione sufficiente per escludere che possa esercitare un potere assoluto. Anzi è corretto sostenere che proprio la legittimazione democratica attribuisce al potere una sanzione assoluta. *Quod populo placuit legis habet vigorem*» (G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, cit., p. 122).

⁵⁷ N. BOBBIO, *Le origini del giusnaturalismo moderno e il suo sviluppo nel secolo XVII* (lezioni raccolte e stampate a cura degli studenti G. MILNER, R. TOSO, Padova 1946, p. 145-146).

⁵⁸ Ora ristampato in C. SCHMITT, *Parlamentarismo e democrazia*, Cosenza 1999, p. 102.

⁵⁹ La stessa solfa, aggiungendo un di più di politicizzazione, veniva ripetuta da B. MUSOLINI, *La dottrina del fascismo*, Roma 1936, p. 18, che definiva il fascismo, pur lontano dalla democrazia liberale, come «da forma più schietta di democrazia», nella quale «il popolo è concepito, come dev'essere, qualitativamente e non quantitativamente, come l'idea più potente perché più morale, più coerente, più vera, che nel popolo si attua una coscienza e una volontà di tutti».

4. Se dunque le conseguenze operative del fondamento ultimo del potere – per quanto ideologico possa essere – sono a rime obbligate laddove lo si identifica con l'assoluto, esse diventano a virtualità multiple quando il processo di laicizzazione lo colloca nel *demos*, a seconda che la sua potenzialità totalitaria sia lasciata dispiegarsi senza freni, o se venga beneficamente contaminata e limitata da culture diverse, di stampo oligarchico-liberale inizialmente, e democratico-costituzionale in un secondo momento.

Quanto alla prima, sono ben note le angustie ideologiche a tutela dei privilegi borghesi di carattere economico e politico, fra loro strettamente connessi. I pensatori liberali sapevano essere spietati e ottusi nella difesa dei privilegi politici connessi alla proprietà. In una sommaria antologia, va idealmente messo in testa uno dei coautori di *Il federalista* – John Jay – il quale poteva affermare che «chi possiede il paese ha diritto di governarlo»⁶⁰. Ma anche James Madison non ricorreva a giri di parole quando affermava che «se le elezioni fossero aperte a tutte le classi del popolo la proprietà terriera non sarebbe più sicura»⁶¹, e tanto meno quando sosteneva che se «si tenessero oggi in Inghilterra elezioni a suffragio universale, la proprietà della terra sarebbe in pericolo, perché si farebbe presto una riforma agraria. E poiché il governo deve assicurare gli interessi permanenti del paese contro le innovazioni, bisogna dare ai proprietari terrieri qualche tipo di rappresentanza nel governo, affinché possano difendere i propri interessi, e controllare e bilanciare quelli degli altri. Essi dovrebbero costituirsi per proteggere la minoranza dei ricchi contro la maggioranza della popolazione: il Senato dovrebbe essere il loro organo, e per raggiungere questi obiettivi i senatori dovrebbero essere permanenti e stabili»⁶². E ancora: John Stuart Mill teorizzava, oltre l'esclusione dal voto per chi non pagava le tasse⁶³, che «le persone la cui opinione merita maggiore attenzione devono disporre di un voto

⁶⁰ Citato da N. CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, Milano 1998, p. 46.

⁶¹ Citato da E. GENTILE, *In democrazia*, cit., p. 66.

⁶² Citato da P. ODIFREDDI, *La democrazia non esiste*, Milano 2018, p. 167.

Non furono meno esplicite le parole di F. A. Boissy d'Anglas durante la Convenzione – di cui era presidente – incaricata di preparare la Costituzione francese del 1795: «Dobbiamo essere governati dai migliori: ora, i migliori sono i più istruiti e i più interessati al mantenimento delle leggi; salvo alcune eccezioni, non troverete uomini simili che tra quelli che, possedendo una proprietà, sono legati al paese in cui essa si trova, alle leggi che la proteggono, e alla pace che la conserva. [...] Un paese governato da proprietari vive nell'ordine sociale, quello in cui i non-proprietari governano, vive nello stato di natura» (citato da D. VAN REYBROUK, *Contro le elezioni*, Milano 2015, p. 77).

⁶³ J. S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), Roma 1997, p. 132.

più pesante»⁶⁴; mentre Benjamin Constant sosteneva che sia gli elettori, sia gli eletti dovessero essere proprietari⁶⁵.

Tanto premesso, bisogna riconoscere che fu proprio il pensiero liberale a fare da apripista a quello che diventerà lo Stato costituzionale, tematizzando esplicitamente il problema del «*degré de force*», indipendentemente da chi lo gestisce, che va accordato al potere politico.

Esemplare in questo senso, proprio un passo dell'ultimo degli autori citati: «*Lorsqu'on établit que la souveraineté du peuple est illimitée, on crée et l'on jette au hasard dans la société humaine, un degré de pouvoir trop grand par lui-même, et qui est un mal, en quelques mains qu'on le place. Confiez-le à un seul, à plusieurs, à tous, vous le trouverez également un mal. Vous vous en prenez aux dépositaires de ce pouvoir, et, suivant les circonstances, vous accuserez tour à tour la monarchie, l'aristocratie, la démocratie, les gouvernements mixtes, le système représentatif. Vous aurez tort; c'est le degré de force, et non les dépositaires de cette force qu'il faut accuser. C'est contre l'arme et non contre le bras qu'il faut sévir. Il y a des masses trop pesantes pour le main des hommes*»⁶⁶.

E va ricordato anche Alexander Hamilton che, con sintesi fulminante, sentenziava: «date tutto il potere a molti, essi opprimeranno i pochi, date tutto il potere ai pochi, essi opprimeranno i molti»⁶⁷.

Una volta acquisito che l'unico potere legittimo è quello limitato, nella prima fase dello Stato liberale tale principio viene reso operativo in primo luogo nei confronti del temuto *règne de la canaille*, al fine di anestetizzarne la carica eversiva: in questa chiave vanno letti sia una misura, in seguito superata, come il carattere fortemente censitario del suffragio; sia la concettualizzazione, che si dimostrerà irreversibile, del meccanismo della rappresentanza senza vincolo di mandato (solo in seguito affiancato da istituti di cosiddetta democrazia diretta), per accordare in qualche modo la politica dei governanti alle preferenze dei governati, senza privare i primi di un ampio margine di apprezzamento, per usare la formula pilatesca della Corte di Strasburgo. Ma proprio le citazioni appena proposte di Constant e di Hamilton dissuadono dall'avanzare una valutazione aprioristicamente unilaterale del liberalismo: certo, esso mirava a concentrare il potere nelle mani (quanto

⁶⁴ *Ibidem*, 135 (cd. voto plurimo o ponderato). Eppure nella storia inglese, già più di due secoli prima, durante i dibattiti di Putney, c'era stato chi (il colonnello Rainsborough, nella seduta del 29 novembre 1647) aveva affermato: «Non trovo alcun passo nella legge di Dio che affermi che un Lord debba scegliere venti deputati, e un gentiluomo soltanto due, e un povero nessuno: non trovo nulla di simile nella Legge di Natura né nella Legge delle Nazioni» (cfr. M. REVELLI (a cura di), *Putney. Alle radici della democrazia moderna*, Milano 1997, p. 75).

⁶⁵ B. CONSTANT, *Principi di politica* (1815), Roma 1970, p. 101.

⁶⁶ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, I, Bruxelles 1851, p. 179.

⁶⁷ Intervento del 18 giugno alla Convenzione di Filadelfia in *Madison's Records* (1840), Roma, 1991, p. 80.

più possibile libere) di un'aristocrazia elettiva di «pochi e ben nati», ma, come avvertiva Bobbio nel 1955 in polemica con Palmiro Togliatti, è «molto facile sbarazzarsi del liberalismo se lo si identifica con una teoria e una pratica della libertà come potere (in particolare del potere della borghesia), ma è assai più difficile sbarazzarsene quando lo si consideri la teoria e la pratica dei limiti del potere statale»⁶⁸.

5. Si è delineata finora una situazione in cui, essendosi il liberalismo mostrato ospitale (sia pure nei limiti di un inizialmente avarissima concessione del diritto elettorale attivo e passivo) verso la nascente democrazia, appare pacifico, per un verso, che «*la démocratie repose essentiellement sur l'héritage du libéralisme classique*»⁶⁹; per un altro, che «il concetto moderno di democrazia, prevalente nella civiltà occidentale non è certo del tutto identico a quello originale dell'antichità, essendo stato modificato dal liberalismo politico, la cui tendenza è di ridurre il potere del governo nell'interesse della libertà dell'individuo»⁷⁰, ma anche – occorre aggiungere – di far prevalere le ragioni della libertà su quelle dell'uguaglianza. Questo è, peraltro, solo il punto di partenza di una nuova storia che prende corpo nel '900 e si sviluppa su due piani: quello della valorizzazione del principio democratico grazie alla conquista del suffragio universale e alla prefigurazione dei diritti sociali come consequenziali allo *status* di cittadino, e quello del rafforzamento delle garanzie dei diritti di libertà, non più lasciate alla discrezionalità di un legislatore «onnipotente», ma sottratti alla disponibilità parlamentare da costituzioni rigide e giurisdizionalmente garantite, le quali trasformano in diritto positivo il filone di pensiero che va sotto il nome di «costituzionalismo»: la tecnica giuridica della libertà – è stato definito – «attraverso la quale ai cittadini viene assicurato l'esercizio dei loro diritti individuali e, nel contempo, lo Stato è posto nella condizione di non poterli violare»⁷¹. In tale accezione esso è stato in grado di imprimere alla storia costituzionale una svolta epocale, promuovendo il passaggio «dallo stato di diritto fondato sul primato

⁶⁸ N. BOBBIO, *Politica*, cit., p. 237.

⁶⁹ P. LAUVAUX, A. LE DIVELLAC, *Les grandes*, cit., p. 23.

⁷⁰ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 119, che si riferisce a uno scritto del 1955.

⁷¹ N. MATTEUCCI, voce *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario*, cit., 2004, p. 202. Si può ricordare che definiva «*technique de la liberté*» l'intero diritto costituzionale B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1935, p. 235.

della legge allo Stato costituzionale fondato sulla primazia della costituzione»⁷². Non senza però sollevare problemi teorici ad alto potenziale divisivo, posti in luce da quanti considerano la garanzia giurisdizionale attraverso cui si fa valere il primato della Costituzione come un'inammissibile lesione del principio democratico da parte di organi privi di legittimazione democratica⁷³.

Si può muovere, per affrontarli, dalla valorizzazione di una norma come il secondo comma dell'art. 20 della Costituzione tedesca, che, senza forzature, può essere ipostatizzata come espressione a valenza generale del costituzionalismo demoliberale. Ricordato che, come l'intero articolo, è sottratto alla revisione costituzionale in forza dell'art. 79, III co. della Costituzione, esso prescrive che «Ogni potere dello Stato promana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo mediante elezioni e votazioni e tramite specifici organi del potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale»: arrivando così ad equiparare, anche sotto il profilo della legittimazione democratica, organi di indirizzo politico e organi giurisdizionali⁷⁴.

Si può poi mettere in campo la constatazione secondo cui se si assume che i due poli intorno ai quali si dispone la dialettica di una società politicamente organizzata sono quelli del potere e della libertà, la vocazione del costituzionalismo (che ha nel liberalismo la sua matrice storica) è quella di costruire limiti e garanzie da opporre al potere in difesa delle sfere di autonomia e dei diritti dell'individuo⁷⁵. Questo esito si raggiunge attraverso un'evoluzione culturale che coinvolge il principio fondante su cui poggiava l'onnipotenza dello Stato – quello della sovranità – esempio paradigmatico di secolarizzazione di un concetto teologico portato all'acme dal pensiero di Rousseau: «è essenziale al potere sovrano di non soffrire limitazioni: o può tutto o non può nulla»⁷⁶.

⁷² M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari 2009, p. 68; corsivo testuale.

⁷³ Si veda in proposito L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, I, Roma-Bari 2006, p. 200 ss., in polemica con le opinioni di Waldron, Pintore, Barbera, Fusaro.

⁷⁴ Più ampie riflessioni sul comma citato possono leggersi in A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli 2010, p. 43-44. Sulla equi-ordinazione, considerata il carattere più rilevante dello Stato costituzionale, di legislazione e giurisdizione di fronte alla Costituzione, fondamentale il contributo di M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, Milano 2018, p. 397.

⁷⁵ M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, cit., p. 150.

⁷⁶ J. J. ROUSSEAU, *Lettere dalla montagna* (1764), in ID., *Scritti politici*, Torino 1970, p. 999-1000. La sintesi impareggiabile di Rousseau è ovviamente debitrice dell'elaborazione concettuale di Hobbes: è al filosofo inglese – come ha scritto G. FERRARA, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Valori e principi*, cit., p. 253 – che si deve la «formulazione più matura del concetto

A fronte di una corrente di pensiero convinta che rinunciare alla categoria scientifica della sovranità «equivale a rinunciare al diritto costituzionale come scienza dello Stato»⁷⁷, o che la «scienza costituzionale non possa sbarazzarsi tanto facilmente della nozione di sovranità», richiamata com'è in ben tre articoli – 1, 7, 11 – della nostra Costituzione⁷⁸ o, infine, che la «democrazia non implica la fine della sovranità, della soggettività politica collettiva»⁷⁹, ci sono anche buone ragioni, che proverò a esporre sinteticamente, per prendere le distanze dai concetti di sovranità e di sovranità popolare.

Muovendo dal concetto di sovranità assoluta prima richiamata, si può cominciare col dire che fronteggiarla e depotenziarla, fin quasi all'annichilimento, è stato l'obiettivo del costituzionalismo, la cui storia si identifica con quella della contestazione della sovranità⁸⁰: sovranità e costituzionalismo – è stato scritto⁸¹ – «sono sempre stati intesi come termini antitetici», in quanto nello Stato costituzionale «non può esistere alcun potere sovrano, perché soltanto dove non si dà sovrano vi può essere garanzia giuridica della libertà, vale a dire libertà come conseguenza dei diritti dell'uomo e non semplicemente come corollario dell'idea di tolleranza»⁸².

Nello Stato costituzionale, insomma, si realizza la rimozione della sovranità teorizzata da Kelsen⁸³ – a ragione definito «esecutore testamentario» di questa categoria che pur ha avuto un ruolo centrale nella scienza giuridica⁸⁴–

di sovranità, quella più densa di verità, più significativa di un problema storico, posto tragicamente e risolto a costo immane e perenne. Fu, cioè, quella che in termini univoci identificò, senza esitazioni e mediazioni, senza scarti, la sovranità nell'assolutezza del potere di un solo uomo su di un numero indefinito di altri».

⁷⁷ A. MORRONE, *Sovranità*, in *Annuario AIC 2016*, Napoli 2017, p. 14, il quale ribadisce le sue posizioni nel commento all'art. 1 in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La costituzione italiana*, Bologna 2018, p. 13.

⁷⁸ O. CHESSA, *Sovranità. Temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancora attuale*, in *Annuario AIC 2016*, cit., p. 225-227.

⁷⁹ G. GALLI, *Sovranità*, Bologna 2019, p. 70.

⁸⁰ V. ONIDA, *Conclusioni*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova 2004, p. 257.

⁸¹ N. MATTEUCCI, voce *Sovranità*, in *Il Dizionario di politica*, cit., p. 915.

⁸² Così, riassumendo l'impostazione kelseniana, P. PORTINARO, *Breviario di politica*, Brescia 2009, p. 91-92.

⁸³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto* (1920), Milano 1969, p. 469.

⁸⁴ A. CARRINO, *Introduzione a H. KELSEN, Dio e Stato*, Napoli 1998, p. 39. G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, p. 291 nota 30, parla di «rarefazione» teorica della sovranità nel pensiero di Kelsen, l'unica entità che negli ordinamenti democratici potrebbe definirsi sovrana per lui essendo «da costituzione e l'ordinamento giuridico, cioè un'entità astratta» (*ivi*, p. 265).

la cui imputazione viene traslata dal soggetto sovrano all'ordinamento giuridico⁸⁵; si ha «il dissolversi della sovranità come categoria fondante della costituzione»⁸⁶, finendo per coincidere simbolicamente con la supremazia normativa di un testo costituzionale⁸⁷. La sovranità, cioè, si oggettiva nella Costituzione e nei suoi valori, viene, per così dire, desoggettivata⁸⁸ o meglio soggettivata di volta in volta nei vari organi⁸⁹, nessuno dei quali la incarna pienamente⁹⁰: lo Stato costituzionale sarebbe «un ordinamento a sovranità indecisa», nel quale «non c'è più un soggetto che impersona il principio di sovranità»⁹¹. In definitiva: nello Stato costituzionale non esiste *un* potere sovrano, neppure inteso come «potere prevalente»⁹², neanche il popolo potendosi ritenere tale⁹³, ma solo poteri sovrani fra loro in equilibrio⁹⁴.

⁸⁵ A. MORRONE, *Sovranità*, cit., p. 81 e p. 87.

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, p. 355.

⁸⁷ Così, con riferimento agli Stati Uniti, ma plausibilmente generalizzabile, D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano 2002, p. 30.

⁸⁸ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino 2005, p. 88 ss. Questo tipo di impostazione è criticata da A. MORRONE, *Sovranità*, cit., p. 113-114, attribuendo peraltro un peso che non merita alla retorica populista della formula lincolniana ripresa alla Costituente da Ruini.

⁸⁹ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, cit., p. 88 ss.

⁹⁰ Secondo uno dei cardini del costituzionalismo originato nel Nord America e poi recepito in Europa (ribadito da S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna 2003, p. 200) «nessuna istituzione statale dispone di una totale sovranità»: su questa linea di pensiero si attesta E. CHELLI, *Lo Stato costituzionale*, Napoli 2006, 23; anche per P. P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna 2007, p. 199, nello Stato costituzionale non vi è alcun organo detentore concreto della sovranità. In questo senso si muove anche la sentenza 106 del 2002 della Consulta, là dove afferma che l'art. 1 della Costituzione «nello stabilire con formulazione netta e definita che la sovranità appartiene al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esclusivamente».

⁹¹ M. FIORAVANTI, *La costituzione*, cit., p. 270-271 (corsivo testuale).

⁹² A. SPADARO, nel contributo pubblicato in *Annuario AIC 2016*, p. 671, sostiene che «ogni regime liberaldemocratico [...] non può fondarsi su un *unico* centro d'imputazione delle decisioni pubbliche, che monisticamente monopolizzi il potere, su un *sovrano* insomma, anche inteso come semplice «potere prevalente»» (corsivi nel testo).

⁹³ Osserva G. SILVESTRI, *Popolo, populismo, sovranità*, in AA. VV., *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, 1994, che «se confrontiamo l'estensione e i limiti del potere del popolo in tutti i casi in cui la Costituzione italiana lo chiama esplicitamente in causa, ci accorgiamo che la sua posizione, nella concretezza dei rapporti istituzionali, non è soverchiante rispetto a quella del Parlamento, del Governo, del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale». Analogo è il pensiero di G. U. RESCIGNO, voce *Sovranità* in *Treccani on line*, secondo il quale «a tutto ammettere il popolo esercita qualcuno dei poteri sovrani, ma in generale non è neppure il maggiore dei poteri sovrani».

⁹⁴ Così, con esplicito riferimento al sistema nordamericano, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino 1995, p. 94: paradigmatica l'affermazione di Madison in

Se è vero che questa conclusione – icasticamente sintetizzata da Kelsen quando scrive che «la dottrina della sovranità popolare [...] è una maschera totemistica»⁹⁵ – è stata capitalizzata dal pensiero meno benevolo nei confronti della carica valoriale sottesa all'«idolo» della sovranità popolare⁹⁶, è anche vero che essa ha trovato risonanza pure in diversi orientamenti culturali, in Europa come negli Stati Uniti. Nella cultura politologica americana merita in particolare di essere ricordato Robert Dahl, a giudizio del quale: «*Instead of a single center of sovereign power there must be multiple centers of power, none of which is or can be wholly sovereign. Although the only legitimate sovereign is the people, in the perspective of American pluralism even the people ought never to be an absolute sovereign [...] The theory and practice of American pluralism tend to assume, [...] that the existence of multiple centers of power, none of which is wholly sovereign, will help [...] to tame power, to secure the consent of all, and to settle conflicts peacefully*»⁹⁷.

In Europa, sulla stessa lunghezza d'onda, si colloca, *mutatis mutandis*, chi sostiene che «se c'è un sovrano assoluto, sia pure il popolo, non c'è Costituzione»⁹⁸; chi accomuna in un rifiuto generale (indipendentemente cioè dal fatto che la sovranità venga attribuita al principe o al popolo) quella che viene definita «metafora antropomorfa di stampo assolutistico»⁹⁹, o

una lettera del 1788 a Jefferson, nella quale il futuro quarto presidente degli USA scriveva che «dovunque risiede in un governo il potere sovrano esiste il potere dell'oppressione» (cfr. C. A. BEARD, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America* (1913), Milano 1959, p. 272).

⁹⁵ H. KELSEN, *I fondamenti*, cit., p. 94. Commenta finemente la posizione kelseniana G. GALLI, *Sovranità*, cit., p. 102-103.

⁹⁶ Si pensi, ad esempio, a V. PARETO, *L'ignoranza*, cit., p. 47, il quale polemizza con quanti «hanno creato per il proprio uso un dio che chiamano “sovranità popolare”»; ma anche a L. Einaudi, il quale, nella seduta della seconda commissione della Commissione dei 75 del 27 settembre 1946, annoverava la sovranità popolare fra «quei concetti che si chiamano “miti”, essendo “un principio di fede”, le cui verità “non si impongono nella mente, ma solo al cuore e all'immaginazione”». Più recentemente, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2005, p. 7, si domandava, sia pure riferendosi ai testi di fine '700, «Qual è il vero volto del popolo sovrano sbandierato e millantato nella carte rivoluzionarie?».

⁹⁷ R. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States*, Chicago 1967, p. 24. Una traduzione italiana si trova in N. BOBBIO, voce *Pluralismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Le ideologie e il potere in crisi*, Torino 2004, p. 703-704: «Invece di un singolo centro di potere sovrano, ci debbono essere molti centri, nessuno dei quali sia o possa essere interamente sovrano. Per quanto nella prospettiva del pluralismo americano il solo sovrano legittimo sia il popolo, anche il popolo non deve essere mai un sovrano assoluto [...] La teoria e la pratica del pluralismo americano tendono ad affermare che l'esistenza di una molteplicità di centri di potere, nessuno dei quali è interamente sovrano, aiuterà a domare il potere, ad assicurare il consenso di tutti, e a risolvere pacificamente i conflitti».

⁹⁸ V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna 2007, p. 21.

⁹⁹ L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., 1997, p. 8 e p. 37 ss.

«vecchio arnese» dello *jus publicum europaeum* o «concetto obsoleto»¹⁰⁰; chi parla di «posto vuoto della sovranità», non a disposizione neppure del popolo¹⁰¹; chi, infine, sottolinea che nell'art. 1, secondo comma, volendo evitare una concezione giacobina¹⁰², è previsto il principio e la sua limitazione¹⁰³, e dunque, in definitiva, la subordinazione della sovranità alla Costituzione¹⁰⁴.

Non si può peraltro non tenere conto che questa dottrina, ormai prevalente¹⁰⁵, sulla base della considerazione di ordine generale secondo cui «la sovranità perde gran parte del suo significato al di fuori del contesto della monarchia assoluta»¹⁰⁶, sicché venuta a mancare la sovranità regale, «anche il concetto della sovranità popolare potrebbe essere tranquillamente abbandonato»¹⁰⁷, si pone in frontale contrapposizione con i molti testi internazionali (si pensi all'art. 21, terzo comma, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948) e delle costituzioni vigenti nei quali il popolo viene indicato come titolare della sovranità: in questa sede riveste particolare importanza la Costituzione italiana che, all'art. 1, secondo comma, dispone che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». A fil di logica dovrebbe apparire alquanto paradossale che una costituzione figlia del costituzionalismo occidentale apra la sua narrazione con un riferimento alla sovranità, con il nemico storico cioè del costituzionalismo: molto plausibilmente è stato scritto che «al di là delle concrete disposizioni esistenti nei singoli ordinamenti positivi (v., per es., l'art. 1 Cost. it.), esiste una sorta di incompatibilità intrinseca fra i termini

¹⁰⁰ A. SPADARO, Contributo in *Annuario AIC 2016*, cit., p. 668 e p. 672.

¹⁰¹ P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, Torino 2015, p. 136; v. anche la postfazione di R. GENOVESE, in particolare p. 300-301.

¹⁰² A. SOMMA, *Sovranismi*, Roma 2018, p. 58.

¹⁰³ Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo*, Bologna 2019, p. 75, che ricorre al motto *in cauda venenum* per commentare il «che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione»: il «venenum» va identificato nel fatto che – per dirla con E. CHELI, *Lo Stato*, cit., p. 16 e p. 31 – «la sovranità popolare è una sovranità costituita e non costituente».

¹⁰⁴ G. SOBRINO, *Sovranità popolare, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. cost.*, 2018, n. 1, p. 144.

¹⁰⁵ In senso contrario, oltre agli studiosi citati *retro* alle note 77, 78, 79, si veda anche T. E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997, p. 110, il quale propone il classico rapporto fra democrazia e sovranità popolare.

¹⁰⁶ Così J. SKHLAR, citata da C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Torino 2016, p. 153.

¹⁰⁷ N. BOBBIO, *Teoria generale della politica* (a cura di M. Bovero), Torino 1999, p. 331. Sibillina (ma forse si riferisce a un testo di Giorgio Gaber) e sferzante la posizione di M.S. Giannini, il quale, in un'intervista rilasciata a C. Pinelli, pubblicata in *Mondoperaio* 1986, n. 6, p. 161, afferma che «il "popolo sovrano" è finito nelle canzonette».

(nonché – ed è quel che più conta – fra i concetti) di *sovranità* e di *Costituzione*¹⁰⁸. C'è però da aggiungere che nel «costituzionalismo lirico»¹⁰⁹, al quale appartiene il comma citato, il rigore storico e giuridico fa spesso posto alla sonorità ideologica ed emotiva della «poesia» costituzionale, il che dovrebbe rendere il costituzionalista piuttosto diffidente nei confronti degli *incipit* dei testi costituzionali¹¹⁰ e, a maggior ragione, degli eventuali preamboli¹¹¹, e guardingo nella loro interpretazione. È ormai dottrina consolidata¹¹² che nel diritto di origine legislativa (cd. formante legale) alle regole operazionali, che dettano la disciplina di una certa materia, si affiancano, soprattutto nelle leggi più ieratiche (quali sono le costituzioni) proposizioni a carattere declamatorio¹¹³ dalle quali possono scaturire «modelli mentitorii». In questa prospettiva non sembra da accogliere l'affermazione secondo cui «l'art. 1 è la carta d'identità del nostro paese»¹¹⁴; esso è piuttosto assimilabile al discorso della montagna, a un testo cioè del quale in duemila anni non è stato attuato neppure uno iota¹¹⁵ (come ben sanno gli abitanti di Beverly Hills e quelli del Bhutan), a differenza della profezia più realistica presente nei vangeli: «i poveri saranno sempre con voi».

Benché la Corte costituzionale non abbia per nulla preso sottogamba il secondo comma dell'art. 1, anzi ha annoverato la sovranità popolare fra «i

¹⁰⁸ A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milano 1994, p. 86 (corsivi dell'autore).

¹⁰⁹ Se ne parla in un mio scritto in corso di pubblicazione.

¹¹⁰ Basti ricordare l'art. 1 dello Statuto albertino, che è stato in buona parte svuotato dalla prassi e dalla dottrina della sua potenzialmente micidiale carica confessionista: si legga in proposito il classico studio di A. C. JEMOLO, *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto* (1913), ora ripubblicato in *Lo Stato*, 2018, n. 1, p. 232 ss. Qualche cenno anche in A. DI GIOVINE, *Stato liberale, Stato democratico e principio di laicità*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2019, numero speciale, p. 215 ss.

¹¹¹ Su questi ultimi v. la monografia di F. LONGO, *I preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino 2018.

¹¹² Cfr., per tutti, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992, p. 59-63.

¹¹³ Un esempio di tali proposizioni è, secondo R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 62, proprio l'art. 1, secondo comma, della nostra Costituzione. L'espressione «modelli mentitorii» è a p. 60.

¹¹⁴ N. URBINATI, *Art. 1*, Roma 2017, p. 1.

¹¹⁵ Un cattolico inquieto come S. QUINZIO, *La sconfitta di Dio*, Milano 1992, parla di «tragico procrastinarsi dei tempi della salvezza» (p. 29); afferma che «le promesse non sono state mantenute, che i miti non hanno mai posseduto la terra [...] che Dio non ha reso ai suoi fedeli "pronta giustizia"» (p. 37); prende atto di un «immane insostenibile ritardo» (38); che «dopo duemila anni i morti non sono resuscitati» (p. 62); pone domande traumatizzanti anche per il non credente: «se Dio sarà sconfitto? Se Dio non salverà mai più? Se i morti non resusciteranno mai più? Se le ingiustizie e le sofferenze continueranno per sempre?».

principi supremi dell'ordinamento costituzionale»¹¹⁶, si è affermata una corrente di pensiero che ha proceduto a un'opera di suo radicale svuotamento (una sorta di *interpretatio abrogans*, peraltro non da tutti condivisa¹¹⁷ del tipo di quella subita – come si è visto *retro* in nota 110 – dall'art. 1 dello Statuto albertino¹¹⁸): se è vero – si è sostenuto – che le costituzioni continuano a parlare di sovranità popolare, ciò va inteso come «semplice omaggio verbale al carattere democratico-rappresentativo degli odierni ordinamenti»¹¹⁹, sottolineandone il carattere tralatizio¹²⁰; il fatto del resto che la sovranità debba esercitarsi «nelle forme e nei limiti della Costituzione», sta a significare che neppure il popolo è sovrano nell'antico senso di «*superiorem non recognens*» o di «*legibus solutus*»¹²¹. Ci si troverebbe dunque davanti al classico caso in cui

¹¹⁶ Sentenza 18 del 1982. Importante anche – oltre alla sentenza *retro* cit. in nota 90 – la sentenza 365 del 2005, nella quale la Consulta ha affermato la natura «polisemantica» del termine «sovranità».

¹¹⁷ Un pacato dissenso esprime G. L. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, Bari 1997, p. 99. A giudizio di questo studioso «un qualche significato va attribuito anche alla frase: la sovranità appartiene al popolo. La distinzione giuridicamente sottesa, quella tra titolarità ed esercizio, consente di non sottovalutare il fatto che la titolarità non deriva al popolo dalla Costituzione, che al contrario ne limita l'esercizio in modo costitutivo: ma evidentemente dichiara e riconosce, non costituisce, nel popolo la sovranità. Si può dire che l'Assemblea costituente abbia indirizzato ai posteri il monito di non *abrogare* la sovranità, di non porre sovranità popolare e costituzioni in reciproca *contraddizione*, di proteggere la sovranità popolare dagli attacchi dei poteri costituiti, e infine dalle interpretazioni del diritto interamente immemori dell'originario radicamento del diritto stesso nella volontà popolare. Del resto, la Costituzione italiana, proprio parlando di sovranità *popolare*, più che fare un "omaggio", perseguiva un concreto intento, quello di spostare verso il popolo l'asse della sovranità, sottraendolo alla dottrina dello Stato, elitario e autocratico, ereditata dal secolo precedente e dalla giuspubblicistica tedesca; faceva un bel salto di qualità proprio rispetto all'idea dello Stato-soggetto, dello Stato-persona, all'idea della sovranità *dello Stato*, che ancora dominava la dogmatica giuridica» (corsivi dell'autore). Le ultime righe si ispirano alla tesi che attribuisce un significato polemico al secondo comma dell'art. 1, nel senso di voler significare che la sovranità non appartiene allo Stato.

¹¹⁸ L'equivalenza fra le due situazioni è sottolineata in uno scritto radicalmente e motivatamente critico nei confronti del concetto di sovranità popolare: cfr. G. GEMMA, *Sovranità popolare: un mito pericoloso*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino 2010, p. 1589.

Sembra invece ispirarsi a una sorta di *revendicatio sovranitatis* l'articolo di G. PRETEROSSO, *Partitismo costituzionale e Stato-nazione per la sinistra*, in *il manifesto*, 20 settembre 2018.

¹¹⁹ L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., p. 34. Una versione *light* del suo pensiero è esposta in *Parolechiave*, 2010, n. 43, p. 31-32.

¹²⁰ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 155.

¹²¹ L. FERRAJOLI, scritti citati nella nota n. 119. Nella dottrina italiana, l'archetipo di questa posizione si trova – com'è noto – nel pensiero di C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, p. 11, secondo il quale «la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, e fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori della Costituzione e del diritto non c'è

il legislatore-costituente *plus dixit quam voluit*: il che è avvalorato dalle considerazioni di chi ritiene il secondo comma dell'art. 1 un «puro espediente», in quanto «le costituzioni pluraliste rifuggono strutturalmente da una [...] decisione sulla spettanza della sovranità»¹²²; è una «formula vuota», in quanto lascia «che sia la legge ordinaria – attraverso la definizione giuridica delle condizioni di acquisto e possesso della cittadinanza – » a precisare l'estensione di una categoria straordinariamente evocativa come quella del popolo sovrano¹²³.

Categoria nei confronti della quale appare più che giustificata una risoluta presa di distanza, in quanto portatrice di istanze populistiche¹²⁴ e, per dirla à la Bobbio, organiciste. Secondo il maestro torinese «tutto il corso storico del pensiero politico è dominato da una contrapposizione – una vera e propria “grande dicotomia” – tra teorie organiche (olistiche) e individualistiche (atomistiche)»¹²⁵, sicché «non sarà mai detto abbastanza contro ogni tentazione organicistica ricorrente (non estranea al pensiero politico di sinistra) che la dottrina democratica riposa su una concezione individualistica della società». Ne consegue che «via via che la democrazia si è andata sviluppando la parola “popolo” è diventata sempre più vuota e retorica, *anche se la nostra costituzione, anch'essa, enuncia il principio che “la sovranità appartiene al popolo”*»¹²⁶. Ma – sosteneva Bobbio in uno scritto precedente¹²⁷ – nel dettato costituzionale la «parola “popolo” suona un po' antiquata, in quanto risente di una concezione organica della società oggi battuta in breccia dalla prevalente concezione individualista», sicché «sarebbe più corretto parlare,

la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza». Anche Mortati, del resto, dà un'interpretazione piuttosto sobria della proclamazione dell'art. 1, intendendola come «solo dichiarativa del diritto del popolo di condizionare con la sua volontà, quando sia dichiarata nelle forme stabilite, l'attività degli altri organi e quindi l'intero svolgimento della vita statale» (C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova 1957, p. 116).

¹²² G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., p. 357 (si rilegga il passo di Dahl citato *sub* nota 97). Se è corretto osservare che «la democrazia pluralistica non può riconoscere altro “sovrano” che l'impersonale costituzione», è realistico aggiungere che «il senso e il significato di quest'ultima per gran parte non risiede in una riposta o precostituita volontà, ma nel plebiscito di ogni giorno che l'opinione pubblica e la società compiono in direzione dei principi costituzionali» (A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, XVI).

¹²³ Così si esprime E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità*, in *Dir. cost.*, 2018, n. 1, p. 57.

¹²⁴ S. CASSESE, *La svolta*, Bologna 2019, p. 22.

¹²⁵ N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo*, in *Mondoperaio*, 1983, n. 1-2, p. 99.

¹²⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 128; corsivo mio.

¹²⁷ *A quarant'anni dalla Costituzione*, in *Nuova Antologia*, gennaio-marzo 1987, p. 59 ss.

quando ci riferiamo a una democrazia, di sovranità dei cittadini che di sovranità popolare»¹²⁸. «Popolo», infatti – continua Bobbio – «è un concetto ambiguo, di cui si sono servite anche tutte le dittature moderne. È un’astrazione talora ingannevole: quanta parte degli individui che vivono su un territorio il termine «popolo» comprenda non è chiaro. Le decisioni collettive non le prende il popolo, ma gli individui, tanti o pochi, che lo compongono. In una democrazia chi prende le decisioni collettive, direttamente o indirettamente, sono sempre e soltanto individui singoli nel momento in cui gettano la scheda nell’urna. Potrà sembrare ostico a chi non può pensare alla società se non come un organismo, ma, piaccia o non piaccia, la società democratica non è un corpo organico, ma è una somma di individui. Se non fosse così, non avrebbe alcuna giustificazione il principio di maggioranza, che pure è la regola fondamentale di decisione democratica. E la maggioranza è il risultato di una semplice somma aritmetica dove ciò che si somma sono i voti dei singoli, uno per uno. Concezione individualistica e concezione organica della società sono irrimediabilmente in contrasto. Assurdo domandarsi quale sia più vera in senso assoluto. Non assurdo ma assolutamente ragionevole, affermare che l’unica vera per capire e far capire che cosa sia la democrazia, è la seconda, non la prima»¹²⁹.

E dunque un costituente che accogliesse il radicale revisionismo delle tesi esposte in questo paragrafo dovrebbe rinunciare al concetto di sovranità e a quello di popolo *as a whole* – pur autorevolmente rivendicati¹³⁰ – riscrivendo la pomposa prima parte del secondo comma dell’art. 1 in una prosa

¹²⁸ *L’età*, cit., p. 115; la lunga citazione che segue è *ivi* a p. 116.

¹²⁹ Si capisce perché BOBBIO nella lettera indirizzata a Ingrao nel novembre 1985 (in *Micromega*, 1986, n. 1) osserva categoricamente che «in democrazia non ci possono essere masse, ci sono solo individui singoli che, in quanto cittadini, dispongono fra gli altri diritti, di quello politico di voto». Si veda anche *Teoria generale della politica*, cit., p. 333, dove Bobbio ribadisce che nella «democrazia moderna il sovrano non è il popolo ma sono i cittadini», popolo essendo «un’astrazione comoda ma anche fallace», un «concetto ambiguo, proprio perché non esiste se non per metafora un tutto chiamato “popolo” distinto dagli individui che lo compongono», e anche «ingannevole» (p. 331-332). Queste tesi sono state di recente riprese da G. GEMMA, *Popolo: moltitudine che non esiste come soggetto politico*, in *Rass. parl.*, 2018, p. 85 ss., che ragiona anche della fallacia empirica insita nel concetto di «popolo». Può essere interessante notare che da tutt’altro ambiente culturale si esibisce una profonda diffidenza nei confronti dell’idea stessa di “volontà del popolo” unitaria», in quanto «sfrutta la retorica per nascondere le profonde divisioni e incertezze presenti in ogni società libera» (C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, Roma-Bari 2014, p. 161).

¹³⁰ Ci si riferisce a P. GROSSI, *Una costituzione da vivere*, Bologna, 2018, 64, a giudizio del quale il «popolo, che, nella sua complessità, viene riconosciuto “sovrano” nell’articolo uno, è immune dalla vaghezza dalla quale è circondato nelle moderne “carte dei diritti”, perché è una creatura storica, colta all’interno di una drammatica vicenda storica, quella da cui siamo partiti: fine della dittatura, guerra civile, Resistenza, rinnovamento etico e sociale, fondazione

più sobria (assai improbabile, peraltro, in quanto priva di «tono» costituzionale) del tipo: «I cittadini hanno il diritto di eleggere i propri rappresentanti nelle assemblee nazionali e locali e di sottoporre a referendum le leggi approvate dal Parlamento». Ma, come si diceva, è irrealistico pretendere che un testo ieratico come la costituzione rinunci a una qualche forma di lirismo e si privi della solennità storica e del *pathos* ideologico insiti in parole come «sovranità» e come «popolo».

di una Repubblica [...] «democratica»». Per la sua contrarietà allo svuotamento interpretativo dell'art. 1, II comma, va ricordato anche V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo*, Milano 1985, p. 107, il quale, in uno scritto del 1954, lo definiva «una disposizione di principio avente un preciso contenuto normativo», anche se non si nascondeva (p. 144) «che il principio della sovranità popolare, pur rappresentando di per sé stesso, [...] un passo innanzi nei confronti del «dogma» della esclusiva sovranità dello Stato, contiene tuttavia un elemento di finzione ideologica, che può anche essere, talvolta, molto accentuato» (alle finzioni ha dedicato un'importante monografia E. OLIVITO, *Contributo allo studio delle finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli 2012).

GIAMPIERO DI PLINIO

Il finto «effetto Marx».

Ascesa, deriva keynesiana, e declino del socialismo giuridico in Italia

SOMMARIO: 1. Un piccolo dettaglio – 2. Giuristi miei, marxisti immaginari – 3. L'impero della duplice K e la convergenza tra «marxismo giuridico» e «solidarismo borghese» – 4. Apprendisti stregoni. Dalla legge alle (mani delle) Corti: il «diritto» prima della «democrazia»

1. Una indagine intorno a un (supposto) «effetto Marx» sui giuristi (in genere, ma in particolare quelli) italiani, se da un lato richiederebbe un'estensione enormemente più ampia di quella che è possibile rendere in queste pagine, dall'altro rischia di scivolare in un colossale equivoco sulla natura, sui confini e soprattutto sull'esistenza stessa di un oggetto siffatto. Quindi, probabilmente parlerò più dell'equivoco che dell'effetto Marx sul diritto, ma è da questo che, comunque, si deve partire.

In primo luogo, Marx. Ma quale Marx? Il Marx «militante», quello dell'«ora basta interpretare, ora si tratta di cambiare» e «a ciascuno secondo i propri bisogni, da ciascuno secondo le proprie capacità», arricchito da tutte le salse re interpretative, da Labriola a Lenin, o il Marx «scienziato» che analizzò fino ai dettagli molecolari ciò che la storia fino allora esistente gli poteva mostrare (le relazioni tra struttura economica e ordinamento giuridico nella società precapitalistica e feudale, nella grande rivoluzione economica commerciale e industriale, nella creazione dello Stato assolutista, e nel suo consolidamento quale Stato liberale borghese)?

Vale la pena qui notare che le evoluzioni successive della storia del mondo, non solo in ordine agli eventi politico-ideologici, ma principalmente in rapporto alle successive trasformazioni dell'economia e, di conseguenza, del diritto, nessuno dei due Marx – né il Marx «politico» né il Marx «scienziato sociale» – le ha viste.

Tuttavia, mentre gli idealismi e le interpretazioni «volitive» dell'eredità marxiana sono bruciati come fiori di carta, l'altro cespite ereditario, quello del metodo materialistico/dialettico di indagine e di comprensione analitica

di quelle relazioni e di quelle dinamiche, non solo resta scientificamente valido, ma trae dai mutamenti strutturali esplosi dalla fine dell'Ottocento fino all'alba del terzo millennio – e quindi successivi all'esistenza terrena di Marx – robuste conferme empiriche.

In secondo luogo, «il diritto». Ma quale diritto? Il diritto (concreto) dei formanti (legge e legislatori, sentenze e corti, avvocati e parti) o quello (ideale) dei giuristi «militanti», che pretendono di introdurre un'*action politique* «marxista» dentro quei formanti? O quello dei giuristi «agnostici», che non tentano di indirizzare ma si fermano allo studio scientifico dei formanti e delle loro dinamiche, utilizzando il metodo che il Marx «scienziato» ha lasciato come eredità?

E mentre i formanti si limitano ad esistere, i giuristi marxisti sono caratterizzati ideologicamente e teleologicamente, con la conseguenza che la teoria giuridica diventa strumentale a quel fine, perdendo ovviamente in falsificabilità. Il giurista scienziato separa invece ciò che vuole da ciò che studia, e dunque non mira a influenzare i risultati della sua teoria. Con una strana conseguenza, che se si arriva alla conclusione che vi è un «metodo marxista» caratterizzato da scientificità concreta e che esso è applicabile anche in diritto, tale metodo può legittimamente essere utilizzato non solo da uno studioso, diciamo così, «di sinistra», ma anche da un incallito reazionario in politica. Il risultato, se il metodo sarà applicato correttamente, e non piegato ai fini precostituiti, sarà identico¹.

Come si vede, le combinazioni possibili, per l'indagine, sono multiple, e se le seguissi tutte, a parte l'economia di questo breve saggio, mi annoierei a morte, e l'effetto sarebbe ancora più devastante su chi avesse la ventura di leggerlo.

Ma vale la pena in questa sede approfondire la curiosa vicenda delle divergenze non parallele tra giurista (marxista) della militanza (con o senza

¹ Questa frattura tra i due Marx era intuita già sul finire dell'Ottocento da un formidabile, all'epoca giovane, studioso: «Spogliato il materialismo storico di ogni sopravvivenza di finalità [...] esso non può dare appoggio né al socialismo né a qualsiasi altro indirizzo pratico della vita» (P. CRAVERI (a cura di), *Benedetto Croce, Materialismo storico ed economia marxistica*, 2001, p. 31). E in effetti, assunto il marxismo come metodo «scientificamente corretto» per la conoscenza della storia «avvenuta», quella che dall'astrazione diviene «praticamente vera», nessuna pretesa teleologica può appoggiarsi su quel metodo per rivendicare la sua legittimazione, ma può tranquillamente utilizzarlo per prendere possesso di una base scientificamente solida di lettura delle leggi di movimento del modo di produzione. Sul giovane Croce, con molteplici spunti utilissimi anche per la stesura di queste pagine, C. TUOZZOLO, «Marx possibile». *Benedetto Croce teorico marxista (1896-1897)*, Milano 2008.

appartenenza) e giurista (marxista) della scienza (con o senza militanza). Avvertendo che il secondo è difficilmente reperibile, ci limiteremo a dare un'occhiata alla resistibile ascesa e all'irresistibile naufragio del primo.

2. Fin dalla nascita della «questione sociale», dentro gli opachi meandri della resistibile ascesa dello Stato unitario, liberale e di diritto, tra i giuristi italiani iniziò subito a serpeggiare la spinta verso la considerazione – nella teorizzazione, nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto – di valori come il sociale, l'eguaglianza, la promozione delle classi subalterne, confluendo all'interno dell'onda culturale di quella inusitata categoria dello spirito che fu il «socialismo giuridico»².

Studi recenti evidenziano il collegamento con le prime tendenze antiformalistiche della dottrina giuridica della nascita di una nuova ideologia costruita sull'esigenza di «soddisfare le istanze sociali delle nuove classi lavoratrici». In questa onda veniva a confluire qualunque giurista manifestasse «un atteggiamento di interesse verso le potenzialità delle interrelazioni tra diritto e scienze naturali e una sensibilità alle esigenze delle classi meno abbienti. Molti di loro non nascondono le simpatie socialiste e colgono l'occasione offerta dalle prolusioni accademiche o dalla scrittura delle introduzioni ai nuovi manuali per lanciare i propri manifesti metodologici e ideologici»³.

Ma delle due possibili strumentazioni, la prima – la metodologia storicomaterialistica, si perse in breve nel nulla, mentre la seconda – la sensibilità verso le classi subalterne – fu subito e a lungo ritualmente recepita, ma in chiave prepotentemente (e non sempre consapevolmente) idealistica.

Con una singolare conseguenza, che il *socialismo giuridico* italiano, seguendo un cammino all'ingrosso analogo alle correnti in altri Paesi, finì per

² Eccone un'istantanea d'epoca con le (sincere) parole di un contemporaneo: «È sorta da vari anni, e va acquistando autorevoli e calorosi aderenti, una scuola di giuristi, che potrebbe senza grave errore definirsi come la scuola del socialismo giuridico [...] A tutti è comune l'intento di assoggettare il diritto vigente ad una critica rigorosa, ispirandosi al criterio della politica sociale, alla necessità di elevare le sorti delle classi lavoratrici, al desiderio di migliorare più o meno radicalmente e di rendere meno sperequata ed iniqua la costituzione economica odierna; tutti, dal più ardito al più timido questi scienziati si propongono di ottenere cogli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alla esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini» (A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in *Scienza dir. priv.*, 1893, I, fasc. 8, p. 519).

³ D. Di CECCA, «Il socialismo dei giuristi». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, in www.historiaetius.eu, 2013, n.3, paper 13, p. 2. Una rassegna sulla «prima ondata» dell'effetto Marx in M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in *Il "Socialismo giuridico" Ipotesi e letture*, in *Quaderni fiorentini*, 1974-75, nn. 3-4, II, p. 874 ss.

allinearsi in «convergenze parallele» col neo-rinato *solidarismo giuridico*⁴, e sfociare in un potente *assist* all'opera dei grandi riformatori borghesi, come da noi ad esempio Giolitti, nel cammino della trasformazione della costituzione economica liberale nella costituzione economica sociale-interventista, fornendo tra l'altro a Keynes preziosi materiali empirici per la costruzione, ben successiva a quegli eventi, della sua 'Teoria generale'⁵.

Ma finì anche per intridere la successiva trasformazione autoritaria dello Stato, giustificandone la deriva con una spesso sincera valutazione dei suoi aspetti sociali, che altro non erano che sviluppo e completamento, in chiave fascio-keynesiana, del lavoro avviato a fine secolo da Giolitti.

E se oggi ci si chiede quanto marxismo (nel senso di metodologia materialistico-dialettica) ci sia stato in quei tempi e in quelle correnti, trova la risposta appunto negli atteggiamenti teorici della storiografia giuridica, di cui Tarello denunciava fin dagli anni Settanta la generalizzata impostazione idealistica⁶. Ma non è un caso, che «la storiografia giuridica sia rimasta in Italia sostanzialmente immune da una reale influenza del marxismo»⁷. In effetti, mancava la polpa, dato che in quelle correnti, e in gran parte delle successive, il richiamo a Marx era una illusione, perché limitato ai corollari idealistici, e agli enunciati meramente rivendicazionisti, della dialettica delle

⁴ Descrive benissimo questo connubio apparentemente contro natura, P. COSTA, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvio*, in *Il "Socialismo giuridico" Ipotesi e letture*, in *Quaderni fiorentini*, 1974-75, nn. 3-4, I, p. 485 ss., lavorando sulla comparazione congiuntiva tra la dottrina di Salvio, «riformista», e quella del suo allievo Sergio Panunzio, «rivoluzionaria», immaginaria, come sottolinea Costa, e alla fine confusa, come mostra Sabino Cassese nello stesso volume (*Socialismo giuridico e diritto operaio*). *La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, p. 495 ss.). Il fatto è che restavano nella piattaforma quelle cosette intoccabili di cui già Ercole Vidari, in risposta al manifesto di Loria (E. VIDARI, *Sul socialismo giuridico del prof. Loria*, in *Scienza dir. priv.*, 1893, I, fasc. 8, p. 577 ss.) faceva l'elenco (il mantenimento della libertà individuale, della proprietà privata, della famiglia, del diritto di testare). Cosette che dovranno comunque inghiottire anche i militanti della seconda ondata dell'effetto Marx/immaginario, quelli dell'«uso alternativo», a fronte dell'enorme compensazione di una stagione dei diritti mai vista, una meravigliosa sirena dei diritti, che tuttavia al posto delle snelle e solide gambe di ballerina della redistribuzione delle ricchezze, aveva, e ha, la coda di pesce della finanza effimera del deficit e del debito caricato sulle generazioni future.

⁵ Ho incontrato e sviluppato contesto e prove di queste convergenze in vari lavori, tra cui ricordo: *Diritto pubblico dell'economia*, Milano 1998; *Costituzione e scienza economica*, in *Politico*, 2009, p. 168 ss.; *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, numero speciale, p. 65 ss.

⁶ G. TARELLO, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1973, p. 681. Suggerioni per una critica applicabile anche alla descritta deriva nei giuristi in C. TUOZZOLO, *Storiografia e teoresi nell'interpretazione del neidealismo italiano*, in *Philosophia. Riv. soc. it. st. fil.*, 2014, n. 1-2.

⁷ A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi Storici*, 1976, n.3, p. 7.

classi, da realizzare attraverso il diritto⁸. Corollari scientificamente inconcludenti, perché sconnessi dalla base metodologica storico-materialistica, ma politicamente utili, perché consentivano al ceto dei giuristi di manifestare afflitti sociali senza perdere identità di posizione, visto che alla fine le loro piattaforme rivendicative convergevano con il riformismo della borghesia illuminata e gli interessi stessi di sopravvivenza del capitalismo.

Questa contraddizione fu nebulosamente percepita fin dall'inizio, più del socialismo giuridico italiano, da quello francese, che denunciò appunto la confusione del socialismo giuridico con il riformismo, con il diritto operaio, e, soprattutto, con il solidarismo, rivendicando il carattere rivoluzionario dell'eredità marxista, e così passando da un equivoco idealista forte, ad uno ancora più forte⁹, che ritroviamo nelle onde dei giuristi «di sinistra» italiani, talora dichiaratamente non marxisti, degli anni sessanta e settanta. Penso alle dinamiche del «movimento» sul c.d. «uso alternativo del diritto»¹⁰,

⁸ Per il più lucido e attuale approfondimento sulla genesi e sul declino «revisionista» del marxismo giuridico italiano, specie nel secondo dopoguerra, vedi ampiamente L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino 2015.

⁹ E' il caso di André Mater (*Le socialisme juridique*, in *Rev. Socialiste*, XL/1904, p. 10): «*Le socialisme juridique n'est pas chrétien, humanitaire, philanthropique, et n'a pas du tout pour objet d'appliquer la jurisprudence du président Magnaud*», il quale era un giudice «sociale» che, a fine Ottocento, diede la stura a una giurisprudenza alternativa, tra l'altro piegando il diritto penale alle esigenze del proletariato, affermando in sentenza che il furto di cibo per sfamare i propri figli non era reato (ometto per brevità dettagli più tecnici, comunque interessantissimi, che si ritroveranno in parte rielaborati nelle giurisprudenze «d'assalto» del secondo dopoguerra). Pur riconoscendo valore a questa giurisprudenza, Mater, come sottolinea Di Cecca (*Il socialismo dei giuristi*, cit., p. 9), «ne sminuisce la effettiva portata rivoluzionaria e mette in guardia dall'affidare al ruolo dei giudici un peso eccessivo. Le pronunce equitative di Magnaud non [...] avevano nulla di rivoluzionario». L'equità per sentenza, a lungo andare, avrebbe solo attenuato la repressione di classe – assecondando tra l'altro i riformisti borghesi (Clemenceau si schierò apertamente in favore di Magnaud) – ma a lungo andare «all'arbitrio del legislatore si sarebbe sostituito quello dei giudici ed il proletariato sarebbe stato incoraggiato a confidare nell'eventuale clemenza di alcuni magistrati caritatevoli piuttosto che a lottare per la rivoluzione». Bene. Una preveggenza assoluta dell'exploit in arrivo, di lì a pochi decenni, della *Judicialization of Politics*, e una tenera ingenuità racchiusa nel proposito di costruire, dentro lo stesso diritto borghese, un «*mécanisme nouveau pour le violer*», rappresentato dalla infiltrazione, nei gangli più alti delle istituzioni capitalistiche e delle élite borghesi, dei giuristi socialisti. In altri termini, i giuristi dovevano smetterla di adattare le interpretazioni giuridiche alle esigenze delle classi dominanti. Dovevano diventare essi stessi classe dominante. Da segretari dei principi, dovevano trasformarsi in principi, e ovviamente instaurare il diritto socialista (cfr. anche C. M. HERRERA, *Droit et gauche. Pour une identification*, Saint-Nicholas, 2003, spec. p. 39 ss.).

¹⁰ Alludo al maxiconvegno di Catania del 1972 nonché ai suoi antecedenti e ai suoi epigoni. Gli atti furono pubblicati l'anno seguente in due volumi editi da Laterza: P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e II, *Ortodossia*

e alla collegata emersione della «giurisprudenza d'assalto» (sia sul piano dei conflitti sociali sia in correlazione alla nascita della questione ambientale, rovinosamente immaginata come luogo geometrico della crisi del capitale). Penso alle meditazioni di molti allora giovani maestri su una rilettura in chiave (putativa) marxista del futuro del diritto, tra «istituzioni dell'economia di transizione»¹¹, transizione «costituzionale» al socialismo¹², il tutto diluito in mille interventi di dettaglio su tematiche specifiche, dal diritto del

giuridica e pratica politica, Roma-Bari 1973). Sulla vicenda torna dopo cinquant'anni un pezzo da novanta della letteratura giuridica cattolica (sociale/socialista) di quei tempi (N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in www.pensareildiritto.it/luso-alternativo-del-diritto-oggi/, 15 dicembre 2017).

¹¹ Il richiamo è ai lavori (di impegno politico e divulgazione) di Francesco Galgano: *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bologna 1974, e *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma 1978. Galgano è stato negli anni '70 un giurista di punta della sinistra, professore di diritto privato a Bologna, teorico convinto, all'epoca, del teorema della costituzione economica mista perché in essa concorrono sia i fattori dell'iniziativa privata, sia l'intervento dello stato e sia il sindacato. Impossibile trovare nei lavori dell'A., all'epoca, la definizione precisa dei rapporti di forza tra questi tre fattori (stato, impresa e sindacato), perché il modello in questione non sembra tollerare regole rigide per la loro interazione, e rimane comunque misto anche se uno dei tre viene estremamente compresso dagli altri, purché non venga interamente scacciato dal sistema. Come mostrò Giovanni Bognetti in una lucida critica del «costituzionalismo di sinistra» (*La costituzione economica italiana*, Milano 1995) il gioco di questi fattori nel pensiero di Galgano si muove in una direzione unica, che è quella di ridurre sempre di più lo spazio costituzionale dell'impresa, di allargare sempre più i confini dello stato, di incrementare il potere del sindacato, mirando a uno sbocco in una economia para-collettivista attraverso un processo parallelo di pubblicizzazione delle imprese e sindacalizzazione delle relazioni industriali. Per amor di cronaca, negli anni successivi Galgano ha ampiamente revisionato quella «lettura di sinistra» del diritto dell'impresa, e ciò contribuisce alla prova empirica della vacuità di quell'ideologia.

¹² Alludo in particolare al modo in cui la dottrina ha usato la mitologia della «economia mista», o che è lo stesso il teorema della duplice K, immaginandola indistinta rispetto a un ancor più immaginario modello marxista di Stato, verso lo stato sociale e costituzionale: era inconsciamente vissuto come un piano inclinato, un trampolino di lancio per la transizione. Un maestro del diritto costituzionale si divertì a cercare nella struttura normativa formale della Costituzione italiana una serie di canali che potevano consentire la transizione al socialismo reale senza bisogno di processi rivoluzionari, e neppure di riforme costituzionali (C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna 1977). Ma se Lavagna era splendidamente consapevole di fare letteratura *fantasy* piuttosto che interpretazione costituzionale, anche trent'anni dopo la caduta del Muro vi è ancora chi è convinto del contrario e che la Costituzione italiana disegni una democrazia sociale sostanzialmente simile a «una società socialista» (A. ALGO-STINO, *Democrazia sociale e libero mercato*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, p. 98 ss.). Se i giuristi marxisti (immaginari) avessero provato a leggere il diritto non con gli occhiali dell'ideologia, ma con gli strumenti del metodo marxista, avrebbero potuto facilmente realizzare che il socialismo, comunque lo si intenda, deve passare prima per una rivoluzione «nel modo di produzione» e poi semmai può trasformarsi nel «principio politico» che pervade le costituzioni (G. DI

lavoro al diritto civile, dalla proprietà all'impresa, dall'amministrazione agli enti pubblici economici.

Su alcuni di questi percorsi torneremo brevemente più oltre, ma darne in questa sede una rappresentazione esaustiva è da un lato impossibile, dall'altro inutile. Il nostro mondo (dico quello dei giuristi) è pieno di dottissime ed esasperanti bibliografie, ma povero di certezze falsificabili.

Quello che conta, è che dietro molte di quelle ebollizioni, certo sorprendenti (ma, viste in *flashback*, struggenti) c'era il grande equivoco di cui ho detto all'inizio di queste pagine, e la tragica illusione¹³ di star realizzando «un'applicazione all'esperienza operativa del diritto dell'analisi marxista [...] muovendo dal presupposto che il contrasto tra i diversi orientamenti interpretativi si andava trasformando sempre più esplicitamente in una verifica di politiche del diritto e dopo aver constatato che i tradizionali postulati della democrazia economica (il mercato della libera concorrenza) e della democrazia politica (il parlamento come luogo di formazione della volontà generale e di esercizio del potere legislativo) apparivano nettamente smentiti e trasformati, con la conseguenza che la realtà esperienziale dimostrava l'assoluta insufficienza delle tradizionali categorie concettuali del diritto eguale generale ed astratto»¹⁴.

Come sottolinea ancora Lipari¹⁵, «il paradigma dell'uso alternativo del diritto, mentre scuoteva alle fondamenta l'assetto della democrazia liberale di stampo ottocentesco, si collocava pur sempre all'interno di un'ottica di segno positivista asserendo che il diritto non è altro che un ordinamento coattivo [...] In altri termini, la formula "uso alternativo del diritto" assumeva ancora, secondo i postulati del positivismo, il diritto come un dato acquisito, definito, posto».

PLINIO, *Primi appunti su evoluzionismo e costituzione*, in *Scritti in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2011, p. 393 ss.). Insomma, non è perché la Costituzione «sembra» socialista, o può essere interpretata in tale senso, che il socialismo può essere, o addirittura è, materialmente realizzato nei formanti del diritto e nella società (così invece G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in www.costituzionalismo.it, del 20 ottobre 2010). Queste illusioni pseudomarxiste riescono a respirare solo e soltanto finché l'ossigeno è fornito da deficit e debito: «credevo fosse Marx, e invece era Keynes». Dimenticando che c'era qualcuno che fin dagli anni Settanta faceva a pezzi l'immagine «proletaria» della Costituzione: alludo a G. U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma 1975, il quale mirava a demistificare la tesi secondo cui la prima sarebbe anticipatrice e garante dello Stato sociale, mentre di fatto è espressione organica (sia come momento organizzatore, sia come ideologia) della società capitalistica in una determinata fase storica.

¹³ L. NIVARRA, *La grande illusione*. cit., *passim*.

¹⁴ LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, cit., p. 1-2.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20-21.

Marxismo giuridico, socialismo giuridico, movimento dell'uso alternativo del diritto, qualunque nome e declinazione vogliamo dare alla sostanza di quelle cose, restarono pertanto avviluppati nel costrutto statual-positivista, divenendo una porzioncina scalpitante ma innocua, del grande *mainstream* del superamento dell'ordine liberal-borghese ottocentesco e dell'avvento dello Stato «costituzionale» di diritto, attraverso riforme sociali (utili anzi vitali per il capitalismo stesso) e *shifting* della sovranità di ultima istanza dalla «democrazia» al «diritto», dalla politica alla giurisdizione, dai Parlamenti e dai Governi alle Corti. In tal modo, l'evoluzione del diritto, e non la sua estinzione, veniva spacciata, sia al di là della Cortina di Ferro, sia al di qua, dalle «anime belle» nostrane, come viaggio già dentro il superamento del capitalismo e la confluenza nella società senza classi, facendo così a pezzi non solo il Marx di Pašukanis¹⁶, ma, in genere inconsapevolmente, la stessa eredità metodologica marxiana, perché se l'avessero utilizzata nei loro studi e nella loro azione, avrebbero avuto la prova empirica dell'immenso equivoco in cui si erano cacciati e di cui si erano circondati.

In più, a quel punto, la doppia copertura della socialità («dentro» il capitalismo) e della statualità del diritto (lo Stato costituzionale/sociale pluriclasse) era perfettamente funzionale allo scopo di tranquillizzare le acque nel mare della dottrina e della scienza giuridica, ridenominata grossolanamente «politica del diritto»¹⁷ (e poi politica nel diritto, politica col diritto e

¹⁶ L. NIVARRA, *La grande illusione*, cit., p. 27. Nulla di più equivoco, infatti, che traccheggiare – come ha finito per fare qualsiasi corrente del riformismo socialista «attraverso il diritto» – su una mistica della fase di transizione, la cui forma giuridica non si schiuda di un millimetro dalla forma di merce, dallo scambio e dal contratto, dalla produzione di merci a mezzo di merci. Nivarra non usa eufemismi, ma ci va «pesante» e diretto: «sotto l'unico profilo rilevante per Marx, che è quello della forma giuridica, parlare di un diritto sovietico (o di un diritto proletario) è semplicemente un non senso».

¹⁷ Per tutti, L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*, Firenze 1974, il quale, muovendo dal presupposto che «l'affermazione di uno spazio di libertà, responsabilità, vocazione aperto al giurista non è espressione di un desiderio, non è rivendicazione corporativa: si tratta di uno spazio oggettivamente già dato, tecnicamente insopprimibile, non da rivendicare ma da accettare» (p. 8), senza mezzi termini raffigurava l'attività del giurista come «attuazione-integrazione critica del diritto, ossia appunto "politica del diritto"» (p. 11), e quindi ne derivava che «la giurisprudenza, come politica del diritto, è dunque, oltre che conoscenza del diritto positivo, necessariamente e inscindibilmente, filosofia, tecnica giuridica e sociologia» (p. 13). A parte l'uso della parola scienza per un oggetto infalsificabile, che fa rabbrivire qualsiasi scienziato, e a parte che tutti questi postulati presuppongono che una pratica di politica del diritto può avere differenti e opposte direzioni, essendo utilizzabile sia dai giuristi della «borghesia» che da quelli del «proletariato», qui l'assunzione del Marx «politico» non solo trascura, ma nega radicalmente il Marx «scienziato».

politica attraverso il diritto), perdendo drammaticamente sia la *Weltanschauung* «a venire» marxiana, aggiornata da Pašukanis – nella misura in cui il riformismo giuridico socialista viene a implicare, paradossalmente, “più” diritto, in luogo della “estinzione” del diritto e dello Stato – sia l’altra eredità di Marx, quella del marxismo come metodo nelle scienze sociali.

3. Curiosamente ma non troppo, cominciò ben presto (o forse troppo tardi) ad apparire chiaro che dentro le condizioni sopra descritte nessuno più si faceva veramente male. Ben presto, infatti, il gioco diventò rapidamente a somma maggiore di zero, con esiti sempre *win-win*, almeno per qualche ventennio, per tutti gli strati sociali, e per tutti i «giuristi politici», marxisti o meno si dichiarassero.

L’impero del mix tra positivismo prescrittivo e socialità, inzuppandosi nel teorema della duplice K (*Kelsen & Keynes*)¹⁸, troncava la necessità (e la possibilità) per i giuristi «politici» di ogni analisi «materialistica» (del rapporto tra ordinamento giuridico e imperativi economici del modo di produzione capitalistico staticamente fotografato in ogni sua fase storica) e «dialettica» (dell’esaurimento o del mutamento delle condizioni materiali di legittimazione di ogni peculiare modello di ordinamento giuridico). In altre parole, la doppia K elargiva a piene mani, insieme alla granitica statualità del diritto, tonnellate di benessere, il migliore dei mondi possibili pagato a peso di deficit e debito, di moneta manovrata e incentivi pubblici, di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, pensionamenti adolescenziali e tante altre cose belle¹⁹. Così, mentre la lotta di classe si camuffava nella magia keynesiana, il

¹⁸ Se ne veda una applicazione in M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell’Unità nazionale*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2, p. 11.

¹⁹ Nulla di strano che a fronte del contrasto tra un qualsiasi «diritto sociale», anche il più stravagante, e le esigenze di bilancio, si continui sempre e in ogni caso – anche dopo il crollo della costituzione keynesiana – a considerare prevalente il primo. Così la maggiore sacerdotessa vivente del costituzionalismo irenico e «sociale» afferma perentoriamente che «non è compatibile con il disegno costituzionale “che alle fasce più deboli siano riconosciuti [...] dei diritti, che sono diritti fondamentali, solo e se quando le risorse disponibili, o la situazione economica lo consente”» (L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 3, p. 139), mentre il congegno «tecnico» per giustificare un siffatto comandamento è sviluppato da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, p. 100: «Certo, fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)». Come non vedere che si tratta di argomentazioni (bilanciamento

marxismo giuridico in tutte le versioni, completamente addomesticato, dimenticava eguaglianza e redistribuzione e si immergeva nella corrente della teoria dei diritti fondamentali, dei diritti all'infinito, dei diritti per tutto e per tutti finanziati dalla cornucopia senza fine della finanza pubblica, accettando ormai senza riserve quel terreno comodo e senza pericoli di battaglia, dove appunto nessuno si faceva male.

4. Il fenomeno più sorprendente fu la continua ascesa, nella dinamica dei formanti (letteratura giuridica, sentenze, governi e amministrazioni) di un presupposto ideologico: una implicita ferrea fede nella conclusione della storia dentro lo Stato «sociale costituzionale», il paese delle meraviglie fabbricato dai sacerdoti della doppia K, che porterà poi gran parte dei giuristi italiani (e soprattutto delle Corti) a continuare ancora oggi a elaborare interpretazioni struggermente socializzanti come se da un lato la forma keynesiana del capitalismo fosse ancora esistente e dall'altro il diritto delle Corti conservasse in pieno, se mai l'avesse avuta, la razionalità, alla prova delle metamorfosi successive del capitalismo a fine Novecento, producendo, nelle dottrine²⁰ e negli esiti delle sentenze, contraddizioni devastanti e insormontabili.

La maggiore delle quali è quella preconizzata da Mater²¹: l'abbandono totale del potere di decisione, nel caso concreto, nelle mani delle Corti, che nel frattempo hanno imparato quante cose si possono fare con l'interpretazione giuridica, arrivando non solo a dichiararlo, ma anche a costruirlo, il diritto del caso concreto. Ma anche, con la metamorfosi dinamica delle

ineguale!) tecniche solo in apparenza, e «razionali» solo in un determinato contesto economico, perché quella tecnica è destinata a naufragare in un mare di contraddizioni, nella misura in cui la cornucopia keynesiana su cui si fonda viaggia sempre più veloce verso quel suo inferno personale, chiamato «crisi fiscale» (sia consentito il richiamo al mio citato *Nuove mappe del caos*, spec. p. 94 ss.).

²⁰ Nella mia esperienza di commissario per l'abilitazione scientifica nazionale del settore 12/C1, Diritto costituzionale, ho potuto osservare da vicino (e spenderci una immensa, ma gradevole fatica) questo effetto inerziale e *post-mortem* del *Double-K Mainstream* del Novecento giuridico italiano, nella misura in cui ho dovuto prendere atto che una ampia maggioranza delle migliaia di lavori (di «giovani» studiosi, tra il 2002 e il 2012) che mi sono passate tra le mani insiste, è addirittura martellante, su promozione e tutela dei diritti (anche i più inusitati) e legittimazione della supremazia delle Corti, manifestando di contro disinteresse o addirittura atteggiamento «ostile» sia delle frazioni per così dire economiche del diritto costituzionale (i test di bilancio), sia delle istituzioni politico-rappresentative. Senza talora nemmeno accorgersi del (o guardando con ostilità il) mutamento materiale dello stato di cose esistenti nei rapporti economici e sociali, che si era ormai consolidato nel principio di realtà.

²¹ V. la discussione svolta sopra, alla nota 8.

Corti costituzionali, approdando – mediante il potere libero dell'interpretazione – alla letterale «creazione» dell'*higher law*, inteso come «nucleo» delle Costituzioni, costruendo nel tempo una irresistibile *Weltanschauung* entro la quale sovrascrivere la legge formale ordinaria con la sentenza costituzionale²².

E a quel punto non solo veniva definitivamente sotterrato il metodo scientifico marxiano, ma la stessa (immaginaria) «lotta di classe attraverso il diritto» veniva preventivamente sterilizzata²³ affidandone la cura a un *Nouveau Roi Thaumaturge* (la Corte)²⁴, potenza ultraterrena evocata da apprendisti

²² Discussione ampia sul punto nel mio *Giustizia costituzionale e costituzione finanziaria*, in L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna 2018, p. 367 ss.

²³ In Italia lo studioso che ha diffuso la rappresentazione più compiuta di tale modello è a mio avviso Gustavo Zagrebelsky. In uno dei suoi libri più noti (*Giustizia costituzionale*, Bologna, I ed., 1977), teorizza, giustifica e divulga lo spostamento di sovranità dal Parlamento alla Corte costituzionale, come soluzione storica dei conflitti di classe. Il libro è stato studiato da generazioni di giuristi, e ha fatto più danni della televisione. Eccone un passo-chiave: «*La Costituzione come compromesso di classe. Conflitto depotenziato*. Venendo meno la tensione potenzialmente distruttiva legata alla lotta per la sovranità, può esservi autonomia della sfera costituzionale e può delegarsi a un organo imparziale il compito di farla vivere e rispettare. Le opposte debolezze che caratterizzano le forze in campo nei regimi pluralisti sorreggono la compagine statale e, stando in equilibrio, consentono l'emergere di un ruolo neutrale di difesa delle condizioni del pluralismo, al fine della sopravvivenza e della garanzia reciproca di ciascuna forza. Anzi: richiedono la creazione di una giustizia costituzionale. Nessuna delle parti, infatti, è sufficientemente forte da poter garantirsi da sé contro le occasionali coalizioni fra le altre parti». Dalla geometrica *vision* del suo Autore (rinforzata ed estesa in *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992), ma anche e soprattutto dalla dinamica concretamente assunta dalle Corti di abbandono di ogni forma di *self restraint*, consegue infatti la riduzione dei poteri *majoritarian* (tutte le altre istituzioni di derivazione rappresentativa), a poco più di vestigia residuali, e lo scivolamento del costituzionalismo italiano in un magma teorico in cui tutti i poteri sono limitati, meno quello della Corte, somma e intoccabile, indiscutibile e incontendibile, non solo per la democrazia rappresentativa, ma anche per la democrazia diretta. Una tale macchina materializza un mostro, un «costituzionalismo senza costituzionalismo», alquanto somigliante al modello sharaitico (v. su questo aspetto il mio *Teoria del nucleo e costituzione vivente tra costituzionalismo 'occidentale' e 'costituzionalismo islamico'*, in *Percorsi cost.*, 2015, 1-2, p. 239 ss.).

²⁴ Riecheggia pure nei meandri del diritto costituzionale la critica tombale del Croce del 1937 quando evidenzia il fondamento «religioso» dell'ideologia umanitaristica marxiana (sul punto C. TUOZZOLO, *La "filosofia storica" e l'interpretazione crociana di Marx*, in *Mulino*, 2018, n. 2, p. 416). E anche i giuristi sedicenti marxisti, giungendo al vicolo cieco già intuito da Mater, non fanno altro che, appunto, «annullare la storia», immaginandola conchiusa nel mondo migliore possibile della dinamica autistica delle Corti. Più in generale, credo che anche i giuristi marxisti (immaginari) siano travolti dalla *vis* polemica di Harry Harootunian (*Marx after Marx. History and Time in the Expansion of Capitalism*, New York 2015) nei confronti del «marxismo occidentale» (dal Lukàcs di *Storia e coscienza di classe* a Chakrabarty) che finisce per

stregoni, cinta da un'aura soprannaturale. Indipendente, neutrale, benevolo, infallibile, infalsificabile, e soprattutto compassionevole²⁵, grazie alle sue miracolose sentenze di spesa, prontamente coperte a piè di lista, con debito, disavanzo e stampa di moneta, dai Parlamenti dello Stato-Piano e delle convergenze parallele, del consociativismo e della moltiplicazione dei pani e dei pesci di ogni colore ideologico.

Eppure, la stessa fioritura della socialità (espressa in termini di *welfare* e «diritti sociali», pagati dallo Stato, ma non dai borghesi) dentro il diritto, a partire dalla fine dell'Ottocento – in un ambiente costituzionale assolutamente ostico come quello liberale – era la dimostrazione empirica che la

legittimare teorie (magari weberiane piuttosto che marxiane) della modernizzazione dietro cui si cela la divinizzazione della *Western Civilization* come modello finale e compiuto, immaginato come «faro» illuminante e meta per gli «altri» popoli e le altre «minori», «arretrate» civiltà (sullo smantellamento di questi esiti, da un altro punto di vista, mi sia consentito rinviare ancora ad alcuni tra i miei lavori (*Rule of Law / Fazhi (法治) Il diritto in Cina tra WTO e Asian Values*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 326 ss.; *Appunti su Shari'a e costituzionalismo islamico*, in AA. VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, Torino 2011; *Teoria del nucleo e costituzione vivente tra costituzionalismo 'occidentale' e 'costituzionalismo islamico'*, in *Percorsi cost.*, 2015, 1-2, p. 239 ss.; *Dalla libertà decapitata alla democrazia ritrovata*, in G. MACRÌ, P. ANNICCHINO (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Soveria Mannelli 2017, p. 81 ss.

²⁵ È l'inevitabile *dark side* della dottrina discussa nella nota n. 23: la Corte è «assolutamente necessaria» e in quanto infalsificabile non se ne può nascondere il potere assoluto, ma non può essere disegnata come un dittatore, se pur benevolo. Ma guardando senza filtri la nudità del Re, si vede che il succo è la *soumission* del Governo, del Parlamento, e persino degli istituti di democrazia diretta. E allora la Zagrebelsky-doctrine mette un motore immobile al centro dell'universo costituzionale. Lo divinizza. Lo assottiglia. E condanna come eresia qualsiasi tentativo di bilanciamento, di recupero, di potenziamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa e diretta. Traspare un'immensa anima elitaria nascosta dalle benevoli nebbie del «tecnico», e di precetti catechistici quali «indipendenza», «terzietà», «neutralità». La trappola perfetta, per la politica, dentro una delle più grandi anime «a-democratiche» della storia delle dottrine costituzionalistiche italiane. In occasione della campagna referendaria costituzionale del 2016, Z. ha scritto: «Pensare che il referendum sia una lavatrice democratica che toglie ogni macchia è puro populismo» (www.lastampa.it, del 29 nov 2016). E che la democrazia sia «pericolosa» lo ha detto tante volte, tra le righe dei suoi scritti, e in qualche caso apertamente. In uno *speech* dal titolo *Scienza e democrazia* del 2012, scrive: «Il costituzionalismo ha prodotto democrazia, ma oggi la democrazia mostra di poter essere un regime di saccheggio delle risorse, per i viventi e per i posteri. Per questo, si ricorre a momenti ed elementi di natura scientifico tecnocratica» (*Science & Democracy Forum*, 2012). E in *La felicità della democrazia*: «siamo sorpresi nel constatare che alla massima estensione spaziale della democrazia corrisponde un'insicurezza, anzi uno scetticismo crescente, diffuso e diffusivo [...] Il "dispotismo democratico" sembra a qualcuno il destino della democrazia di massa preconizzato da Tocqueville [...] Una volta si misuravano i progressi della democrazia, oggi i regressi» (E. MAURO, G. ZAGREBELSKY, *La felicità della democrazia. Un dialogo*, Roma-Bari 2011).

«storicità del diritto» non poteva essere spiegata con il neoidealismo giuridico²⁶, ma occorreva andare alla ricerca di basi scientifiche, oggettive, nelle metamorfosi e nelle contraddizioni che creavano le «leggi del moto» del capitalismo, e soprattutto introdurre queste leggi – gli «effetti giuridici dell'economia – dentro il metodo giuridico»²⁷. Il *mainstream* non solo fu (ed è ancora) cieco e sordo, ma ostinatamente contrario anche soltanto a parlarne, mentre nel frattempo, trasferendo la potenza del diritto dalla legge all'applicazione della legge²⁸, costruiva e affinava il teorema della supremazia del diritto non solo sulla politica, e sulla stessa democrazia, ma anche (sì, proprio così) sullo stesso principio di realtà, immaginando di poter piegare, con l'interpretazione persuasiva, «ma soprattutto con le sentenze», quelle stesse leggi del moto materiale del capitalismo e delle sue metamorfosi. In sostanza, per uscire dal loro vicolo cieco personale, i teorici del marxismo giuridico (ma non solo loro) riescono a trasformarsi in sacerdoti del «diritto vivente», affidando al «diritto» detto dal giudice il compito di realizzare gli aneliti, al di sopra e anche contro non solo le leggi della «democrazia», ma anche sopra e contro quelle, ben più irresistibili, del moto materiale dell'economia.

²⁶ Per il quale proporrei la cura – semplicemente, il parricidio – che Tuozzolo suggerisce a Finelli per «quel Neoidealismo italiano che influenza in modo determinante l'interpretazione di Hegel» in rapporto al «marxismo dell'astrazione» (C. TUOZZOLO, *Il capitale come 'astrazione praticamente vera' nell'era del finanzia-capitalismo usuraio*, in *Etica e Politica*, 2016, n. 1, p. 390).

²⁷ È quello che da decenni tento di trasferire dentro i miei studi (tra gli altri: *Costituzione e scienza economica*, in *Politico*, 2009, p. 168 ss.; *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, n. spec., p. 65 ss.).

²⁸ Come chiarisce bene Lipari (*L'uso alternativo del diritto*, cit., p. 23, corsivo mio) «In sostanza, dietro l'ipotesi dell'uso alternativo del diritto c'era ancora il paradigma di un diritto inteso come struttura conchiusa sulla quale poteva agire solo chi quella struttura aveva concorso a costruire. Agli altri non era consentito se non appunto incidere sull'uso, come chi, avendo assunto la guida di una macchina da altri costruita, decida di farle svolgere una funzione diversa rispetto a quella per la quale era stata programmata. Sul presupposto cioè che le classi subalterne, i soggetti deboli non avessero la forza sufficiente per incidere sul momento di posizione delle norme, si predicava la necessità di spostare il tentativo di riequilibrio degli interessi in conflitto al momento applicativo. Ci si riprometteva cioè di forzarne l'applicazione nella convinzione di non poter significativamente concorrere a determinare la formulazione del testo. Alla "verità" del legislatore veniva contrapposta la diversa "verità" dell'interprete, e segnatamente del giudice, più sensibile alle speranze e alle attese dei soggetti esclusi».

FULCO LANCHESTER

L'Italia, la Germania e l'incubo di Weimar

SOMMARIO: 1. Una periodizzazione – 2. Weimar nella crisi dello Stato liberale italiano e l'avvento del fascismo (1918-1922) – 3. La crisi di Weimar e la classe dirigente italiana (1923-1933) – 4. Il dibattito fascista sulle riforme incrementalì e il regime nazista (1933-1943) – 5. Il processo di elaborazione della Costituzione e la riflessione sul crollo delle liberaldemocrazie (1943-1948) – 6. Il dibattito istituzionale italiano tra Weimar e Bonn (1949-2008) – 6.1. Dal congelamento costituzionale al fallimento dell'alleanza di centro-sinistra (1949-1968) – 6.2. Dall'integrazione difficile al crollo di regime incompleto (1969-1993) – 6.3. La transizione aperta (1994-2008) – 7. Conclusioni: l'ultimo decennio e l'incubo di Weimar

1. La Germania ha avuto, nel tempo, un notevole impatto sul dibattito costituzionale italiano ed ha visto succedersi ed alternarsi nell'attenzione degli osservatori l'assetto weimariano e quello di Bonn. I *Sonderwege* tedesco e italiano sono stati per molto tempo comparati e considerati paralleli sulla base, prima, del ritardato processo di unificazione nazionale dovuto alla debolezza delle società civili e politiche che hanno portato all'avvento di regimi autoritari o totalitari; poi, della ricostruzione democratica successiva al secondo conflitto mondiale.

Dagli anni '70 del secolo scorso le due vicende paiono essersi, invece, divaricate. Quella tedesca sembra essersi normalizzata, mentre quella italiana si è oltremodo avvitata. Di qui lo spettro di Weimar che riemerge in Italia, mentre il percorso tedesco viene ormai visto in senso positivo e, fino a poco tempo fa, come esemplare¹, ma tutto ciò in questi ultimi anni risulta più apparente che reale. Anche la stabilità tedesca viene sfidata dai cambiamenti geopolitici, mentre la prospettiva di una parte della classe dirigente di rinchiudersi in ambito nazionale o mitteleuropeo risulta sostanzialmente miope. La Germania rischia, infatti, di ritrovare in Europa l'incubo di Weimar dopo averlo respinto con successo sul territorio nazionale.

¹ Per una recente e significativa posizione vedasi i capp. 4 e 7 di F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay. From the industrial revolution to the globalization of democracy*, New York 2014.

In queste pagine, a cento anni dalla promulgazione della Costituzione weimariana e a settanta dalla *Grundgesetz* di Bonn, intendo analizzare in maniera selettiva ed orientata il dibattito italiano sul rapporto triangolare tra Weimar, Bonn e l'Italia. A questo specifico fine il secolo scorso può, infatti, essere diviso in una serie di periodi storicamente significativi. Il primo corrisponde alla nascita dell'ordinamento di Weimar nella crisi dello Stato liberaldemocratico italiano (1918-1922); il secondo alle difficoltà e all'implosione dell'assetto istituzionale di Weimar durante il primo periodo che portò all'instaurazione e al consolidamento del regime fascista (1923-1933); il terzo abbraccia gli anni della progressiva convergenza italo-tedesca fino al crollo del fascismo (1933-1943); il quarto la transizione e la costruzione istituzional-democratica italiana (1943-1948); il quinto l'esperienza di Bonn nella faticosa dinamica del primo quarantennio costituzionale italiano (1949-1989); il sesto la riunificazione tedesca da un lato e la crisi di regime italiana dall'altro (1989-2008); l'ultimo abbraccia il decennio 2009-2008 e si collega con l'ibernazione del circuito politico-parlamentare nel 2011-2014 e, infine, dopo il periodo del cosiddetto bipersonalismo imperfetto dell'esperienza di Matteo Renzi, incrocia l'attualità del bipopulismo di Governo post-2018.

Mentre i primi quattro periodi risultano caratterizzati da un rapporto diretto con l'esperienza di Weimar, nelle fasi successive si costituisce, invece, una complessa relazione triangolare tra Weimar-Bonn e la realtà italiana che appare interessante analizzare in stretta correlazione con la dinamica storico-politica del contesto di riferimento. Concluderò evidenziando come necessità verso il rafforzamento della prospettiva europea e realtà della sua centrifugazione si accompagnino a vicenda, cosicché l'incubo di una Weimar europea si rafforza, evidenziando la profondità dei cambiamenti avvenuti in Germania e in Europa, ma anche la loro persistenza.

2. Nei primi cinquant'anni del Regno italiano, la Germania imperiale aveva assunto un ruolo (di modello) polemico e marginale per alcuni settori della classe dirigente². Invero nei primi anni del XX secolo, proprio l'esperienza tedesca post-bismarckiana venne temporaneamente assunta nella sua versione statolatrica e social-darwinista dai settori del nazionalismo italiano,

² Vedi P. COLOMBO, *Il re d'Italia: prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano 1999 e il n. speciale di Cheiron, *La Monarchia nella storia d'Italia unita. Problematriche ed esemplificazioni*, Roma 1996. Per la posizione della dottrina costituzionalistica v. F. LANCASTER, *Monarchia e parlamento nella giuspubblicistica italiana del primo dopoguerra*, in *Rass. parl.*, 2000, n.1, p. 39 ss., ma anche C. TOMMASI, *Parlamentarismo e governo di gabinetto nella scienza politica e giuridica del secondo dopoguerra: Inghilterra, Germania, Italia*, in *Società e storia*, 1990, p. 593 ss.

tra cui spiccò la figura di Alfredo Rocco, come reazione al processo di democratizzazione e al giolittismo³. All'inizio lo sguardo della classe dirigente italiana era stato ovviamente concentrato, in maniera quasi esclusiva, su due altri esempi istituzionali liberali – rappresentativi: da un lato quello britannico, dall'altro il francese. Il primo aveva costituito il modello cui tendere; il secondo un'esperienza vicina alla dinamica politica difficoltosa del giovane Regno, da cui si traevano spunti, ma da cui si tentava anche di ritrarsi. E tuttavia si deve ribadire come parte dello stesso ceto politico alla fine del secolo avesse cercato di interpretare lo Statuto sulla base dello schema monarchico-costituzionale nella versione plebiscitaria bismarckiana⁴, mentre i giuspubblicisti della scuola nazionale orlandiana si erano nutriti di concettualogia tedesca. Le concezioni della personalità dello Stato e della rappresentanza di Orlando tendevano, in effetti, a coprire le contraddizioni del compromesso monarchico-rappresentativo e potevano richiamare alcune delle critiche formulate da Carl Schmitt alla dottrina giuspubblicistica positivista del periodo imperiale⁵.

Un'analisi approfondita degli anni fra il 1871 e il 1914 confermerebbe il ruolo marginale del modello monarchico costituzionale (nella sua versione cesaristica) durante la seconda metà dell'800 italiano e i suoi influssi sulla politica italiana (in particolare sul crispismo e sul sonninianesimo) anche nell'ambito delle tendenze tripliciste, che dal 1882 collegavano l'Italia agli Imperi centrali. Di qui la persistenza delle interpretazioni dualistiche dello Statuto albertino, sulla base di una lettura letterale e storicamente situata del processo di concessione della Carta del 1848, e il loro collegarsi – con il rifiuto del trasformismo e delle degenerazioni parlamentari imputati in maniera unidirezionale all'avvento della sinistra al potere dopo il 1876 – ad

³ Su cui v. F. LANCHESTER, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in E. GENTILE, F. LANCHESTER, A. TARQUINI (a cura di) *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Roma 2010, p. 15-38.

⁴ Né bisogna dimenticare l'influenza sul movimento operaio italiano dell'esempio tedesco nelle sue varie frazioni; v. su questo: G. PROCACCI, *Studi sulla Seconda Internazionale e sulla socialdemocrazia tedesca*, in *Ann. ist. G. G. Feltrinelli*, 1958, I; E. RAGIONIERI, *Socialdemocrazia tedesca e socialisti italiani, 1875-1895: l'influenza della socialdemocrazia tedesca sulla formazione del Partito socialista italiano*, Milano 1976.

⁵ C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin 1973. Per gli autori che più si sono avvicinati alla cultura giuridica tedesca nell'ultimo ventennio del secolo XIX, si v. M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del "giovane" Orlando (1881-1897)*, Firenze 1979; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980.

alcuni ambienti di Corte e alla destra italiana in riferimento al modello costituzionale centro-europeo.⁶

Tuttavia, l'attenzione concreta per il caso costituzionale tedesco risulta obiettivamente molto scarsa durante la seconda metà dell'800. In ambito sardo piemontese si ebbe notizia della *Paulskirche* e degli sviluppi prussiani solo attraverso traduzioni a scopo informativo⁷ oppure articoli⁸. Dagli anni Ottanta-Novanta del secolo XIX erano recuperabili invece interventi più specifici⁹, che evidenziavano la *Verfassungswandlung* che stava investendo la Germania e che sarebbe stata notata sia da Giorgio Arcoleo¹⁰ e da Ignazio Tambaro¹¹. Si noti che lo stesso Gaetano Mosca¹² affrontò l'alternativa fra la riduzione dei parlamentari e l'adozione del modello costituzionale tedesco, operate da Sidney Sonnino¹³, per rigettarle. Mosca non soltanto fece notare le difficoltà del ritorno alla monarchia costituzionale, ma avvertì come «colà [...] il Governo [...] spesso [...] ha dovuto patteggiare e scendere a concessioni con qualcheduno di questi partiti» del Reichstag. In più Mosca osservava che non c'era «da farsi in proposito alcuna illusione: da noi e in altri paesi abituati al regime parlamentare il passare da questo al

⁶ P. COLOMBO, *Il re d'Italia: prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, Angeli 1999 e il n. speciale di CHEIRON, *La Monarchia nella storia d'Italia unita. Problematrice ed esemplificazioni*, Roma 1996. Per la posizione della dottrina costituzionalistica v. F. LANCHESTER, *Monarchia e parlamento nella giurpubblicistica italiana del primo dopoguerra*, in *Rass. parl.*, 2000, n. 1, p. 39 ss., ma anche C. TOMMASI, *Parlamentarismo e governo di gabinetto nella scienza politica e giuridica del secondo dopoguerra: Inghilterra, Germania, Italia*, in *Società e storia*, 1990, p. 593 ss.

⁷ Costituzione per la Germania, discussa dall'Assemblea di Francoforte nel marzo 1849, in *Rivista italiana. Giornale mensile*, 1849, I; Costituzione prussiana, 31 gennaio 1850, idem, 1850, p. 1.

⁸ C. F. FERRARIS, *La Costituzione dell'impero germanico* in *Archivio giuridico*, 1872, p. 288-316, che attraverso la recensione di L. von Rönne descrive l'assetto del Reich guglielmino sostenendo che «conoscere le istituzioni germaniche per noi è un dovere» anche in relazione alla implicita alleanza con lo stesso?, p. 288; L. PALMA, *La monarchia costituzionale e l'impero in Germania*, in *Nuova antologia*, 1884, XX, p. 601-631, che – nonostante la definisca come «una delle più importanti architetture odierne e che più giova raffrontare alla Monarchia nostra, unitaria e parlamentare» – affronta solo da p. 626 il tema, in modo sostanzialmente generico e con un rinvio a un'analisi più specifica.

⁹ Così ad es. A. MAJORANA, *L'Imperatore Guglielmo I e lo Stato*, Catania 1888 e G. SICHERO, *La situazione politica dell'Impero germanico*, «*Il pensiero italiano*», 10, 1894.

¹⁰ G. ARCOLEO, *Il potere imperiale in Germania*, in *Acc. sc. Napoli*, 1909.

¹¹ I. TAMBARO, *La trasformazione dei poteri in Germania*, Napoli 1910.

¹² G. MOSCA, *Due possibili modificazioni del sistema parlamentare in Italia*, in *Questioni pratiche di diritto costituzionale*, Torino 1898 ora in *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, cit., p. 337 ss. (le due cit. sono a p. 346 e 348).

¹³ v. S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova antologia*, 1897, gennaio.

costituzionale condurrebbe [...] ad un Governo molto più autoritario e ristretto di quello che è ora in vigore in Germania»¹⁴.

Non è dunque sorprendente che, alla fine del primo conflitto mondiale, classe dirigente e dottrina costituzionalistica italiana abbiano sostanzialmente trascurato sia la Germania, sia la nuova Costituzione weimariana¹⁵. Lo stesso processo di profonda trasformazione istituzionale tedesca del 1918-1919 venne preso in considerazione sostanzialmente attraverso le opere di Max Weber¹⁶ e Friedrich Naumann¹⁷, pubblicate dalla casa editrice Laterza attraverso la mediazione di Benedetto Croce, mentre proprio nel 1918 un autore marginale come Vitagliano Gaetano, ma significativo per i suoi rapporti con Luigi Luzzatti e Vittorio Emanuele Orlando, abbandonava ufficialmente lo *Staatsrecht* per il *Volksstaat*¹⁸. Rare furono invece le analisi non concentrate su questioni rivoluzionarie o economiche¹⁹.

Occupate nella temperie della crisi di democratizzazione derivante dall'estensione del suffragio e dall'adozione di un meccanismo elettorale proporzionalistico, la classe dirigente italiana si pose soprattutto tra rifiuto e tentativo di comprensione delle novità derivanti dall'ingresso delle masse nell'a-

¹⁴ Per una valutazione dell'influenza del modello tedesco nelle varie fasi del periodo liberale v. O. WEISS, *Stato, governo e parlamento dell'Impero bismarckiano nel giudizio degli italiani*, in *Diritto e società*, 1990, n. 4, p. 597 ss., che sottolinea le differenti polarità dell'atteggiamento della classe politica e della classe dirigente.

¹⁵ Sull'attenzione di L. ROSSI per il tema v. F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, p. 18 ss.

¹⁶ M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania: critica politica della burocrazia e della vita dei partiti*, trad. e pref. di E. Ruta, Bari 1919.

¹⁷ F. NAUMANN, *Mitteleuropa*, trad. di G. Luzzato, Bari 1918.

¹⁸ v. la significativa prolusione di V. GAETANO, *Diritto di Stato e diritto di popolo*, discorso tenuto all'Istituto di superiore di studi commerciali di Roma per l'inaugurazione dell'anno accademico 1918-19, Caserta, Tip. della Libreria moderna, 1919, autore allievo di Luigi Luzzatto e di Vittorio Emanuele Orlando, su cui anni prima si era sviluppata una significativa polemica in relazione al «germanesimo» del suo *Il contenuto giuridico della legge di bilancio*, Roma 1910, De Viti De Marco, Pantaleoni e Schupfer per la Cattedra di Contabilità di Stato presso l'Istituto superiore di scienze economiche di Roma e per la successiva attribuzione al Vitagliano Gaetano della libera docenza a giurisprudenza. Per la difesa v. V. E. ORLANDO, *Il contenuto giuridico della legge del bilancio: a proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, 1911, n. 1, p. 268-276.

¹⁹ R. MICHELS, *Curt Eisner presidente della repubblica bavarese*, in *Nuova antologia*, 1919, n. 16, e dello stesso K. EISNER, *I nuovi tempi*, Milano 1918; N. PASCAZIO, *La rivoluzione tedesca: verso la Germania di domani*, Firenze 1921; *La socializzazione delle imprese di carbone: relazioni presentate al Governo germanico dalle due commissioni per la socializzazione*, Milano 1921. Segnalo l'opera di G. AMBROSINI, *Sindacati, consigli tecnici, Parlamento politico: con riferimento alle costituzioni russa e tedesca, alla Carta di libertà del Carnaro e ai progetti italiani*, Roma 1925.

rena politica. In questa specifica prospettiva la nuova Germania venne sostanzialmente trascurata. Nell'ambito della dottrina giuspubblicista di questo periodo lo schema interpretativo prevalente rimaneva ancora limitato alla dinamica dei supremi organi costituzionali, ignorando le novità dell'ingresso delle masse nell'arena politica attraverso le formazioni politiche.

Ovviamente un simile mancato riconoscimento costituiva di per sé un sintomo del problema che nell'immediato dopoguerra attanagliava sia la Germania che l'Italia, perché il panorama partitico, caratterizzato da una pluralità di formazioni (di cui alcune considerate antisistema), rendeva impossibile costruire una vera e propria democrazia basata sui partiti. Di qui le insufficienze di un assetto come quello weimariano che non teneva conto ufficialmente dei soggetti che l'avevano fondato, proprio a causa della loro stessa disomogeneità; di qui anche l'incapacità italiana di comprendere Weimar da parte di una dottrina che di solito arrivava a leggere quell'esperienza utilizzando la critica istituzionale di Robert Redslob²⁰ attraverso le mediazioni di Emilio Crosa²¹, mentre giuspubblicisti come Vittorio Emanuele Orlando parevano interessati a continuare ad elaborare il rapporto con la dottrina classica del periodo imperiale²².

3. Dopo l'avvento del fascismo i problemi italiani assunsero un profilo diversificato rispetto alla Germania scossa dalla crisi di partecipazione e dalle conseguenze della sconfitta. Dal 1923 fino al crollo weimariano, la discussione della penisola fu monopolizzata dal tema delle riforme costituzionali prima (con le Commissioni presiedute da Gentile) e poi dai primi passi verso la costruzione di un regime autoritario a vocazione totalitaria. La Germania weimariana in quel periodo finì per rappresentare un disvalore esemplare di instabilità, che veniva ancora esaminata da autori come il già citato Crosa, interessato sia al tema della funzione normativa, sia a quello classico dell'evoluzione della forma di governo parlamentare.

Con l'avvento del fascismo la repubblica di Weimar apparve, dunque, come l'esempio paradigmatico delle convulsioni della liberaldemocrazia policratica. La classe dirigente fascista trovò, infatti, un'ulteriore conferma della prospettiva autoritaria, intrapresa sulla base del compromesso mo-

²⁰ v. R. REDSLOB, *Le régime parlementaire*, cit.

²¹ v. E. CROSA, *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e Germania*, cit.

²² Si spiega in questo modo la traduzione di G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, tr. di M. Petrozziello, intr. di V.E. Orlando, Milano 1921 che certifica come la dottrina tradizionale tedesca nel 1914, nel 1921 e nel 1949 continuerà a fare riferimento a un mostro sacro del positivismo guglielmino.

narco-fascista, proprio nelle difficoltà delle democrazie pluraliste ed in particolare di quella tedesca e austriaca. Il mito della terza via, tra comunismo e liberaldemocrazia, ricordato dallo stesso Costantino Mortati nel 1946²³, trova conforto dall'esame svalutativo degli avvenimenti tedeschi e sovietici. In particolare, un'analisi sistematica delle riviste impegnate del regime dimostrerebbe l'attenzione per le convulsioni tedesche e l'utilizzazione delle stesse a fini interni. In questa prospettiva, ad es., sono significative le cronache di Romulus sulla *Nuova antologia* diretta da Federzoni, che evidenziano un'esplicita attenzione per i tedesco-nazionali (DNVP di Alfred Hugenberg), in una riproduzione speculare del rapporto nazionalismo fascismo²⁴.

Da parte loro i giuspubblicisti tradizionali continuarono a trascurare la Germania weimariana, mentre la giovane giuspubblicistica si rivolse alla dottrina antiformalista che criticava le soluzioni e il funzionamento della repubblica tedesca. In sostanza la vicenda concreta delle istituzioni weimariane ridusse il già debole interesse dei giuspubblicisti italiani nei loro confronti e venne piuttosto sostituita dall'interesse per la dottrina antiformalistica tedesca di Triepel, Smend e Schmitt, che ne evidenziavano impietosamente la crisi e le contraddizioni. In quest'opera di scavo si distinsero – come si diceva in precedenza – gli elementi meno tradizionali e più eterodossi della giuspubblicistica italiana. Tra questi spiccano i due maestri di Costantino Mortati: Luigi Rossi, uomo politico della destra liberale e costituzionalista collegato alle origini della scuola orlandiana, ma caratterizzato da tendenze comparatistiche sin dagli anni Novanta del secolo XIX²⁵ e Sergio Panunzio, uno degli intellettuali di punta del regime²⁶.

Al centro della riflessione collettiva di questi giuristi si pose il rapporto tra teorie giuridiche costituzionali, istituzioni e base sociale. In questa prospettiva il crogiolo weimariano risultava di alta significazione sia come esempio negativo, sia come possibilità di funzionalizzare l'attività giuridica a quelli che venivano considerati i nuovi compiti che l'ordinamento autoritario a tendenza totalitaria stava ponendosi. Venne così a svilupparsi una dialettica interessante nel periodo terminale degli anni Venti tra giuristi tedeschi, che guardavano al caso italiano considerandolo più vicino ai loro paradigmi tradizionali, e quelli italiani, che guardavano – invece – al caso

²³ C. MORTATI (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946.

²⁴ F. LANCHESTER, *Luigi Federzoni tra sovversione e rivoluzione*, in B. COCCIA, U. GENTILONI SILVERI (a cura di), *Federzoni e la storia della destra italiana nella prima metà del Novecento*, Bologna 2001, p. 171 ss.

²⁵ F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit.

²⁶ Su Panunzio v. P. RIDOLA, *Sulla fondazione teorica della "Dottrina dello Stato". I giuspubblicisti della Facoltà romana di Scienze politiche dalla istituzione della Facoltà al 1943* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato e presente delle Facoltà di Scienze politiche*, Milano 2003, p. 109 ss.

tedesco soprattutto per recepire un approccio dinamico nella comprensione delle trasformazioni delle società di massa.

Si trattò di una dialettica plurifattoriale che in Italia vide contrapporsi la dottrina più tradizionale a quella più vicina al regime, mentre in Germania la polemica a distanza tra Leibholz e Heller sulla natura del fascismo italiano evidenziò un'interessante frattura anche all'interno della giuspubblicistica antiformalista tedesca, capace di offrire squarci rivelatori sulle sue stesse posizioni nella fase terminale dell'esperienza democratica²⁷.

4. Con il crollo weimariano l'esempio tedesco entrò a pieno titolo nell'ambito della discussione fascista sulle innovazioni incrementali del regime, sulla base dell'esperienza di costruzione dell'ordinamento totalitario nazista. Non è questo il luogo per affrontare un dibattito complesso, legato alla dialettica del compromesso diarchico tra monarchia e fascismo. Basta accennare a come la forza di gravità dell'esperienza nazista influisce nella discussione interna al regime fascista, sovrapponendosi alla tensione tra radicali, cultori di un ordinamento totalitario, e moderati volti al mantenimento del sistema diarchico e di un relativo pluralismo dei sottosistemi all'interno dello Stato autoritario. In questa prospettiva la discussione sul ruolo del partito divenne strategica ed è stata anche di recente al centro delle riflessioni degli studiosi²⁸.

Scampoli significativi di un simile dibattito sono rinvenibili all'interno della dottrina giuspubblicistica italiana nelle posizioni di Carlo Costamagna e della rivista «Lo Stato», sempre più attratta dalle posizioni della Germania nazista; o in quelle di Giuseppe Chiarelli, ispiratore della rivista «Stato e diritto», in cui le novità dello Stato autoritario di massa si sposano con le esigenze di continuità con la tradizione giuridica nazionale. D'altro canto, il viaggio operato in quegli anni da alcuni giovani giuspubblicisti (da Zangara, vicesegretario del PNF, a Lavagna e Pierandrei) verso la Germania è stato

²⁷ Mi riferisco in particolare alle opere di G. LEIBHOLZ, *Zu den Problemen des Faschistischen Verfassungsrecht: Akademische Antrittsvorlesung*, Berlin 1928 e di H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, Berlin 1931. Leibholz (1901-1982), fu giuspubblicista, scienziato della politica e giudice al Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe dal 1951 fino al 1971, noto per la sua teoria dello Stato dei partiti (per la sua biografia intellettuale si rinvia all'intr. di F. LANCASTER a G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e lo Stato autoritario*, Milano 1996). Herman Heller (1891-1933), giuspubblicista e scienziato della politica di orientamento socialdemocratico morì in esilio in Spagna (per l'impatto sulla dottrina tedesca e non si v. C. MÜLLER, I. STAFF (a cura di), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, Frankfurt a. M. 1985).

²⁸ E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo: il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma 1995; P. POMBENI, *Demagogia e tirannide*, Bologna 1994.

descritto da Mario Galizia che ha anche confermato l'esistenza di un dibattito estremamente intenso all'interno del «pluralismo limitato» esistente nel regime²⁹. In un simile ambito la persistente influenza delle categorie concettuali prodottesi durante il periodo weimariano non è solo rilevabile in studiosi come Costantino Mortati, che non tiene in alcun conto della discussione nazista, ma si allarga – nell'ambito del progressivo distacco della classe dirigente dal regime fascista – al tema dell'indispensabile socialità che devono avere gli assetti politici. In questa prospettiva, assume un rilievo notevole anche la discussione nel mondo cattolico sull'esperienza totalitaria e sulle necessità di garantire – con lo Stato sociale – i diritti fondamentali della persona umana e la stabilità sistemica. Si tratta di prodromi di un dibattito che diverrà sempre più intenso nel tempo e che farà tesoro della riflessione internazionale sulla crisi delle democrazie europee nel primo dopoguerra.

5. Dopo il crollo del fascismo e durante il periodo costituzionale transitorio l'esperienza weimariana venne analizzata in Italia nei suoi differenti aspetti. A suo tempo, Silvio Basile³⁰ ha messo in evidenza come numerose suggestioni weimariane abbiano pervaso l'attività dei Costituenti italiani. In modo esemplare, proprio uno di questi, Costantino Mortati, fece dell'esame della Costituzione di Weimar il punto centrale di uno psicodramma individuale e collettivo, legando l'attenta analisi del contesto sociale e politico tedesco al crollo delle democrazie continentali³¹. Tutti i suoi scritti di questo periodo (dalla relazione alla Commissione Forti³², al volume su «La Costituente»³³ fino ad arrivare all'introduzione al volumetto sulla Costituzione di Weimar) tendono a rispondere agli interrogativi comuni alle classi dirigenti del periodo su come gli ordinamenti democratici collassino e su quali siano gli strumenti per costruire democrazie stabili. La stessa idea di uno Stato dei

²⁹ M. GALIZIA, *Autorità, autonomie e "democrazia di massa?" nell'evoluzione di Vincenzo Zangara*, in *Quad. cost.*, 1988, n. 1, p. 109 ss.; M. GALIZIA, *Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Milano 1996, p. 17 ss. Per i contatti italo-tedeschi, soprattutto nella seconda metà degli anni Trenta e nel primo biennio degli anni Quaranta, v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt 2005, e A. DI MARTINO, *Rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca durante il fascismo intorno allo Stato di diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1.

³⁰ S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze tedesche*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna 1980, p. 45 ss.

³¹ C. MORTATI, *Introduzione*, a «La Costituzione di Weimar», cit.

³² G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna 1979, passim.

³³ C. MORTATI, *La Costituente*, Roma 1945.

partiti strutturato che Mortati, con Lelio Basso, all'Assemblea costituente sussume dal dibattito weimariano se confrontata con quella dell'art. 21 del *Grundgesetz*, la vicenda dell'art. 49 Cost. evidenzia le analogie dei problemi, ma anche la divergenza delle risposte³⁴.

Il risultato del lavoro costituente, frutto dell'incontro di forze tra loro eterogenee, fu, quindi, che nel nostro ordinamento vennero recepiti la sovranità popolare e i diritti fondamentali, ma si costruirono istituzioni deboli, caratterizzate da parlamentocentrismo, proporzionalismo e un sistema di equilibri al centro e in periferia, che evidenziavano la paura del tiranno e suggerivano le difficoltà che l'ordinamento avrebbe dovuto superare in prosieguo³⁵. Si trattava dunque di una costruzione che non poteva essere definita weimariana nella struttura della forma di governo, perché riduceva gli elementi di tipo plebiscitario, avvicinandosi al prodotto della II Costituente della IV repubblica, ma che affrontava in maniera originale il tema dello Stato sociale³⁶ e dell'articolazione del rapporto centro-periferia in una situazione che si inseriva nell'ambito di un'Europa divisa dal conflitto, ma senza gli elementi liminari della Germania divisa.

6-6.1. Durante il primo decennio di vita della *Grundgesetz* l'attenzione italiana per il caso tedesco apparve tutta interna alla spaccatura est-ovest. Le incertezze della stessa dottrina costituzionalistica italiana sono evidenti nella stessa posizione di Costantino Mortati che, commentando le costituzioni della BRD e della DDR³⁷ criticò esplicitamente la democrazia protetta prefigurata da Bonn e non sembrò accorgersi della natura peculiare dell'ordinamento di Pankow. La cosiddetta Germania occidentale venne osservata al massimo come elemento di novità comparatistica (ad es. per il sistema elettorale della proporzionale personalizzata da tecnici del settore come Silvio Furlani)³⁸, ma non poteva avere alcuna rilevanza come esempio per il sistema politico italiano, caratterizzato dalla presenza del maggior partito comunista dell'occidente. La DDR, così come gli altri ordinamenti nell'area di influenza sovietica, rientravano – invece – nell'analisi idealizzata che la

³⁴ S. BONFIGLIO, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 2017, n. 3, p. 1597 ss.

³⁵ F. LANCHESTER, *I giurubblicisti tra storia e politica*, cit., p. 61 ss.

³⁶ Vedi su questo, in continuità con il dibattito degli anni del regime fascista, F. PERGOLES, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Milano 1946; v. per questo anche A. MAZZACANE, A. SOMMA, M. STOLLEIS (a cura di), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen*, Frankfurt 2005.

³⁷ C. MORTATI, *Le due costituzioni tedesche*, in ID., *Scritti*, Milano 1972, p. 379.

³⁸ S. FURLANI, *Le tecniche della rappresentanza: cinquant'anni di ricerche sul diritto elettorale in Italia e all'estero*, Reggio Calabria 1996.

sinistra allora faceva delle democrazie popolari³⁹. Può, oggi, sembrare paradossale, ma proprio nel momento in cui, nel 1959, la SPD compiva a Bad Godesberg l'ultimo passo del processo di integrazione, che negli anni successivi le avrebbe permesso di prendere le redini del governo, il maggior partito politico della sinistra italiana (il PCI) difendeva la sua specificità, ribadendo la strategia difensiva della non integrazione e la ferma contrarietà all'alleanza riformista di centro-sinistra. In un simile contesto le analisi di Karl Dietrich Bracher sulla dissoluzione della Repubblica di Weimar⁴⁰ vennero utilizzate da Giovanni Sartori per formulare una teoria dei sistemi di partito che ebbe molta influenza all'interno dell'ordinamento politico costituzionale italiano. In polemica con le pionieristiche impostazioni duergiane Sartori aveva analizzato, tra gli altri, i casi weimariano e francese come tipici di democrazie pluripartitiche attaccate da opposizioni bilaterali antisistema e prospettava prognosi infauste per gli ordinamenti che non avessero introdotto meccanismi elettorali selettivi simili al doppio turno francese. Le analisi di Giorgio Galli, provenienti da indagini operate dall'Istituto Cattaneo di Bologna⁴¹, avrebbero sostenuto, qualche tempo dopo, l'ipotesi del bipartitismo imperfetto e, successivamente, quella della possibile integrazione dell'opposizione comunista.

Tra questi due paradigmi, che – nati negli anni Sessanta sulla base delle indagini internazionali sull'opposizione – condizioneranno per molto tempo le analisi accademiche e le prospettive di innovazione istituzionale⁴², si incominciò ad inserire una terza prospettiva, derivata proprio dalla coeva dinamica tedesca e cioè lo schema che poi Paolo Farneti teorizzò come pluralismo centripeto⁴³. Lo schema in questione possedeva, oltre a elementi di tipo descrittivo, forti caratteristiche assiologiche ed evidenziava come, nella temperie della deideologicizzazione e della trasformazione dei partiti da partiti organizzativi di massa in partiti pigliatutto (*catch all parties*), il sistema politico italiano avrebbe potuto normalizzarsi attraverso una dinamica simile a quella tedesca. Questa strategia, che accettava il sistema elettorale tedesco per quanto riguardava la cd. *Sperrklausel*, venne prospettata per la prima volta subito dopo la rottura della coalizione di centro-sinistra e la nuova

³⁹ Vedi su questo G. AMATO, F. LANCHESTER, *Pci e istituzioni: l'integrazione difficile*, cit.

⁴⁰ K. D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Stuttgart 1957.

⁴¹ G. GALLI, *Dal bipartitismo imperfetto alla possibile alternativa*, Bologna 1975 e ID., *Il bipartitismo imperfetto: comunisti e democristiani in Italia*, Bologna 1966.

⁴² D. FISICHELLA, *L'alternativa rischiosa. Considerazioni sul difficile governo*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1972, n. 3, p. 589 ss.

⁴³ P. FARNETI, *Il sistema dei partiti in Italia 1946-1979*, Bologna 1983.

scissione socialista ed ebbe vero vigore solo dalla seconda metà degli anni Settanta, quando il bipartitismo DC-PCI pervenne ai massimi storici⁴⁴.

Altri elementi del modello tedesco non ebbero che scarsa udienza in ambito italiano. In particolare, il Cancellierato, con l'investitura parlamentare in ingresso e la sfiducia costruttiva in uscita, contraddiceva troppo palesemente la realtà di un ordinamento dove il Presidente del Consiglio era un mediatore e non il segretario del partito più forte della coalizione di governo. Il sistema politico bloccato vedeva in sostanza nel partito di maggioranza relativa il centro di tutte le contraddizioni dell'ordinamento e le stesse impedivano ogni eccessiva concentrazione di potere.

6.2. Il 1969 costituisce – come è noto – uno spartiacque per la vicenda italiana. Michele Salvati, in un volume redatto con Alfredo Gigliobianco, sostenne che in quegli anni la classe dirigente italiana perse l'occasione della modernizzazione del sistema politico⁴⁵. Si entrò in effetti in un tunnel in cui la necessità di integrare il maggior partito della sinistra italiana si collegò con la teoria ingraiana della rete delle assemblee elettive.

In una stagione dinamica, ma confusa, l'ordinamento politico-costituzionale italiano applicò con più di venti anni di ritardo gli istituti delle regioni e del referendum previsti dalla Costituzione, provvide a disegnare – con i regolamenti parlamentari e gli statuti regionali – un rapporto maggioranza opposizione che rispecchiava la già citata impostazione maggioritario-minoritaria di Lavagna e di Basso, adottò la legge sul finanziamento pubblico dei partiti. A commento di questo periodo Giuseppe Di Palma nel suo volume *Surviving without governing*⁴⁶, sostenne che il Parlamento italiano non possedeva le regole decisionali minime di una democrazia occidentale efficiente.

La crisi economica e il pericolo terroristico compattarono le forze politiche, comportando accordi per la riduzione di spazi di libertà, ma espressero anche la persistenza della *conventio ad excludendum* nei confronti del PCI. In questi anni le esperienze di Weimar e di Bonn ebbero un intenso ed opposto successo. Da un lato l'instabilità persistente ed i pericoli per l'ordinamento democratico favorirono le analogie con la prima repubblica tedesca, che venivano evocate sia da destra che da sinistra; dall'altro la reazione di

⁴⁴ F. LANCHESTER, *Sistema elettorale e forma di governo*, cit., e ID., *Il sistema elettorale in Germania e la discussione sulle riforme istituzionali in Italia*, in *Parlamento*, 1988, nn. 5-7, p. 17 ss.

⁴⁵ A. GIGLIOBIANCO, M. SALVATI, *Il maggio francese e l'autunno caldo italiano: la risposta di due borghesie*, Bologna 1980.

⁴⁶ G. DI PALMA, *Surviving without Governing: the Italian Parties in Parliament*, Berkeley 1977.

Bonn nei confronti degli episodi terroristici e la legislazione sul cd. *Berufsverbot* venne considerata altamente pericolosa da fette importanti delle élites politico-culturali italiane⁴⁷. I due temi in realtà finivano per sovrapporsi, ma venivano risolti in maniera differente sulla base della scriminante politica. Sono questi gli anni in cui Weimar e il *Modell Deutschland*⁴⁸ furono presi in considerazione sulla base di una serie differenziata di influssi culturali: dalla riscoperta di Schmitt, reintrodotta in Italia da Gianfranco Miglio⁴⁹, a quella dei giuslavoristi weimariani⁵⁰ fino ad arrivare alle analisi di Gian Enrico Rusconi sul ruolo della sinistra socialdemocratica e la sua integrazione⁵¹.

Proprio in questo periodo alcuni dei nostri padri costituenti, Mortati e altri, cominciarono a sostenere che l'omogeneizzazione progressiva del sistema, di cui era un indice l'incontro tra le maggiori forze politiche, avrebbe dovuto favorire l'introduzione di elementi di maggiore decisione⁵². EspONENTI dei partiti laici (tra cui anche giovani costituzionalisti) sostennero invece che la Costituzione era stata finalmente attuata nella sua parte organizzativa, ma che – per l'integrazione totale e la normalizzazione del nostro ordinamento – erano necessarie delle riforme istituzionali adeguate ad attivare il meccanismo dell'alternanza⁵³.

Iniziava con la fine degli anni Settanta la stagione delle innovazioni discusse e mai attuate, in un immobilismo, sempre più pericoloso, che trovò la sua conclusione nella crisi di regime dei primi anni Novanta. Dopo l'esperienza dei governi di unità nazionale, le coalizioni pentapartito riproposero sotto altra forma l'importanza del centro, ma dimostrarono anche, che negli anni Cinquanta esso aveva svolto una funzione salvifica, ma che ora rischiava di essere solo strumento di una strategia immobilistica. Il dibattito

⁴⁷ A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Il controllo delle idee politiche nella repubblica federale tedesca (il cosiddetto "Berufsverbot")*, in *Giur. it.*, 1976, n. 12, p. 246 ss.; S. SENESE, *Le risposte istituzionali al rapimento e all'assassinio di Scheyer nella Germania federale ed il restringimento della dialettica democratica nella società e nel processo penale*, in *Quale giustizia*, 1977, dicembre, p. 764 ss.; C. VON BRAUN-MUHL, *Diritti civili e repressione in Germania occidentale*, in *Mulino*, 1977, agosto, p. 606 ss.; L. MISTRORIGO, *La democrazia in Germania e lo "spettro" di Weimar*, in *Civitas*, n. 1, p. 33 ss.

⁴⁸ V. *Modello Germania: Strutture e problemi della realtà tedesco-occidentale*, a cura dell'Istituto Gramsci, Sezione emiliana; introduzione di Enzo Collotti, Bologna 1978.

⁴⁹ G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), C. SCHMITT, *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Bologna 1981.

⁵⁰ G. ARRIGO, G. VARDARO (a cura di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma 1982.

⁵¹ G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar: crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino 1977.

⁵² A. BARBERA, S. CECCANTI, *La lenta conversione maggioritaria di Costantino Mortati*, in *Quad. cost.*, 1995, n. 1, p. 67 ss.

⁵³ E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna 1978; G. AMATO, *Una Repubblica da riformare: il dibattito sulle istituzioni in Italia dal 1975 ad oggi*, Bologna 1980.

sulle innovazioni istituzionali mise in discussione anche a sinistra quel modello parlamentocentrico che proprio all'inizio degli anni Settanta aveva conformato il sistema dei regolamenti parlamentari agli statuti regionali.

Durante tutto il decennio successivo, al di là del gran parlare di macroinnovazioni, vennero introdotte importanti modifiche dei regolamenti parlamentari e della normativa ordinaria, in maniera da adeguare il più possibile il funzionamento istituzionale ad un nuovo tipo di rapporti tra maggioranza e opposizione. In questo periodo si parlò in maniera polemica di Weimar soprattutto in relazione alla proposta di semipresidenzialismo proposta da Giuliano Amato, rilevandone la contraddizione con il modello francese della V Repubblica⁵⁴, mentre il caso tedesco federale veniva discusso sia per quanto riguarda il rapporto Governo-Parlamento, sia per quanto atteneva al sistema elettorale. Nel corso dei lavori della Commissione Bozzi l'ipotesi di un sistema elettorale basato su principi simili a quelli della proporzionale personalizzata venne avanzata da una serie di intellettuali (Barbera, Pasquino, Giugni, ecc.), ma non trovò alcun sostegno esterno. Anzi durante i lavori della citata Commissione si sentirono ancora tra gli esponenti comunisti i residui di una politica istituzionale tradizionale, che poco dopo venne rinnegata⁵⁵.

Il problema italiano dell'impossibilità di innovare si presentava insolubile e venne esposto da Gustavo Zagrebelsky con la ripresa del paradosso weimariano del riformatore: se le cose vanno bene non è necessario innovare; se – invece – la situazione è critica, risulta impossibile farlo per i veti incrociati⁵⁶. Di qui la discrasia tra una discussione sui massimi sistemi e la realtà dell'innovazione istituzionale concreta, che si sostanziò proprio nel 1988 nelle modifiche regolamentari sul voto segreto alla Camera dei deputati⁵⁷ e nella l. 400 del 1988 sulla Presidenza del Consiglio⁵⁸. Di qui anche la prospettiva, da parte di alcuni, (Galeotti, ma prima Bon Valsassina) di una

⁵⁴ Vedi su questo F. LANCHESTER, *Le riforme istituzionali tra aspirazioni partigiane e vincoli sistemici*, in *Quad. cost.*, 1987, n. 2, p. 365 ss.

⁵⁵ V. F. LANCHESTER, *Votazioni, riforme istituzionali e sistema politico*, Roma 1987.

⁵⁶ V. G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1985, p. 915 ss., che faceva riferimento a E. FRAENKEL, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie* (1932), in H. BUCHSTEIN (a cura di) *Gesammelte Schriften*, Band 1, *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden Baden 1999, p. 516 ss.

⁵⁷ Su cui v. F. LANCHESTER, *L'incidenza dei sistemi e dei modi di votazione nelle assemblee parlamentari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, n. 4, p. 1235 ss.; A. CASU, *Voto segreto e voto palese nei regolamenti parlamentari dal 1848 ai giorni nostri*, *ivi*, 1986, n. 2, p. 553 ss. e V. MAGGIANI, *Innovazioni nei regolamenti parlamentari in materia di voto segreto*, in *Giur. cost.*, 1989, n. 1, p. 217 ss.

⁵⁸ S. BARTOLE, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, n. 9, p. 1469 ss.; L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto col principio di*

strategia istituzionale basata sul referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost., capace di rompere il circolo vizioso dell'innovazione⁵⁹.

Il 1989-1990 fu un anno decisivo per la Germania federale, ma lo fu, pur se in maniera meno manifesta, anche per l'Italia. Se il crollo del muro di Berlino costituì per la Germania il volano della riunificazione (con tutte le conseguenze simboliche e pratiche del caso), per l'ordinamento italiano esso volle dire l'inizio della crisi dei soggetti politici che per tanti anni avevano caratterizzato il sistema. La fine della contrapposizione est-ovest con la scomparsa del tradizionale «nemico», il processo di integrazione europeo, l'impossibilità di continuare a finanziare il consenso attraverso il deficit pubblico, la crescita di formazioni autonomiste in alcune regioni del paese e poi le inchieste dei magistrati misero in sempre maggiore difficoltà la classe politica tradizionale.

Tra i molti elementi evocabili di questo periodo ne scelgo due, che per analogia o per contrasto attengono all'argomento della modellistica istituzionale tedesca. Il primo è costituito dall'attività del Presidente della Repubblica *pro tempore* Francesco Cossiga, che – sulla base della cesura epocale avvenuta in quegli anni – portò avanti una attività di esternazione inusitata, cui corrispose una richiesta di messa in stato d'accusa da parte del maggior partito della sinistra. Agli argomenti pragmatici evocati dal Capo dello Stato a giustificazione della sua attività (il crollo sostanziale dell'ordinamento precedente e la necessità di un rapido e profondo mutamento) se ne aggiungevano altri che facevano riferimento alle polemiche weimariane tra Kelsen e Schmitt su chi dovesse essere il custode della Costituzione. Il ruolo del Presidente della Repubblica, che Cossiga considerava di stimolo e in connessione con il sentimento popolare, avrà anche nel periodo successivo una posizione determinante, sulla base dello sgretolarsi del sistema partitico tradizionale e della debolezza delle maggioranze di governo. Esso evocherà in più occasioni, seppur in condizioni estremamente differenti, i fantasmi weimariani dei governi presidenziali⁶⁰.

Il secondo elemento che intendo mettere in evidenza è quello relativo all'uso del referendum, che come si è visto ha incominciato ad essere teorizzato come strumento di rottura dell'immobilismo proprio nel secondo lustro degli anni Ottanta. L'istituto del referendum abrogativo, su cui molto

legalità, *ivi*, p. 1476; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, *ivi*, p. 1483 ss.; G. U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, *ivi*, p. 1494 ss.

⁵⁹ S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Milano 1983.

⁶⁰ Sul tema vedi F. C. MAYER, *Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?* In *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2004, n. 3, p. 411-435.

si discusse alla Assemblea costituente dove i progetti Mortati (fondati su suggestioni weimariane) vennero selvaggiamente ridotti, venne introdotto con ritardo dopo più di vent'anni dalla promulgazione della Costituzione. Esso mutò nel ventennio successivo il proprio significato di strumento per la conduzione di battaglie relative a diritti di libertà da parte di gruppi di cittadini a meccanismo per la continuazione della lotta partitica dal Parlamento al Paese, per divenire, in seguito, lo strumento principe per la innovazione di rottura⁶¹.

In questa prospettiva la lezione weimariana sul pericolo che le votazioni deliberative del Corpo elettorale assumessero caratteristiche plebiscitarie era stata recepita dal *Grundgesetz* di Bonn con l'esclusione dell'istituto a livello nazionale e con la rigida strutturazione partitica dell'ordinamento istituzionale. La sent. n. 47 del 1991 della Corte costituzionale, che dichiarò ammissibile il referendum sulla preferenza multipla, costituì un momento fondamentale nella destrutturazione del vecchio assetto di potere, aprendo la porta ai referendum del 1993 sul sistema elettorale del Senato e sul finanziamento pubblico ai partiti⁶².

In una siffatta situazione l'innovazione istituzionale, che non riusciva ad essere decisa dall'*élite*, venne introdotta forzatamente dal basso in correlazione con la decapitazione morale di una parte dello stesso ceto politico. Le discussioni avvenute all'interno della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali De Mita-Jotti tra il 1992-1993 non potevano che confermare l'impotenza di soggetti politici in via di eliminazione. Al di là delle suggestioni tedesco-federali rilevabili nel progetto di revisione dell'art. 117 Cost. e dei tatticismi impliciti nella presenza di formazioni con aspirazioni scissionistiche, era evidente la rottura che il previsto referendum confermativo avrebbe operato con il passato e il desiderio di rilegittimare l'ordinamento attraverso la deliberazione popolare.

6.3. Alle spalle della crisi di regime del 1992-1993, che ha visto scomparire tutti i partiti che avevano approvato la Costituzione repubblicana, sono state effettuate cinque elezioni politiche (1994, 1996, 2001, 2006 e 2008), caratterizzate dal processo di cambiamento del sistema partitico verso un tendenziale bipolarismo, con pluralismo coalizionale accentuato, che è stato

⁶¹ Vedi sul tema, per un'analisi di largo respiro, A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano 1994 e AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del Seminario* (Roma, 5-6 luglio 1996), Milano 1998.

⁶² F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali*, Roma 1992, e ID., *Riflessioni sulle innovazioni istituzionali ed i pericoli delle "democrazie a basso rendimento"*, in *Pol. dir.*, 1995, n. 2, p. 145 ss. Sul tema v. A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano 2009.

formalmente ridotto nel 2008. Nel periodo si sono succeduti due sistemi elettorali (uno tendenzialmente maggioritario; un altro basato su formula non maggioritaria, premio di coalizione e clausole di esclusione), mentre sono state – da un lato – introdotte novelle costituzionali importanti per il livello regionale (Titolo V della Cost.), e respinti – dall'altro – incisivi interventi sull'intera parte organizzativa della Costituzione attraverso votazione popolare.

Nel 1997, dopo la vittoria elettorale del centro-sinistra con il I governo Prodi, è stata anche introdotta una vera e propria rottura nel procedimento di revisione attraverso la Commissione bicamerale D'Alema. Durante i lavori della Commissione D'Alema, cui il mondo dei costituzionalisti ha prestato molta attenzione ma spesso senza considerarne le caratteristiche peculiari⁶³, i partecipanti alla stessa hanno fatto frequente riferimento al dato comparatistico, soffermandosi con particolare insistenza sull'esempio tedesco. Non ho intenzione di operare in questa sede un esame particolareggiato di come Weimar e Bonn siano stati evocati dalla Commissione bicamerale. Per utilizzare in maniera impressiva perifrasi semplificatorie direi, tuttavia, che gli innovatori italiani, non avendo ancora superato completamente la sindrome di Weimar, hanno comprato un biglietto per Londra con tratta circolare Berlino-Parigi, ma poi hanno avuto paura di volare e sono rimasti a terra.

L'aspirazione ad introdurre una forma di governo parlamentare razionalizzata stabile ed un tipo di Stato federale si è, dunque, scontrata con le vecchie remore di sempre e con un processo di ristrutturazione del sistema partitico ancora in corso.

Alla fine della legislatura 1996-2001 la maggioranza di sinistra ha approvato in maniera controversa la citata riforma del Titolo V della Costituzione, che nella legislatura successiva ha provocato la ben più incisiva proposta di innovazione della parte II della Costituzione nel 2005, che poi non ha superato il vaglio del referendum confermativo l'anno successivo.

Nel corso della legislatura successiva l'idea della riforma incisiva della parte seconda della Costituzione si è collegata con quella elettorale. Se nel corso della legislatura precedente la commissione D'Alema aveva sdoganato

⁶³ Vedi il n. speciale della rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* (1997) dedicato ad un primo commento dei lavori della Commissione bicamerale, ma v. anche tra i numerosissimi contributi: F. CUOCOLO, *Bicamerale: atto primo. Il progetto di revisione costituzionale*, Milano 1997; F. TERESI, *La strategia delle riforme. La tormentata revisione della Costituzione repubblicana. Materiali di studio*, Torino 1998; V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della 13ª legislatura: cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino 1998; S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano 1998.

il semipresidenzialismo; durante la legislatura 2001-2006 sono apparse le ipotesi del premierato forte e del premio di maggioranza elettorale. Il primo, preparato in maniera sistematica anche attraverso pontieri istituzionali, tendeva a ingessare sul Capo del Governo, il rapporto con il Corpo elettorale, secondo schemi non reperibili né nel Regno Unito, né in Germania⁶⁴. Esso non è riuscito a passare; mentre il secondo è stato approvato in zona Cesarini tra alti lai, ma con sostanziale consenso dei maggiori *partners*. I modelli comparatistici in questo caso sono stati emarginati dall'esperienza profonda del premio di maggioranza per consolidare le coalizioni che, passando dalle proposte di Sturzo alla legge Acerbo e alla legge elettorale del 1953, costituisce la vera memoria storica del riformatore elettorale. La scarsa polemicità con cui si è accettato il nuovo sistema elettorale la dice, però, lunga sulla convergenza degli interessi dei partner.

Il modello tedesco è divenuto negli anni successivi un riferimento sostanzialmente *retorico* per il centro-sinistra per significare alleanze alternative a quelle bipolarizzanti della seconda fase della Costituzione repubblicana. In particolare, ci si è soffermati sul tema del sistema elettorale tedesco e la sinistra, in precedenza tradizionalmente contraria a proporzionale personalizzata e soglia di esclusione, ha visto nello stesso una ancora di salvezza alternativa. Durante gli anni Novanta il *leitmotiv* era quello della adozione del sistema elettorale uninominale a doppio turno con ballottaggio; successivamente vi è stato uno spostamento deciso verso il meccanismo tedesco, ormai abbandonato da tempo dagli istituzionalisti di Forza Italia e poi del Popolo della Libertà. D'altro canto, le spinte centrifughe portano a guardare con favore gli esempi spagnolo e tedesco per il rapporto centro-periferia istaurato, nella prospettiva delle rispettive innovazioni incrementali.⁶⁵

La forma di governo del Cancelliere pare, d'altro canto, troppo debole per parte dei contendenti, che la considerano pericolosa proprio per la riproposizione della *Große Koalition* nel settembre del 2005. Più frequenti e

⁶⁴ Per l'operazione relativa al cosiddetto premierato forte prospettata dall'allora Presidente del Senato Pera e supportata in modo differenziato all'interno della *Fondazione Italianeuropèi* e *Fondazione Magna Charta* vedi S. CECCANTI, *Il premierato. Matrici ideali e traduzioni nell'oggi*, in *Rass. parl.*, 2003, n. 2; G. PITRUZZELLA, *Le ragioni della riforma del sistema di governo e le virtù del premierato*, in *ibidem* e, in maniera indicativa, T. E. FROSINI (a cura di), *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino 2004. Sul giudizio di chi scrive sulle proposte in questione vedi F. LANCHESTER, *Il premier nostro e quello degli altri*, in *La Stampa*, 10 gennaio 2003.

⁶⁵ Vedi nella copiosa produzione sull'argomento, M. VOLPI, *Sistema elettorale tedesco e riforma elettorale in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, n. 3; F. LANCHESTER, *I modelli elettorali tedesco e spagnolo nel recente dibattito italiano*, in *Italianeuropèi*, 2008, n. 1, p. 42 ss.; M. LUCIANI, *Alcune osservazioni sul sistema elettorale tedesco*, *ivi*; V. TONTI, *Il sistema elettorale tedesco: un modello possibile per l'Italia?*, in *Forum quad. cost.*, 2008.

meno sbandierati risultano, infine, i riferimenti per le modifiche incrementalmente del federalismo tedesco che si inseriscono nell'implementazione della riforma del rapporto centro-periferia evidenziato dalla recente legge sul federalismo fiscale.

7. Parlare dell'ultimo decennio e del rapporto con Weimar e Bonn significa ripercorrere i dati della grande recessione post-2009 che ha colpito tutto il mondo occidentale ma soprattutto l'Europa di Lisbona, e analizzare l'evolversi della crisi italiana. Benché le opere su Weimar non siano state numerose⁶⁶, la sensazione di un avvitarsi weimariano della situazione europea ed italiana è sempre più presente.

Si diceva all'inizio di queste pagine che la Germania di Bonn ha costruito la sua esperienza post-bellica sulla duplice impostazione di non ripercorrere né l'esperienza totalitaria, né quella weimariana. L'insicurezza di Weimar è rimasta presente per molto tempo in Germania e la *Wiedervereinigung* l'ha attenuata all'interno (anche se l'indebolimento della SPD e della CDU/CSU e il rafforzamento dell'AfD pone problemi), ma acuita verso l'esterno. Il recupero di sovranità, unità e democrazia hanno rafforzato il senso di identità tedesca, ma hanno anche contribuito ad indebolire la spinta sovranazionale rafforzando le tendenze ordoliberali rispetto a quelle dello Stato sociale⁶⁷. In particolare, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* nell'ultimo quarto di secolo può essere considerata un indicatore empirico di un sentimento che percorre gran parte della classe dirigente e che viene confermato dallo stesso elettorato. Già le sentenze su Maastricht e di Lisbona potevano essere considerate indicative nel lungo periodo per la loro evidenziazione di una ritrosia statalistica verso l'integrazione sovranazionale. In seguito, quelle sul sistema elettorale per il Parlamento europeo (il caso della cd. *Sperrklausel*

⁶⁶ E. D. WEITZ, *La Germania di Weimar*, Milano 2009; E. NOLTE, *Rivoluzione conservatrice nella Germania della Repubblica di Weimar*, Soveria Mannelli 2009; G. MAI, *La Repubblica di Weimar*, Bologna 2011; F. LANCHESTER, F. BRANCACCIO (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano 2011; C. AMIRANTE, S. GAMBINO (a cura di), *Weimar e la crisi europea: economia costituzione politica*, Cosenza 2013; A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato*, Torino 2014; L. TENTONI, *L'Italia di Weimar*, Tricase 2014; P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016; O. KIRCHHEIMER, *Potere e conflitti: saggi sulla Costituzione di Weimar*, Modena 2017; A. WIRSCHING, *Weimar, cent'anni dopo. La storia, l'eredità: bilancio di un'esperienza controversa*, Roma 2019.

⁶⁷ Vedi su questo ampiamente A. SOMMA, *L'altra faccia della Germania: sinistra e democrazia economica nelle maglie del neoliberalismo*, Roma 2015.

2011 e 2014)⁶⁸ e sulla NPD (la sentenza sulla costituzionalità della *National-demokratische Partei Deutschlands* del 2017)⁶⁹ hanno certificato come una parte della classe dirigente tedesca abbia perso dinamicità nei confronti del progetto europeo. L'Europa e le sue debolezze, cui ha contribuito anche la scarsa capacità egemonica tedesca, sono gli elementi che fanno pensare che Weimar si sia trasferita in Europa con la centrifugazione dei *PIIGS* prima e poi con l'apparire delle posizioni sovraniste dell'Est-europeo.⁷⁰

In questo quadro complesso, che tiene conto dello spostamento degli assi geopolitici, delle difficoltà economiche che provocano la crisi dello Stato sociale e della democrazia rappresentativa, la crisi del modello democratico si presenta particolarmente preoccupante per l'Italia, caratterizzata da ipercinetismo elettorale e tentativi falliti di grande riforma costituzionale. Il sistema elettorale in senso stretto è stato, infatti, modificato per ben otto volte dal 1993 in modo intenso sia dal legislatore che dalla Corte costituzionale, mentre sia nel 2006 che nel 2016 il Corpo elettorale ha respinto innovazioni costituzionali molto rilevanti. Un PIL pro-capite in decrescita, un debito pubblico sempre più pesante, correlati con decremento demografico e disoccupazione giovanile, aggravano i problemi che colpiscono gli altri ordinamenti europei.

Per quanto riguarda l'Italia l'indebolimento dei partiti delle tradizionali famiglie politiche europee ha, infatti, portato nel 2011-2013 all'ibernazione del circuito partitico-parlamentare e poi al personalismo plebiscitario fino ad arrivare alla fase attuale del bipopulismo di Governo. Due formazioni considerate tradizionalmente antisistema ed antitetiche fra loro hanno costituito una coalizione di Governo sulla base di un *contratto*, che ovviamente

⁶⁸ Si vedano la sent. 9 novembre 2011 e la sent. 26 febbraio 2014 in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha messo in evidenza che la discrezionalità attribuita dall'Atto di Bruxelles relativo all'elezione diretta dei rappresentanti del Parlamento europeo deve conformarsi al diritto costituzionale nazionale. Sul dibattito v. G. HARTMANN, *Organklage gegen die neue 3%-Sperrklausel Das Salz in der Suppe* e H. H. VON ARNIM, *Argumentation des Prozessbevollmächtigten "Jede Sperrklausel ist verfassungswidrig"*, in *Oekologie Politik*, 2014, n. 161, p. 131 ss., ma già D. MURSWIEK, *Die Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz*, in *Juristenzeitung*, 1979, p. 48-53, con richieste che oramai si allargano M. L. FREMUTH, *Die Verfassung kennt sie nicht und die Demokratie bedarf ihrer nicht - Zur Notwendigkeit der Revision bei der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Recht zur Wahl des Deutschen Bundestages*, in *Juristenzeitung*, 2018, n. 1, p. 13-22.

⁶⁹ A. ZEI, *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos*, 2017, 518 ss; A. GATTI, *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3.

⁷⁰ In senso conforme A. WIRSCHING, *Weimar, cent'anni dopo*, cit., p. 135.

risente di continue tensioni⁷¹. Il Movimento 5 Stelle rappresenta il populismo tradizionale che protesta contro le inefficienze del ceto politico rappresentativo ed è affetto da scarsa strutturazione, mentre la Lega di Matteo Salvini rappresenta il nazional-populismo che unisce i movimenti sovranisti europei. Ciò ci dice che siamo oltre Weimar e quindi in un territorio sconosciuto, ma tuttavia pericoloso. Due populismi si sono incontrati e tentano di coprire l'intero alveo elettorale. Sarà lo sviluppo della crisi economica a dirci quali saranno gli sviluppi di una situazione che rimane preoccupante e piena di pericoli.

Dal punto di vista costituzionalistico risulta evidente la costante azione di supplenza degli organi di garanzia interna ed esterna (Capo dello Stato e Corte costituzionale), che vigilano in maniera coordinata sulla situazione. Ma come al solito, non si può richiedere troppo alle istituzioni di garanzia, che a differenza di quanto capitò a Weimar, per adesso in Italia paiono muoversi in maniera coordinata e parallela per la difesa dei valori costituzionali, come ha dimostrato, ad esempio, il recente caso scaturito dall'approvazione della legge di bilancio a fine dicembre 2018. Gli organi di garanzia interna (il Presidente della Repubblica) ed esterna (la Corte costituzionale) hanno infatti operato in questi anni al fine di controbilanciare prima l'ibernazione del circuito partitico parlamentare nel 2011 e oggi i debordamenti del bipopulismo di Governo. Il contrasto Schmitt e Kelsen sul custode della Costituzione che – come ricordato – venne evocato agli inizi degli anni Novanta in Italia vede gli stessi invece uniti, ma permane il dubbio sulla loro capacità di resistenza se le tensioni dovessero persistere o peggio aggravarsi.

⁷¹ Sulle differenze tra il *Koalitionvertrag* 2018 tra CDU/CSU e SPD tedesco e il contratto di governo tra M5S e Lega si può discutere, ma è sempre bene fare riferimento all'opera di P. A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, Milano 1975, su cui di recente v. R. NANIA, *Indirizzo politico e accordi di coalizione nel funzionamento della forma di governo*, in G. AMATO, F. LANCHESTER (a cura di), *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo, Atti del Convegno, Roma, 19 marzo 2015*, Milano 2015, p. 37 ss.

LUCIO PEGORARO

Las raíces de las «Constituciones con constitucionalismo»: la Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas

SUMARIO: 1. Premisa – 2. «Constitución con constitucionalismo», «constitucionalismo sin Constitución» y «Constitución sin constitucionalismo» – 3. Espontaneidad y pluralismo: dos distintas interpretaciones de la Resistencia – 4. Los valores constitucionales en las cartas de los condenados a muerte europeos – 5. Conclusión: Constituciones con constitucionalismos

1. Tratando con A. Rinella la categoría de las «Constitución con constitucionalismo», que se opone a aquellas de las «Constitución sin constitucionalismo» y del «constitucionalismo sin Constitución»¹, hemos destacado que la pluralidad y la variedad de las experiencias constitucionales modernas muestran cómo pueden darse Constituciones sin el trasfondo ideológico, filosófico y político conocido como constitucionalismo.

En este escrito, después de algunas líneas sobre este asunto, quiero subrayar que donde hay fractura entre formante constitucional formal y cultura jurídica (y cultura en general), la Constitución (formal) no puede funcionar, o cuanto menos funciona mal. Viceversa, donde la Constitución es expresión de ideas compartidas en la sociedad, hay armonía y el desarrollo de la Constitución es más sencillo y lineal².

El ejemplo que presentaré es el del *continuum* entre las ideas «constitucionales» de los parteros europeos condenados a muerte por los nazis y los fascistas, y algunas Constituciones de la segunda posguerra³. Siendo homogéneo el marco – la reivindicación de la libertad, la justicia y la

¹ En nuestro L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, Buenos Aires-Torino 2018, A, cap. III, secc. II, § 1. El § 2 de este escrito sigue el esquema allí desarrollado por A. Rinella.

² Cfr. mi ponencia *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, en el IV Congreso Internacional sobre *Derecho y Justicia Constitucional*, Santo Domingo, de 19 al 21 de septiembre de 2018, en *Rev. Dominicana Der. Const.*, 2019, n. 1, p. 17 ss.

³ Reenvío a mi ensayo *Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)*, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Napoli 2015, p. 521 ss., en *Quad. sulla Resistenza e la RSI (1943-1945)*, 2014, n. 1, p. 1 ss., en F. CORTESE (ed.), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze 2016, p. 241 ss.

igualdad – en algunos casos, como Francia e Italia, la síntesis de estos elementos produjo Constituciones (o reformas constitucionales) con bastante equilibrio entre tales elementos; mientras en otros (como en el Este de Europa), debido a la situación internacional (pacto de Yalta) fueron desequilibradas a favor de la igualdad.

2. La Constitución consiste en un conjunto de normas jurídicas fundamentales que son la base del ordenamiento jurídico estatal. Delinean la identidad del Estado; trazan los elementos de la forma de Estado, es decir, la relación política y jurídica que se establece entre quienes gobiernan, y por tanto ejercen el poder supremo, y quien es gobernado. Cada ordenamiento estatal, por tanto, no puede dejar de tener una Constitución, aunque bien podríamos decir igualmente un estatuto propio, un propio pacto fundamental o, simplemente, un acto constitutivo en el cuál se codifican los elementos genéticos o adquiridos que determinan la fisonomía del mismo ordenamiento constitucional.

Si bien, al menos en la perspectiva occidental, las Constituciones son el producto del constitucionalismo (el constitucionalismo de matriz liberal-democrática), existe un fenómeno que entiende la presencia de Constituciones como base de ordenamientos estatales que poco o nada tienen que ver con los principios del constitucionalismo. Dicho de otro modo, existen Estados cuya forma es solo aparentemente (o no lo es en absoluto) reconducible a las características del constitucionalismo y que, aun así, tienen una verdadera Constitución⁴. Basta recordar que los principios y valores del constitucionalismo se recogen en la célebre fórmula del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea francesa: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». Por lo tanto, una Constitución fruto del constitucionalismo debe presentar estos elementos identificativos: la afirmación de los derechos del hombre y su primacía en el ordenamiento estatal, la tutela de los derechos, también respecto de los poderes públicos, por parte de jueces que pertenecen a un orden independiente; la separación de poderes y la previsión de instrumentos y técnicas de limitación del poder político; sometimiento de todos, incluidos los poderes públicos, a la ley; el fundamento de la soberanía está en la legitimidad que deriva de la nación o

⁴ V. por ej. G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino 1990. Sobre los conflictos (y algunas propuestas para afrontarlos, en diferentes lugares del mundo), v. H. GLASER (ed.), *Norms, Interests, and Values: Conflict and Consent in the Constitutional Basic Order*, en Baden-Baden 2015.

del pueblo; la adopción de decisiones políticas se basa principalmente en el principio de mayoría; la esfera política es autónoma de la esfera religiosa, el Estado y la Iglesia están separados. Asimismo, actualmente una Constitución debe establecer además el control de constitucionalidad de las leyes, bien por parte de jueces, bien por parte de Cortes o Tribunales constitucionales. Así pues, el constitucionalismo no establece un concepto neutro de Constitución, sino que se refiere a un preciso orden de valores constitucionales.

Sin embargo, existe el caso del Reino Unido, que, a pesar de ser la patria del constitucionalismo moderno, no posee una Constitución escrita en sentido tradicional, pero sí ciertamente una Constitución sustancial impregnada por los principios del constitucionalismo.

Finalmente, hay experiencias genéricamente «autocráticas» en Estados cuyas connotaciones no son reconducibles a los principios del constitucionalismo. En esta categoría se reúne todo un conjunto de experiencias diferentes de aquella «democrática», cualquiera que sea (a menudo muy diversa) la fuente de legitimación: la pura fuerza, la ideología de un partido hegemónico, el *Führerprinzip*, la investidura de Dios, etc.⁵ Algunas características que se repiten en las experiencias de Estados cuyas características no son reconducibles a los principios del constitucionalismo son, en síntesis:

a) la afirmación de derechos fundamentales del hombre no se acompaña de un adecuado sistema de garantías;

b) no se contempla una efectiva separación de poderes. En algunos contextos, además, no está asegurada la autonomía de la política respecto de la religión⁶.

La complejidad del fenómeno deriva del hecho de que estas características, que suponen una quiebra respecto a los ideales del constitucionalismo, no se dan de manera aislada, sino que la mayoría de las veces se combinan y entrelazan.

⁵ V. A. RINELLA, *Le costituzioni dei regimi autoritari*, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, I, México 2017. En L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., cap. II, secc. II, se ha evidenciado la escasa consistencia científica y la falacia metodológica y clasificatoria de una genérica dicotomía entre ordenamientos «democráticos» y «todos los restantes» (utilizando «restantes» u «otros» en la acepción negativa del término). V. el significativo título del libro de N. J. BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, New York 2002.

⁶ Si lo está, sin embargo, en la experiencia soviética: v. G. CODEVILLA, *Lo Zar e il Patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri*, Milano 2008, p. 203 ss.; para el periodo post-soviético, v. también ID., *Stato e Chiesa nella Federazione Russa. La nuova normativa nella Russia postcomunista*, Milano 1998.

Desde el punto de vista de la investigación comparativa pueden hacerse dos observaciones.

En primer lugar, si nos alejamos de la perspectiva de los estudios anclados en visiones eurocéntricas u occidentales, es posible descubrir fenómenos que no siempre son interpretables con las categorías jurídicas arraigadas en la experiencia constitucional de Occidente⁷. Así pues, el estudio de las Constituciones sin constitucionalismo (el «sin» no tiene ninguna connotación negativa, sino que se trata tan solo de una observación) requiere un enfoque relativista, lo que significa que es necesario leer e interpretar el documento constitucional «en relación» a los principios y valores que caracterizan el respectivo ordenamiento estatal⁸.

En segundo lugar, al estudiar Derecho constitucional comparado debemos enfrentarnos a menudo con fenómenos de circulación de modelos jurídicos caracterizados por una cierta asimetría o incoherencia. El caso de las Constituciones sin constitucionalismo resulta ejemplar. Se trata de un fenómeno que ha visto circular el dato formal, la fórmula lingüística «Constitución», el envoltorio externo denominado «Constitución», pero que no ha hecho suyos los principios y valores que aquella fórmula pretendía originalmente expresar. Esto demuestra, por tanto, que existen «grietas» que marcan la distancia entre la Constitución formal y material, entre las

⁷ Un ejemplo de esta concepción, separada de perspectivas diversas, la encontramos en P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin 1988, trad. esp. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Lima 2001, espec. p. 121 ss. Pero véase también la reconstrucción crítica de C. LANDA ARROYO, de las actas del IX Congreso Mundial de Derecho constitucional, centrado en la exportación de los valores occidentales: *El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional – The comparative constitutional law on national constitutional system: with regard to the IX World Congress of Constitutional Law*, en *Rev. Fac. Der. Pucp*, 2015 n. 75.

⁸ Respecto a África v. A. C. VIMBORSATI, *“Teoria” del costituzionalismo africano. Metodo, linguaggi, istituzioni*, Torino 2008. Sobre los valores asiáticos véase A. EHR-SOON TAY, I “valori asiatici” e il rule of law, en P. COSTA, D. ZOLO (eds), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano 2002, p. 693 ss.; A. SENN, *Human Rights and Asian Values*, New York 1997, trad. it. *Diritti umani e valori asiatici*, en ID., *Laicismo indiano*, Milano 1998; T. GROPPi, *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, en *Pol. dir.*, 2006, n. 2, p. 187 ss.; T. GROPPi, V. PIERGIGLI, A. RINELLA (eds), *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, Milano 2008. V. también J. M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México 2007, y A. RINELLA, *Cina*, Bologna 2006, p. 11 ss.; ID., *Il “socialismo del libero mercato” nella Repubblica Popolare Cinese*, en *Quad. cost.*, 2007, n. 1, p. 199 ss.; D. AMIRANTE, *India*, Bologna 2007; ID., *Origine, struttura e caratteri generali della Costituzione Indiana*, en D. AMIRANTE, C. DECARO, E. PFÖSTL (eds), *La Costituzione dell’Unione indiana*, Torino 2013, p. 3 ss.; ID., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, Bologna 2015, p. 50 ss.; ID., *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell’India contemporanea*, Napoli 2019.

fórmulas y reglas escritas y las fórmulas y reglas vivientes. Por otra parte, los modelos constitucionales circulan cuando también las ideas que están detrás de aquellas disposiciones normativas circulan; por el contrario, no podrá tener lugar la circulación a través de la mera trasposición de fórmulas vacías.

Lo que debe quedar claro, es que el constitucionalismo no se construye «por arriba»: una Constitución puede ser «impuesta»⁹, pero no las ideas subyacentes. Esta es la gran culpa de Occidente: la pretensión de exportar Constituciones, a donde la cultura jurídica no ha bebido de la copa del constitucionalismo.

3. La lucha partisana en los años de la guerra nos ofrece la prueba que el orden constitucional europeo tiene sus bases firmes en valores compartidos, pese de los éxitos a veces distintos a nivel formal. En el Viejo Continente, la Resistencia a los fascismos fué el fenómeno que permitió la alineación del formante cultural e ideal a las «formas» de las nuevas Constituciones, o en algunos países, donde las antiguas Constituciones no

⁹ La definición de lo que es impuesto y lo que no lo es exige el uso de otras ciencias. La categoría es dúctil, y tiene que abordarse con teorías dúctiles de las clasificaciones. No cuenta solo la «externalización» de la manifestación de la voluntad constituyente (o de reforma); incluso, paradójicamente, quizás este sea el elemento más falaz. Cuenta, al contrario, el grado de coacción de tal voluntad, que se puede condicionar de diferentes formas (las armas, las sanciones y el chantaje económico, la amenaza de desestabilización, etc.). [V. L. PEGORARO, *Constituciones (y reformas constitucionales) "impuestas" o "condicionadas" (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)*, en R. ESCUREDO RODRÍGUEZ, J. CANO BUESO (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar* (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012), Almería 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, 2013, n. 18, p. 331 ss.] La clase de las «Constituciones impuestas» (o condicionadas) es paradigmática. Haciendo referencia solo a su origen, las que la doctrina clasifica así pueden ser definidas tales no solo gracias a criterios formales, sino también y sobre todo sustanciales (el grado de condicionamiento del órgano titular de la aprobación); no hay texto constitucional, así como cualquier enmienda a la Constitución, aunque limitada, que sea completamente inmune a las influencias externas. El caso que de forma natural trae a la memoria el fenómeno de la imitación por imposición es, sin duda, la divulgación de los modelos jurídicos europeos en las colonias (aunque la descolonización abrió recurrentemente el camino a fenómenos de aplicación generalizada de modelos jurídicos europeos por asimilación voluntaria de parte de los Gobiernos locales, una vez independizados: por ej., la experiencia iberoamericana). Piénsese incluso en el modelo que, *ratione imperii*, comienza a circular en la segunda posguerra entre los países europeos que se encuentran bajo el comunismo: el llamado «modelo normativo soviético», consolidado en 30 años de experiencia soviética. Sobre la circulación en Europa Centro-Oriental v. la bibliografía citada en L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., II, secc. II, § 8.1.

fueron formalmente reformadas, se transformó la idea del Derecho constitucional.

Según E. Opocher, «El único documento sobre el cual poderse basar» para entender el ideal de justicia en la Resistencia y la Resistencia misma son las «Cartas de condenados a muerte de la Resistencia europea»¹⁰, de las cuales «emerge en todo su valor el carácter espontáneo y peculiar de la ideología de la Resistencia». En tal documento se manifiesta «con sorprendente vigor el descubrimiento de los valores universales en su nexo unitario, como si la desesperada experiencia de la lucha contre el nazifascismo hubiera revelado, junto al clímax de la existencia terrenal de esos pobres moribundos, la superioridad del eterno frente al contingente, del social frente al individual».

Por Scarpelli, «insistir en este carácter me parece peligroso», porque «Ello conduce a confundir, en el fervor del despertar moral, las fuerzas políticas que se han resistido al fascismo durante toda la vita del régimen y las fuerzas políticas que han emprendido la vía de la resistencia al fascismo solo en el momento, que el fascismo ha procurado la debacle nacional. Ello conduce a confundir las fuerzas políticas que oponen al fascismo una visión del mundo y una cultura profunda y orgánicamente antifascista y las fuerzas políticas con una cultura muy cercana a la del fascismo o de esa no distinguible y separable con certeza, y reaccionan a la extrema abyección moral del fascismo en sus últimos años»¹¹.

Concuerdo con Scarpelli sobre dos asuntos: las Cartas no pueden ser la única clave de interpretación; y «La interpretación de la Resistencia no debe [...] volver a encontrar y representar a toda costa una unidad ideológica y política, sino reconocer la diversidad de las ideologías y de las fuerzas que operaron en ella, componiéndolas y ordenándolas en un cuadro general».

Estoy de acuerdo con Opocher sobre la exigencia de leer las bases de las ideas de justicia, de libertad, de igualdad, no solo en los informes oficiales, sino también en lo que viene expresado por quien, para instaurar un nuevo orden, las evoca en el momento en el cual no se puede mentir. Opocher – sin decirlo abiertamente – nos señala el sentido más profundo de soberanía popular, de arbitrio sobre el destino de una comunidad, de participación en las elecciones, sobre todo aquellas para las generaciones futuras.

¹⁰ P. MALVEZZI, G. PIRELLI (eds), *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, Torino 1963. V. también ID., *Lettere di condannati a morte della Resistenza italiana*, Milano 2015.

¹¹ V. E. OPOCHER, F. BENVENUTI, G. BERTI, E. GALLO (eds), *Giustizia e Resistenza*, Padova 1977, e in V. E. OPOCHER, *L'ideale di giustizia della Resistenza e la sua attuazione nel nuovo stato democratico*, p. 68 ss., y U. SCARPELLI, *Intervento*, p. 233 ss.

El universalismo evocado por Opocher se encuentra en las cartas de los condenados de toda Europa (el ser humano que se para «por un instante sobre las pequeñas cosas perdidas y sobre todo sobre los afectos familiares»), así como en ellas se encuentran los ideales de justicia y libertad; sin embargo allí, en las Cartas, se encuentran también las distintas visiones y perspectivas señaladas por Scarpelli, traducidas más tarde en la Constitución italiana y otras, donde ideologías y concepciones políticas distintas logran el equilibrio que habría fundado el nuevo Derecho constitucional.

4. Entre las muchas cartas de muchísimas y muchísimos fusilados o ahorcados o de otras maneras asesinados por los nazis y los fascistas, muchas permiten hacerse una idea de qué estaba detrás del pensamiento de un orden nuevo y, especialmente en Italia, de una futura Constitución, en la cual tales ideas se habrían incorporado y sintetizado.

Lo que une a todos, sin distinción del país de pertenencia, es sin duda la idea de la familia: no por casualidad, la Constitución italiana la habría definido en el art. 29 «sociedad natural». Quiero recordar una carta entre tantas, porque, junto a la familia, lidiando con la muerte Pietrus Friederikus Antonius Hoefslot (comerciante holandés, 49 años), escribe, indicando su axiología de valores: «Un futuro bello esta reservado a nuestra familia, a nuestro pueblo y a nuestra patria».

Patria es un vocablo usado muy a menudo, en las cartas de los condenados¹². Como aquellas del contador noruego Torleif Tellefsen: «Enfrento lo que me espera con mente tranquila, porque tengo fe profunda en la bondad de nuestro Señor y con la firme convicción que lo que hizo, fue para el bien de nuestra Patria»; del abogado griego Emmanuèl E. Lýtinis: «Que sean orgullosos mis seres queridos que muero por mi patria». Y de los tantos mensajes escritos por los combatientes rusos de la «Gran Guerra Patriótica», como quiso definirla Stalin para cimentar el amor de patria al sentimiento de clase, quizás insuficiente para movilizar el País contra el invasor; de ahí que Ivan Charitonovič Kozlov: «Vivir por la Patria, por el libre pueblo ruso, combatir para su honor y su libertad: aquí esta todo el atractivo de la vida, aquí esta – en el momento actual – el ideal de la vida»; y la muy joven estudiante Elena Konstantinovna Ubijvovk: «De aquí, del corazón del fascismo, veo claramente cual refinada ferocidad es ésta [...].

¹² Aunque la Constitución italiana lo usará, luego, solo dos veces – sobre la defensa de la Patria como «sacro deber», y sobre el nombramiento de los senadores de vita que la ilustraron – marcando una fractura entre el lenguaje usado en los días de la lucha y aquel traducido en los textos del Derecho.

No le temo a la muerte y moriré serenamente. Os beso a todos por la última vez y abrazo muy fuerte. No estoy sola. Vengan mi muerte. Con nosotros está la Patria, con nosotros está Stalin. ¡Victorial».

También los italianos la evocan: soldados, como Domenico Quaranta (teniente del Ejército, pero también estudiante de Derecho con poco más de 20 años): «Queridísimos, he muerto, haciendo mi deber hasta el final. Habría deseado continuar sirviendo a mi Patria y mi Rey [...]. Mis últimos pensamientos fueron por la Patria, por el Rey, por Ustedes»; jóvenes licenciados (Giancarlo Puecher Passavalli, doctor en Derecho, nacido en el 1923): «Muero por mi Patria. Siempre hice mi deber de ciudadano y de soldado»; y estudiantes de 18 años como Eraclio Cappannini: «mi último pensamiento será dirigido a Ustedes y a mi Patria, a nuestra querida Patria, que tantos sacrificios pide a sus hijos».

La idea de una patria más grande, sin embargo, sin renunciar a la tradicional, se encuentra en las cartas de algunos combatientes socialistas y comunistas italianos, que como los rusos y muchos otros abrazaron el internacionalismo proletario: Pietro Benedetti (Italia, 1902, ebanista, militante del Partido Comunista) así insta a sus hijos: «Transformen el amor por la humanidad en una religión y estén siempre atentos a las necesidades y los sufrimientos de vuestros iguales. Amen la libertad y recuerden que este bien debe ser pagado con continuos sacrificios y tal vez con la vida. Una vida en la esclavitud es mejor no vivirla. Amen la madrepatria, pero recuerden que la verdadera patria es el mundo, y en cualquier lugar que estén vuestros iguales, ellos son vuestros hermanos. Si con mi muerte tu y mis hijos perderan mi amor y mi apoyo, siempre tendrán un amor y un apoyo más grandes: el de la humanidad finalmente libre, que acogerá en su gran familia los huérfanos y las víctimas de esta inmensa tragedia».

Y luego el pueblo, al cual la Constitución italiana confiará no solo el ejercicio, sino también la titularidad de la soberanía, como bien subraya Mortati en su comentario del art. 1¹³: pueblo, a lo cual el estudiante Voio Rajnatovič (Yugoslavia, nacido en 1916), como otros, dedica su vida: «Tengo el honor de morir para el pueblo y bajaré a la tierra con una canción en los labios, convencido que el pueblo vengará su digno y honesto hijo, a quien no le importa ofrecer su juventud, su sangre y su vida para su bien, para un futuro mejor y más feliz». El pueblo no es, en la visión de los partesanos, la mera suma de individuos, o el cuerpo electoral, sino algo más y distinto, y parece incorporar también aquel elemento espiritual que define la idea de «nación», aunque no coincidiendo con esa. Y así fue percibido por

¹³ C. MORTATI, *Art. 1*, en G. BRANCA (al cuidado de), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975.

los constituyentes, sin solución de continuidad respecto a tales formulaciones.

No pienso, como parece destacar Opocher, donde enfatiza la naturaleza espontánea de la lucha, en la falta de un carácter prospectivo de la Resistencia. Muchas cartas tienen claro el futuro que los parteros quieren perseguir: un objetivo no solo táctico, sino estratégico. El sacrificio está destinado a quien llegará después, incluso mucho tiempo después. No se trata solo de echar a los fascistas. Los constituyentes de distintos países no lograron elaborar, en la inmediata posguerra, la idea de los «derechos de las generaciones futuras» tan viva en los resistentes, pero que solo en el siglo XXI ha encontrado alguna formulación normativa. Los fragmentos siguientes no parecen menos ingenuos de los documentos constitucionales que, al final del 1700, certificaban el «derecho a la felicidad», como la Declaración de Independencia americana¹⁴: «Sean felices, sean felices en un mundo mejor, más humano», roga a su esposa y a su hijo Joseph Epstein, nacido en Polonia, doctor en Derecho, combatiente en España y fusilado en Francia a 33 años; «Soportaré todas las inhumanas torturas [...]. Me callaré hasta el final. Callad Ustedes también. La gran empresa empezada por nosotros será llevada a cabo por nuestros compañeros» (Aleksiej Telešov, Urss); «Todos estos sacrificios serán recompensados en una humanidad más feliz» (Louis Jansen, Holanda, empleado); «Pongo en estos breves, demasiados breves minutos, montañas enteras, decenas de años no vividos, en estos minutos quiero ser el hombre más feliz del mundo porque mi vida se acaba en la lucha para la felicidad de toda la humanidad» (Stepan Vasil'evič Skoblov, URSS, profesor de escuela secundaria); «Piénsate que morimos para un futuro mejor, para una vida sin odio entre los hombres. Hé amado mucho la humanidad y por cierto habría hecho todavía mucho más bien. No pudo ser así» (Georg Groscurth, Alemania, médico); «Y, sin embargo, te hago esta cosa horrible de dejarte. El hecho es que no estamos solo nosotros y nuestro amor en este mundo: hay toda una vida que puede hacer felices o infelices nosotros y los otros, y es por aquella felicidad, más grande de la nuestra, pero que la incluye, que me fui» (Georges Citerne, Francia, actor); «No soy el único a ofrecer su vida tan joven en esta lucha tan despiadada. También en estas últimas horas mi amor por la humanidad no sólo no está apagado, al contrario, es más fuerte que antes» (Willi Shapira, obrero y sindicalista polaco matado en Francia); «¿No es cierto que mi vida fue bella? ¡Sí! Puedo decir con mis 24 años: he hecho algo, para

¹⁴ «Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad».

contribuir a tener un mundo un poco mejor» (Willelm Robert Douma, Holanda, empleado).

El futuro se encuentra también en las cartas que hacen referencia solo a una idea general, o a un ideal, que de todos modos siempre aparece claro por el contexto, la historia, la militancia de cada condenado: «Los mártires convalidan una fe en una Idea» (Giancarlo Puecher Passavalli, doctor en Derecho, nacido en 1923); «Voy a ser fusilado al amanecer por un ideal, por una fe que tu, hija mia, un día entenderás completamente » (Paolo Braccini, docente universitario); «En la vida de cada hombre hay un momento decisivo en el cual quien ha vivido por un ideal debe decidir y abandonar las palabras» (Umberto Fogagnolo, ingeniero); «Una idea es una idea y nadie la rompe. Muerte al fascismo y viva la libertad de los pueblos» (así escribe Luigi Ciol, 19 años); y finalmente un emocionante fragmento (evocado también por Opocher) del ingeniero Guglielmo Iervis, escrito con una cabeza de alfiler en la portada de una Biblia encontrada en el lugar del fusilamiento: «No lloréis por mi, no me llamen pobre. Voy a morir por haber servido a una idea».

Se recuerda a menudo que, frente a los catálogos de los derechos, los textos constitucionales modernos son limitados en la enunciación de deberes: quizá porque, especialmente donde el talón de las dictaduras fue duradero y pesado, no parecía muy apropiado insistir sobre ellos. Sin embargo, las cartas de los derechos, sobre todo las de la posguerra y de manera particular la italiana, fueron generadas justamente por el sentido del deber de luchar para afirmarlos. Georges Citerne, ya mencionado, así se despide de su esposa: «Soy capaz de ser un hombre, con un ideal y un sentido del deber. Es duro, lo sabes, pero yo soportaré el golpe, tu podrás estar orgullosa de mí». Y parece paradójico que el sentido del deber se une, en los parteros que ofrecían su vida, incluso a un sentido de culpa por haber dado demasiado poco: una muy joven partera rusa, Irina Maloŝon, escribe: «No tengo miedo de la muerte, solo siento de haber vivido poco, de haber hecho poco para mi país», y un combatiente italiano, Luigi Savergnini (almacenero, 1916): «Os beso y os cubro de besos, recuerden que Gino nunca hizo nada malo, solo cumplió su deber de Italiano».

Al deber llaman incluso quienes, no solo lo perciben como obligación moral de combatir los fascistas, sino también de comprometerse diariamente: participar, hacer política, cuidar a los demás y a la cosa pública¹⁵. En una larga carta, donde incluso plantea las elecciones que se les pediría a los futuros constituyentes, el joven estudiante parmesano de

¹⁵ Este mensaje será bien entendido por la Constitución italiana, que configura el voto y la participación como derechos, pero también como deberes (art. 48, comma 2).

Derecho Giacomo Ulivi (discípulo de Opocher) escribe entre otras cosas: «La “cosa pública” somos nosotros mismos [...]. Precisamente por eso debemos cuidarla directamente, personalmente, como nuestro trabajo más delicado e importante. Porque de eso dependen todos los demás, las condiciones de todos los demás». Y Pietro Benedetti, ya mencionado arriba: «¿Qué hacer? Hay dos maneras en el mundo para sentir la vida. Uno como actores, el otro como espectadores».

Las dos almas de la Resistencia, como de la Constitución italiana y muchas de la posguerra, están representadas por el binomio justicia y libertad. La dificultad de conciliar los dos términos es resumida en páginas y líneas memorables, y encuentra expresión eficaz en las palabras de Piero Gobetti¹⁶: «la sustitución del mito igualitario con el mito libertario marcaría [...] el agotamiento del sentido de la iniciativa y de lucha frente al prevalecer de los sueños de palingénesis y de tranquila utopía». Encuentran sin embargo composición, las dos almas, no sólo en el proyecto del movimiento «Justicia y libertad», sino también en la síntesis que, como destaca gran parte de la doctrina constitucionalista, logró hacer de ellas la Constitución italiana.

En las Cartas, el llamado a la justicia figura expresamente pocas veces: más apremiante era a la libertad: contra «los invasores», en los escritos europeos; contra los fascistas (solo hay esporádicas referencias a los nazis o los alemanes), en Italia.

Ante todo, viene la libertad, como la invocan el barbero bulgaro Ahmed Tatarov Ahmedov, 21 años: «Sé, hermana, que lamentarás mucho tu único hermano. Pero ¿de qué, es víctima, del dinero? ¡No, hermana! Doy mi vida por la libertad. Por esta santa palabra milles murieron y todavía mueren»; el combatiente francés Misaak Manouchian, periodista y poeta: «Felicidad a quienes sobrevivirán a nosotros y disfrutarán la dulzura de la libertad, de la paz del mañana, del futuro»; o el joven estudiante italiano Giordano Cavestro, 18 años: «Yo muero, pero la idea vivirá en el futuro, luminosa, grande y bella [...]. Sobre nuestros cuerpos se hará el gran faro de la Libertad».

La justicia sin embargo siempre se cierne en las cartas que instan a la construcción de un mundo mejor, al sacrificio por un ideal, y a veces es invocada de forma directa, junto a la libertad de la cual no puede separarse, acoplándose en el endíadis que más caracteriza la Resistencia (y en general las Constituciones europeas): «Me muero feliz, por mi Patria que tanto amé

¹⁶ P. GOBETTI, *Il liberalismo e le masse*, I, en *Rivoluzione liberale*, 25 marzo 1923, ahora en ID., *Dizionario delle idee. Le radici e le ragioni del liberalismo rivoluzionario*, Roma 1997.

y por la idea de una futura justicia y libertad del país» (Alessandro Teagno, 23 años, perito agrónomo).

Se encuentra, además, en aquella su particular declinación que es el principio de igualdad. La igualdad formal se habría traducido, en el texto constitucional italiano, y en tantos que lo han imitado¹⁷, en la fórmula del art. 3: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales», y antes en la decisión de convocar a todas y todos a votar, en las elecciones finalmente universales del 2 de junio de 1946. Las Cartas no hablan de igualdad, sin embargo, la atestiguan en su eclécticidad: profesores y peluqueros, comerciantes y abogados, médicos y campesinos, empleados y estudiantes y obreros tienen todos en común la misma elección y el mismo destino.

Sobre todo, las mujeres pagan un tributo que no es solo – como en la tradición de las guerras – por la pérdida del amor de sus hombres, padres y maridos y hijos, sino que es directo, de sangre, de torturas, de violencias, con su vida perdida.

Paola Garelli (apodo Mirka, fusilada en Savona): «Yo estoy tranquila – escribe a su pequeña niña – Debes decir a nuestros queridos parientes, abuela y los demás, que me perdonen por el dolor que voy a causarles. No debes llorar ni avergonzarte por mí. Cuando crezcas entenderás. Sólo te pido una cosa: estudia, yo te protegeré del cielo»; Irma Marchiani (Anty, fucilada a Pavullo), cuya última carta resume en pocas líneas todo lo que fue tratado hasta ahora (familia, futuro, Patria, deber, libertad): «Mi adorada Pally, son los últimos instantes de mi vida. Pally adorada te digo a ti saluda y da un beso a todos los que me recordarán. Créeme nunca hice algo que pudiera ofender a nuestro nombre. Hé oído el llamado de la Patria por la qual hé combatido ahora estoy aquí [...] en poco ya no estaré, me muerdo segura que hice todo lo posible para el triunfo de la libertad».

Y luego todas las combatientes narradas por Sonia Residori¹⁸ y Benito Gramola¹⁹: Luigina, Agnese, Rina, Alberta, Flora, Lina, Maria, Teresa, Lisetta, Elena, Cesira, Angelina, Elisabetta, Giovanna, Lia, Ida, Zaira, Leda, Nora y muchas otras. «Justamente las mujeres – escribe Gramola – que el fascismo querría solo mujeres bellas y fuertes, sino madres sumisas y poco

¹⁷ Entre ellos, la Constitución española incluso en relación con la igualdad sustancial (art. 9, subsección 2).

¹⁸ En *Donne in guerra. La quotidianità femminile nel Polesine del secondo conflitto mondiale*, Rovigo 1996, y en *Il Guerriero giusto e l'Anima bella. L'identità femminile nella Resistenza Vicentina (1943-45)*, Vicenza 2008.

¹⁹ En su libro *Le donne e la Resistenza. Interviste a staffette e a partigiane vicentine*, Vicenza 1994.

cultas, lograron movilizarse en masa para defender su dignidad y su derecho a una función activa en la sociedad civil; al contrario, defendieron e incitaron a la rebelión de los mismos soldados, que escapaban a casa para buscar refugio y protección».

La síntesis de justicia y libertad, al final, no es solo la lucha a lo que niega la justicia y la libertad – el fascismo – sino también lo acertado de la causa que tiene como objetivo esta conjunción indisoluble, en todas partes: «Enfrentaré a la muerte con los ojos abiertos porque muero por una causa justa. ¡Muerte a los fascistas!» gritó un joven rumano, Filomon Sirbu.

5. No se puede entender e interpretar una Constitución, sin leer en la historia sus razones; tampoco se puede entender que sea la soberanía popular, si se justifica solo al a luz de los datos formales.

Las ideas de la Resistencia son las ideas de sus militantes y sus mártires, tomados uno a uno, tomados en las distintas unidades de combate, tomados en su conjunto. Son las ideas confluidas, en la Europa liberada de los fascismos, en un nuevo modelo de Estado, pero antes, de sociedad, y luego de Constituciones: Constituciones inspiradas y escritas por quienes estaban convencidos, como la artesana Eleonora Candia, «de estar del lado de los justos, y eso no era poco»; que «Los ideales superan el miedo. Y sean cuales sean los ideales perseguidos, siempre llega el momento en el cual hay que pagar». Y que, por esto ideal, «recuerden que deben estar dispuestos también a combatir»²⁰.

Europa hoy tiene Constituciones con constitucionalismo, debido no solo a la herencia de la tradición inglesa de libertad y al influjo de la Ilustración, sino también a la reacción vigorosa a los ataques al binomio justicia y libertad, que periódicamente ha sufrido, pero que tiene raíces profundas en la sociedad y la cultura.

A veces prevalecen los enemigos de la libertad y de la justicia, a veces la endiádis se desequilibra y aventaja uno de los términos. Sin embargo, el núcleo forjado en los años de la lucha es duro, y resiste sea a quien ententa imponer un capitalismo globalizador totalitario e inhumano, sea a quienes proponen soluciones colectivistas autocráticas o recetas teocráticas rechazadas por la historia.

La Resistencia europea ha enseñado la posibilidad de conjugar culturas distintas. Al mismo tiempo, cabe destacar que *este* constitucionalismo es patrimonio de Europa, no de todo el mundo. Ya Estados Unidos en parte lo denega, enfatizando el elemento «libertad» a expensas de «justicia» e «igualdad», de «propiedad» en perjuicio de «libertad» y «igualdad», de

²⁰ *Il giornale di Vicenza*, 25 aprile 1995.

«ciudadanía» en detrimento de «humanidad», etc.²¹. Otros países y regiones del mundo acogen *Grundnormen* distintas, focalizadas en el deber, la armonía, la naturaleza, la relación con Dios²².

Atrás están sus sociedades, sus culturas milenarias, sus concepciones del Derecho. América Latina, a su vez, ha cancelado por muchos siglos sus raíces –Abya Yala!– y no por casualidad sus Constituciones no siempre han funcionado bien. Está ahora descubriendo nuevas formas propias para conjugar elementos distintos: el mestizaje, herencia de una historia gloriosa, es también, sobre todo cultural, el formante jurídico no puede olvidarlo²³.

²¹ Sigue siendo actual en EE. UU. la tipología y axiología de los derechos configurada en el siglo XIX: intereses de libertad (a la licitud de ser, vivir, desarrollarse, transformarse y morir a su propia manera); de autonomía (de darse norma a sí mismo), de dominio (al disfrute protegido de bienes, a disponer sobre el acceso de otros bienes, a disponer de su transferencia) se contemplaban y eran funcionales para la sociedad burguesa. (Sobre la clasificación propuesta por Burlamaqui v. U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiótica*, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia 1992, p. 43 ss.) El hombre propietario, titular de intereses de dominio, reivindicaba autonomía de decisión sobre sus propios bienes y sobre su propia libertad. El Parlamento fue el lugar de síntesis de tal armonía; el sistema de fuentes fue afectado, haciendo superflua la rigidez constitucional y la reserva agravada; ninguna exigencia emergía, en cuanto al control de la Constitución. (En EE. UU. las razones de la rigidez de la Constitución fueron distintas.) Es significativa la respuesta que Sièyes da al interrogatorio de su famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ya desde la primera línea: «Tout» [E. S. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789), trad. it. *Che cosa è il terzo stato?*, Roma 1972, y en *Opere e testimonianze politiche*, I, *Scritti editi* (al cuidado de G. TROISI SPAGNOLI), Milano 1993]. Con la irrupción de los intereses de crédito (para recibir bienes, servicios, prestaciones), en Europa salta el esquema perfecto. La disonancia entre las primeras tres tipologías, provocada por la entrada de la cuarta, provoca la crisis de las fuentes, conduce al endurecimiento de las Constituciones, y genera la exigencia de dar efectividad a los derechos: no solo aquéllos de crédito, sino también a las otras tipologías, cuyo ejercicio no era más prerrogativa solo del hombre burgués, representado en el Parlamento en base a «la riqueza y las luces» [B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1849), en ID., *Écrits politiques*, Paris 1997, p. 593 ss.]. V. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., A, cap. VI, secc. II, § 1.

²² Piénsese en conceptos como como el de *amae* (armonía) en la ley japonesa, de *fa*, de *li*, de *hexie* en la ley china, de *dharma* en la ley hindú, de *ubuntu* o *fanahy maha-olona* (principio de existencia) en la ley africana, de *sumak kawsay* (buen vivir) en el idioma Kichwa, etc., que no solo condicionan prejuridicamente sino que son fundamentales para entender lo que llamamos «Derecho».

²³ Remito a mi artículo *América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordenadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, n. 1, p. 81 ss., y en *Pensamiento const.*, 2017, n. 22, p. 175 ss., y sobre todo B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, III, *El estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá 2014; ID., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá 2016.

Para construir y operar Constituciones con constitucionalismo, el Derecho comparado nos enseña que siempre debemos reducir la fractura entre Constituciones formales y substanciales, entre sociedad e instituciones, entre libertad y autoridad, y otorgar a *cada* constitucionalismo el sentido forjado por *su* historia²⁴.

²⁴ El planteamiento metodológico se encuentra en mi libro *Derecho constitucional comparado*, I, *La ciencia y el método*, Buenos Aires 2016, y México 2016.

GIAN SAVINO PENE VIDARI

Note storiche su enti locali e potere centrale nello Stato sabaudo

Tra i temi approfonditi da Franco Pizzetti c'è stato a lungo quello dei rapporti fra enti locali e Stato centrale. A testimonianza di un legame d'amicizia giornaliera nella didattica¹, che vedeva i nostri due corsi obbligatori dell'allora Facoltà di Giurisprudenza seguirsi uno all'altro e comportava per lo più una breve chiacchierata fra i due docenti in entrata e in uscita, mi auguro possa essergli gradita qualche breve nota sulla storia dei rapporti fra uno Stato sabaudo in progressiva affermazione e gli enti locali ad esso via via soggetti.

Naturalmente, si tratta di alcune brevi note sul potere del principe in un ordinamento per secoli ancora in gran parte feudale, tra medioevo ed età moderna. È noto che i Savoia, signori meno potenti di altri, hanno ottenuto sin dai secoli XIII-XIV dedizioni concordate o «spontanee» da comunità o comuni: questi vi hanno trovato un buon punto di riferimento e quindi – caso per caso, tra i due versanti alpini – hanno goduto di una discreta dose di autonomia, che nei secoli hanno poi cercato di difendere. In effetti, si è trattato di un'aspettativa destinata a soccombere, ma rimasta a lungo nella tradizione locale, sino ai secoli XVIII-XIX, quando il progressivo livellamento di fronte all'espansione statale ha visto prevalere in modo via via omogeneo il potere centrale, senza eccezioni particolaristiche².

Per riprendere solo qualche caso fra i più noti, posso ricordare per l'area subalpina sin dal sec. XII la dedizione di Aosta³ o quella pressoché coeva di

¹ Abbiamo iniziato entrambi nella Facoltà giuridica di Urbino, per trasferirci ben presto a Torino, ove per anni abbiamo insegnato nella stessa sezione del primo anno della Facoltà di Giurisprudenza. Io mi sono sempre occupato solo di questa mentre Franco, impegnato pure in politica, ha ricoperto prima la carica di vicesindaco della Città di Torino e poi è stato assorbito per circa un ventennio da incarichi istituzionali romani ed è stato quindi costretto a sospendere i corsi torinesi, che altrimenti avremmo svolto accanto ben più a lungo.

² Nel caso di Nizza, dal 1388 (*1388. La dédition de Nice à la Savoie*, Paris 1990), la situazione particolare della città si è protratta sin oltre il paritario Statuto albertino del 1848, per giungere all'abolizione del porto franco solo nel 1851: cfr. da ultimo M. RIBERI, *Les députés du pays niçois à la Chambre subalpine (1848-1860). Un itinéraire historique et juridique*, Nice 2019.

³ *Liberté et libertés*, Aoste 1993, con l'edizione dell'originale ritrovato alle p. 113-114 ed il fac-simile all'inizio, nonché i saggi di Jean-François Poudret (p. 27 ss.), Jean-Gabriel Rivolin (p. 99 ss.), Gian Savino Pene Vidari (p. 151 ss.).

Susa⁴, da unire alle franchigie concesse – e per lo più concordate – a Chambéry o ad altre numerose comunità savoiarde, con schemi nel complesso non molto dissimili fra loro⁵. Era l'impostazione dell'epoca, in un ambiente feudale, nel complesso prestatale, collegato in buona parte alla forza militare del principe, che il comune si impegnava a seguire in guerra, a rispettare con l'accettazione di un suo inviato [*vicarius/potestas/castellanus*] per il controllo dell'ordine pubblico cittadino e con il pagamento di un contributo finanziario secondo modalità variabili da luogo a luogo⁶. All'epoca il comune aveva spesso una propria individualità, che oggi potremmo considerare originaria, nel momento in cui patteggiava col signore la sua dedizione: aveva sue truppe, suoi organi e finanza propria.

Quest'impostazione è continuata nel secolo successivo, ad esempio con le dedizioni di Torino⁷, di Ivrea⁸ o di Nizza⁹, nonché con l'acquisizione a fine sec. XIV della vasta area canavesana¹⁰ e con parte del Piemonte centrale e meridionale riguardante ad esempio Carmagnola, Pinerolo o Cuneo¹¹. Il principe non aveva ancora una capitale fissa, preferiva i castelli savoiardi, ma cominciava a seguire pure la più ricca area subalpina, per la quale il duca Amedeo VIII finiva col delegare come «principe del Piemonte» il figlio Ludovico a rappresentarlo¹². Con una prospettiva più prossima alla tendenza moderna Amedeo VIII, dopo due tentativi non riusciti¹³, nel 1430 ha emanato da Chambéry un ambizioso corpo legislativo, che intendeva regolare numerosi aspetti del funzionamento del suo ducato e che si presenta con

⁴ Le franchigie di Susa del 1197 sono state editate da Luigi Cibrario in *Historiae Patriae Monumenta*, II, *Leges Municipales*, Augustae Taurinorum, 1838.

⁵ R. MARIOTTE-LÖBER, *Ville et seigneurie. Les chartes de franchises des comtes de Savoie. Fin XII^e siècle – 1343*, Genève 1973.

⁶ G. S. PENE VIDARI, *Aspetti di storia giuridica piemontese* (a cura di C. De Benedetti), Torino 1997, p. 10-31.

⁷ A. BARBERO, *Torino sabauda*, in *Storia di Torino*, II, Torino 1997, p. 213 ss.

⁸ *Statuti di Ivrea* a cura di G. S. PENE VIDARI, I, Torino 1968, *Introduzione*, p. LVI e per il testo III, Torino 1974, p. 5 ss.

⁹ cfr. *supra*, nota 2. Per le vicende successive, la più nota è una sintesi di parecchi anni fa: A. COMPAN, *Le comté de Nice*, Paris 1980.

¹⁰ P. VENESIA, *Il Tuchinaggio in Canavese (1386-1391)*, Ivrea 1979.

¹¹ G. S. PENE VIDARI, *Aspetti di storia giuridica piemontese*, cit., p. 29.

¹² Amedeo VIII di Savoia era stato insignito nel 1416 del titolo di duca; due anni dopo è subentrato nella piena titolarità dei possedimenti piemontesi del ramo collaterale dei «duchi d'Acaia» (con base a Pinerolo), estintasi. Dopo tale eredità Amedeo VIII ha delegato a rappresentarlo al di qua delle Alpi il «principe di Piemonte», che è stato per qualche anno Amedeo, sostituito per la precoce morte dal secondogenito Lodovico.

¹³ Si trattava dei ben più ridotti statuti del 1403 e del 1423, rispetto alla cui emanazione il principe si è trovato di fronte all'opposizione di numerosi potenti signori feudali e pure di un certo numero di comuni. I tempi non erano ancora maturi nei domini sabaudi.

una certa novità nei rapporti sia coi propri funzionari, sia coi sudditi, e pure con le diverse comunità, con l'ambizione di dare uniformità normativa ad una serie di territori che ne erano privi.

Gli *Statuta Sabaudie* di Amedeo VIII ci sono giunti in un'edizione a stampa quattrocentesca¹⁴ diversa dai ventisette manoscritti che ne tramandano il testo: solo da poco ne è stata curata una meticolosa edizione critica che permette di valutarne meglio le ambizioni e l'importanza¹⁵. Essi, in effetti sono stati espressamente pubblicati da Chambéry alla presenza di un folto pubblico il 17 giugno 1430 ma poi modificati da una commissione di giuristi nel 1432 per i libri secondo e terzo riguardo a problemi tecnico-giuridici senza ulteriore formale pubblicazione¹⁶. La raccolta riconosce i privilegi locali, ma stabilisce pure con attenzione le competenze dei funzionari centrali e periferici sabaudi e quindi viene indirettamente a prevederne un certo controllo, nell'ambito di una prospettiva nel complesso ancora medievale, sui privilegi ottenuti dai singoli enti locali. La raccolta non mira espressamente a ciò, ma con la disciplina dell'attività dei funzionari locali limita le singole autonomie locali cittadine. Per la prima volta queste, oltre ai singoli accordi particolari, si trovano al di sopra una normativa organica ducale, che in alcuni casi i funzionari signorili vengono ad applicare nei loro confronti.

Le vicende della dinastia sabauda nella restante parte del sec. XV sono state piuttosto tormentate, con la conseguente relativa o intermittente applicazione degli *Statuta* del 1430, a cui nelle successive edizioni a stampa sono stati aggiunti altri provvedimenti (*Decreta seu Statuta*): i comuni nel complesso sono riusciti a godere dei loro privilegi ed anche a farsi a volte sentire nelle riunioni delle «assemblee dei tre stati»¹⁷. La situazione degli enti locali, fors'anche un po' troppo pressati dalle contribuzioni finanziarie, in genere ha comunque superato l'eventuale minaccia portata da una troppo rigorosa espansione normativa e pratica dal centro sulla periferia.

All'inizio del Cinquecento il duca Carlo II di Savoia, su sollecitazione dei «Tre Stati», ha fatto predisporre una nuova raccolta normativa, pronta nel

¹⁴ *Decreta Sabaudiae ducalia tam vetera quam nova*, Torino, ed. [= tip.] Jean Fabre, 17 novembre 1477. Su tale pubblicazione si sono basate tutte le successive (del 1487, 1505, 1512, 1530) sino all'ultima torinese del 1586 (ed. erede di Nicola Bevilacqua).

¹⁵ M. CAESAR, F. MORENZONI (a cura di), *La loi du prince. La raccolta normativa di Amedeo VIII*, Torino 2019, voll. 2.

¹⁶ Il testo del 1430 è trascritto dal notaio Festi, quello del 1432 dal notaio Maruel (*Ibidem*, I, p. 55-68; C. AMMAN DOUBLIEZ, F. MORENZONI, *De l'élaboration à la diffusion manuscrite des Statuta Sabaudie*).

¹⁷ M. C. DAVISO DI CHARVENSOD, *Considerazioni intorno ai Tre Stati in Piemonte*, in *Boll. storico-bibliografico subalpino*, 1947, n. 45, p. 13 ss.; M. A. BENEDETTO, *Nota sulle assemblee dei domini sabaudi*, in *Riv. st. dir. it.*, 1957, n. 30, p. 164 ss.

1533, secondo la quale il duca ed i suoi collaboratori centrali e periferici avrebbero avuto in generale una posizione di maggior rilievo nei confronti degli enti locali. Essa, per quanto accettata dai «Tre Stati», non è però stata pubblicata in via definitiva e formale e quindi applicata, restando così sepolta sino al sec. XX negli archivi¹⁸. La scarsa autorevolezza di Carlo II seguiva peraltro alla crisi della dinastia della seconda metà del sec. XV ed era condizionata da necessità finanziarie e militari, per le quali alcuni comuni piemontesi sono venuti assumendo nei «Tre Stati» un ruolo maggiore di prima. Gli enti locali subalpini, accanto ad alcuni nobili di questa zona, sono venuti insidiando la tradizionale prevalenza feudale savoiarda ed hanno avuto un proprio rilievo nel ducato¹⁹. Carlo II si impegolava peraltro in scelte politiche infelici, per quanto difficili, che gli facevano perdere quasi tutti i possedimenti aviti a favore della conquista francese²⁰, salvando solo alcune città come Nizza e Vercelli, che quindi ne condizionavano la stessa sopravvivenza politica anche in quanto centri fortificati.

Purtroppo, la quasi cinquantenaria guerra europea fra la Casa di Valois-Angoulême e la Casa d'Asburgo²¹ ha avuto fra i suoi campi di battaglia anche il Piemonte, di conseguenza prostrato al rientro sabaudo di Emanuele Filiberto dopo la pace di Cateau-Cambrésis del 1559. Nella ricostruzione del suo stato il duca, convocati una prima volta gli «Stati generali» per il giuramento di fedeltà ed i problemi più urgenti, non li ha più riuniti (se non nella fedele Valle d'Aosta, a prevalenza nobiliare)²²: si è imposto sugli esausti enti locali con un'imposizione periodica (il «tasso») , con una distribuzione territoriale dei suoi giudici locali («prefetti») e la previsione di una giustizia ducale d'appello («Senati»), nonché con una revisione dei privilegi e degli statuti cittadini²³. Ogni ente locale continuava a funzionare secondo la sua prassi, ma legislazione, ordine pubblico, imposizione tributaria erano ormai prerogativa statale: per il resto, si poteva parlare solo di 'graziose' concessioni di autonomia, non di piena originalità di poteri²⁴.

¹⁸ P. G. PATRIARCA, *La riforma legislativa di Carlo II di Savoia*, Torino 1988.

¹⁹ L. MARINI, *Savoardi e Piemontesi nello Stato sabaudo 1418-1601*, I, Torino 1962.

²⁰ I. SOFFIETTI, *Il riformismo giudiziario del re di Francia Francesco I in Piemonte*, in *Boll. storico-bibliografico subalpino*, 2014, p. 485 ss.

²¹ Si tratta della guerra quasi cinquantennale nota per lo più col nome dei due iniziatori, Francesco I e Carlo V.

²² A. MARONGIU, *Il Parlamento in Italia nel medioevo e nell'età moderna*, Milano 1962, p. 280 ss., p. 397 ss. e M. A. BENEDETTO, *Nota sulle assemblee dei domini sabaudi*, cit., p. 172 ss.

²³ P. P. MERLIN, *Il Cinquecento*, in P. P. MERLIN, C. ROSSO, G. SYMCOX, G. RICUPERATI (a cura di), *Il Piemonte sabaudo. Stato e territori in età moderna*, Torino 1994, p. 109, p. 113, p. 120.

²⁴ *Ibidem*, p. 148 ss.

La nuova impostazione dei rapporti fra centro e periferia apertasi con Emanuele Filiberto continua con tutto il Seicento, sebbene la frequente debolezza del potere centrale possa lasciare a volte l'impressione che il centralismo si attenui. Sta però cambiando la mentalità: gli stessi rappresentanti locali sembrano richiedere 'per grazia' quanto un secolo prima rivendicavano come diritto in base agli accordi giurati dalle generazioni precedenti di governanti e governati. Significativa di questi contrasti può essere la difesa dell'area e del comune di Mondovì dei propri antichi privilegi contro le pretese sabaude di imporre nuove regole circa il transito del sale, considerate dal principe normali ma contestate come prevaricatrici dai monregalesi, a cui è seguita una guerriglia intermittente per un ventennio²⁵. La pesante conclusione imposta dal principe indicava però con chiarezza qual era ormai la linea di tendenza: l'assolutismo principesco, già impersonato da Vittorio Amedeo II, stava imponendosi a suo piacimento sugli enti locali.

Unica eccezione è stata quella della resistenza religiosa delle valli valdesi, alla fine riuscite a difendere almeno la tolleranza del proprio culto nella loro area geografica, favorite anche dai rivolgimenti politico-internazionali del duca di Savoia²⁶, riuscito peraltro dopo rischiose guerre a giungere al titolo regio. La forte personalità di Vittorio Amedeo II si fa comunque sentire anche nei confronti degli enti locali²⁷. Per la parte continentale dello stato Vittorio Amedeo II emana pure una nuova raccolta legislativa organica, di cui nel sec. XVIII saranno edite ed aggiornate tre edizioni²⁸, che lasciano oramai intendere che gli enti locali devono inchinarsi al potere legislativo del re in numerosi settori della vita associata a cui sovrintendono i funzionari statali²⁹.

La tendenza settecentesca all'abolizione del particolarismo locale ed all'uniformità di trattamento, a tutto vantaggio dell'assolutismo regio e statale, si fa inoltre sentire pure nei confronti delle comunità delle diverse parti

²⁵ G. LOMBARDI (a cura di), *La guerra del sale (1680-1699). Rivolte e frontiere del Piemonte barocco*, Milano 1986, voll. 3 (ad es. I, p. 365 ss.).

²⁶ M. VIORA, *Storia delle leggi sui valdesi di Vittorio Amedeo II*, Bologna 1930.

²⁷ Per tutti G. SYMCOK, *Vittorio Amedeo II*, Torino 1983, p. 156 ss.

²⁸ Si tratta delle «Leggi e costituzioni di Sua Maestà» (dette usualmente «Regie Costituzioni»), nelle edizioni torinesi del 1723, 1729 e 1770 (queste emanate dal figlio Carlo Emanuele III): riguardano di per sé il funzionamento dell'ordinamento pubblico, tra cui però pure la giustizia anche locale: coinvolgono perciò spesso – più o meno direttamente – in modo coercitivo gli enti locali.

²⁹ Balzano subito agli occhi la competenza «tutoria» dell'Intendente su ogni comunità e la giustizia di appello affidata ai giudici dei Senati. Per le terre «mediate» si interpone – per quanto vale – il signore feudale, ma quelle «immediate» hanno una dipendenza diretta dai funzionari regi.

dello Stato: non ancora tutte insieme, ma verso quelle piemontesi nel 1733³⁰, quelle savoiarde nel 1738³¹, quelle valdostane nel 1762³², mentre per il momento i grandi comuni restano fuori da quest'organicità territoriale³³. La tendenza ad una disciplina territoriale omogenea ed al capillare controllo intendentizio trova il suo coronamento nel «Regolamento per le amministrazioni dei pubblici» del 1775³⁴. Questo per la prima volta stabilisce un ordinamento eguale per tutte le comunità continentali del regno, naturalmente sotto tutela intendentizia, eccettuando peraltro Torino ed alcune importanti città del regno (meno di una decina) ma solo per quanto riguarda la composizione degli organi amministrativi comunali³⁵.

Si tratta del primo provvedimento accentratore sabaudo di rilievo, che in meno di un secolo passa per tre punti cruciali: questo settecentesco (1775), quello albertino (1842 e 1848), quello del decreto rattazziano di poco preunitario (1859). Attraverso queste tre tappe salienti gli enti locali finiscono col retrocedere progressivamente, sia nell'impostazione teorica che di fatto di fronte all'invadenza dello Stato e dei suoi funzionari locali. Con l'Unità la disciplina del 1865 non si scosterà di molto da quella del 1859: la sostanza del centralismo sabaudo non si rinnova con l'unificazione nazionale, anzi ne prosegue la marcia³⁶.

Nel 1775 la circoscrizione amministrativa di competenza dell'Intendente, la Provincia, rappresenta pertanto pure una chiara suddivisione territoriale dello Stato, entro la quale sono situate le diverse comunità. Queste conservano però ancora una ben precisa fisionomia di enti 'primari', stanziati su un determinato territorio e coinvolgenti un certo numero di sudditi,

³⁰ R.E. 29.IX.1733 edito in *Raccolta per ordine di materie delle leggi, editti, manifesti della Real Casa di Savoia*, compilata dall'avv. F.A. DUBOIN, tomo IX (XI), Torino 1833, p. 422 ss.

³¹ R.E. 15.IX.1738, art. 5, edito *ibidem*, p. 477 e *Instructions à l'Intendant général et aux Intendants de Savoie* (15.IX.1738) edite *ibidem*, p. 111, col relativo regolamento dell'8.I.1739 edito *ibidem*, p. 448 ss.

³² R.E. 15.XII.1762 edito *ibidem*, p. 558 ss.

³³ Per essi esistono peraltro specifici provvedimenti d'eccezione riportati *ibidem*, *passim*.

³⁴ «Regolamento per le amministrazioni dei pubblici nelle città, borghi e luoghi dei Regii Stati in terraferma» del 6.VI.1775 in *Raccolta cit.*, p. 598 ss.

³⁵ Oltre Torino (la capitale) e Chambéry (l'antica sede savoiarda), si tratta di Nizza (coi suoi antichi privilegi ed il porto franco), Cuneo e Casale, nonché di tre città di recente acquisto come Alessandria, Novara e Tortona, di cui non si volevano scontentare le élites dirigenti locali (sovente decurionali) riguardo alla composizione degli organi amministrativi cittadini. Le regole per l'amministrazione comunale [«dei pubblici»] erano peraltro comuni a tutti.

³⁶ Numerose di queste fonti sono state a suo tempo edite nei voll. II-III di A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia 1962.

con la loro personalità originaria e con una loro autonomia (ad esempio impositiva), pur sotto la rigida sorveglianza dell'Intendente.

L'avvento della dominazione francese in Piemonte non solo cancella il «Regolamento dei pubblici» del 1775 a favore dell'ordinamento locale discendente dalla Rivoluzione, sostituendo alle Province le ben più vaste circoscrizioni dei Dipartimenti, ma contribuisce a sviluppare il concetto che c'è un unico ente originario, munito di sovranità, popolazione e territorio, ed è lo Stato: le comunità non hanno un loro riconoscimento, se non mediato dal volere statale³⁷. Tale impostazione, ben diversa da quella anteriore, nel complesso influenza anche la Restaurazione, quando il clima politico è ben diverso ed è richiamato in vigore il «Regolamento dei pubblici» del 1775, ripristinando la più ridotta Provincia capeggiata dall'Intendente³⁸.

Con la nuova organizzazione territoriale disposta dal regio editto del 10 novembre 1818³⁹ non solo si riproduce la geometrica ripartizione dello stato in Divisioni, Province, Mandamenti e Comuni di ispirazione francese, ma si esclude (art. 2) il principio del carattere originario del Comune, cosa che la legislazione sabauda dell'*Ancien Régime* mai aveva fatto. Solo il Comune, peraltro, ha organi propri: le più ampie circoscrizioni territoriali (nell'ordine, Mandamenti, Province e Divisioni) non hanno altro di sottostante che la competenza del funzionario statale.

È questa una caratteristica saliente dell'impostazione delle suddivisioni territoriali del Regno di Sardegna, che si farà sentire sino all'Unità: salva la circoscrizione minore – il Comune –, che ha tutta una sua individualità, le altre non sono rappresentate che dalla competenza su quel territorio di un funzionario statale. La stessa Provincia «carloalbertina» non si allontanerà di molto da tale impostazione, ed anche l'ordinamento del 1859 non sarà insensibile a questa tradizione.

La legislazione del 1818 però non riesce in concreto a sovrapporre la più ampia Divisione, diretta dall'Intendente generale, alla troppo angusta Provincia, capeggiata dall'Intendente, poiché non sottopone questo a quello: d'ora in poi si rinnoveranno periodicamente le critiche per la limitatezza dei compiti della Divisione e per la ristrettezza territoriale della Provincia, che troveranno peraltro vive resistenze in fase operativa – specie successivamente in sede parlamentare – e si realizzeranno solo con la legislazione dei

³⁷ Per tutti S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I-II, Milano 1994-96.

³⁸ Tutto l'ordinamento prerivoluzionario sabauda è richiamato in vigore dal noto editto di Vittorio Emanuele I del 21.V.1814, edito in *Raccolta di regi editti, proclami, manifesti ed altri provvedimenti de' magistrati ed uffizi*, I, Torino 1814, p. 20 ss.

³⁹ R.E. 10.XI.1818 edito in *Raccolta di regi editti*, cit., X, p. 307-335, riprodotto pure da A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, cit., II, p. 101-104.

«pieni poteri» del 1859, quando la Provincia rattazziana diverrà pure ente locale ed inoltre avrà un'estensione più ampia delle vecchie Provincie intendenzie, vicina a quella delle Divisioni. Nel primo periodo della Restaurazione, in connessione con nuove prospettive di aggregazione sociale e di una ripresa della visione organicistica ispirata anche al rilievo dato in Francia e Belgio al *pouvoir municipal*, si progetta una vasta riorganizzazione del settecentesco «Regolamento dei pubblici», che non si concretizza però in un'ampia riforma come auspicato, ma porta solo – per eccessiva prudenza – a qualche provvedimento settoriale⁴⁰.

La circoscrizione territoriale che darà praticamente vita alla provincia moderna, che giunge sino ai nostri giorni, nasce con la legislazione albertina del 1841-43⁴¹, quando il perno della vita amministrativa locale sembra legato alle Intendenze generali, incaricate di compilare un bilancio che vale poi singolarmente per le più limitate Intendenze. Pur essendo i relativi Intendente generale ed Intendente affiancati rispettivamente da un saltuario Congresso e Consiglio di notabili, in effetti Intendenze generali ed Intendenze trovano la ragione della loro esistenza nella sola attività dei due tipi di funzionari statali, cioè dei due intendenti. La suddivisione del territorio è basata unicamente sulla estensione della loro competenza. Il Comune resta ancora l'unico vero ente locale esistente, più che mai isolato di fronte all'organizzazione statale: questa acquista sempre maggior forza attraverso i suoi funzionari periferici e le suddivisioni territoriali della loro competenza.

Un'impostazione completamente diversa, avviata nel 1831 ma poi arenatasi sino al 1847, è stata quella parallela della monarchia consultiva concepita da Carlo Alberto, nella quale si riconosceva in modo almeno indiretto la compartecipazione «dal basso» (cioè sin da eletti comunali) alla vita del Consiglio di Stato a fianco del principe in una monarchia pre-costituzionale, nella quale in teoria un certo – piccolo – ruolo era riconosciuto al Comune in quanto tale.

Tale impostazione della monarchia consultiva albertina si ha con l'editto del 27 novembre 1847⁴², che viene a prevedere un meccanismo di organi consultivi dei funzionari statali, che sale per gradini successivi dai Comuni alle Province, alle Divisioni ed al Consiglio di Stato: i notabili chiamati per

⁴⁰ Tale progetto è in ultima fase di studio ed edizione da parte di M. ROSBOCH, *«Con somma cautela e maturità di giudizio». Centro, periferia e comunità in un Progetto di riforma del Regolamento dei Pubblici della Restaurazione sabauda*, Torino 2019.

⁴¹ A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, cit., I, p. 88 ss. Le Regie Patenti del 26.VIII.1841 sono edite in *Raccolta de' regi editti...* cit., serie V, V, p. 429 ss.; quelle del 25.VIII.1842 *ibid.*, p. 418 ss. e quelle del 31-VIII.1843 *ibid.*, VIII, p. 385 ss.

⁴² R. E. 27-XI. 1847 edito in *Raccolta de' regi editti*, cit., serie V, XI, p. 533 ss. In proposito E. GENTA, *Una rivoluzione liberale mancata*, Torino 2000, p. 183 ss.

successive designazioni ai diversi livelli hanno una base di partenza territoriale comune, che ad ogni gradino viene allargandosi, e si trovano a coprire con la saltuarietà dei loro pareri la precedente solitudine operativa di Intendenti, Intendenti generali e Ministri. È il coronamento di tutto un processo di monarchia consultiva, che è iniziato con l'avvento al trono di Carlo Alberto e con l'istituzione del Consiglio di Stato nel 1831, a lungo congelata ma che trova lo sbocco finale negli organi consultivi locali del 1847, a cui possono essere chiamati anche i consiglieri comunali. In questa prospettiva, il Comune può essere considerato la «cellula prima»⁴³ dell'ordinamento previsto e ritorna al centro della vita politica. Questa piramide ascendente di consulenza notabiliare, che opera ai diversi livelli della suddivisione del territorio, resta peraltro sulla carta perché nei sei mesi previsti tra l'emanazione e l'applicazione effettiva è spazzata via nel febbraio-marzo 1848 dall'accettazione statutaria del sistema rappresentativo⁴⁴. Si trattava di un ordinamento di monarchia consultiva previsto nel 1831 ma ritardato nell'attuazione: quando alla fine Carlo Alberto vi si è finalmente deciso, è stato sovrappreso dagli eventi e dal regime costituzionale.

In adeguamento al nuovo regime costituzionale del marzo 1848, la legge comunale e provinciale del 7 ottobre 1848 sostituisce infatti il sistema consultivo del 1847 con quello rappresentativo⁴⁵. Grazie a questo il Comune dovrebbe vedersi ben più efficacemente affiancato dai rappresentanti locali eletti nel Consiglio provinciale e nel Consiglio divisionale, che sono chiamati ad operare accanto all'Intendente nella Provincia ed all'Intendente generale nella Divisione.

In effetti, invece, quella che viene in concreto a prevalere – nonostante i consigli eletti, e anche per la loro limitata competenza e le rade riunioni – è l'autorità dello Stato e dell'Amministrazione centrale, che si fa sentire efficacemente tramite i suoi funzionari nelle diverse suddivisioni territoriali, che scendono sino al Comune, ove il Sindaco, nominato dal Re, non solo rappresenta il Comune, ma è pure agente del Governo. Lo stesso Comune, inoltre, sembra perdere ormai definitivamente le sue caratteristiche 'primarie' per essere in tutto e per tutto regolamentato dallo Stato e nella legge del

⁴³ E. CROSA, *La concessione dello Statuto. Carlo Alberto e il ministro Borelli "redattore" dello Statuto*, Torino 1936, p. 24; E. GENTA, *Una rivoluzione liberale mancata*, cit., p. 176 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 167 ss. e G. S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato nel Regno di Sardegna*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia* Milanofiori Assago, 2011, p. 140 ss.

⁴⁵ D. Legisl. 7.X. 1848 edito in *Raccolta de' regi editti*, cit., serie V, XII, p. 749 ss., nonché C. PISCHEDDA, *1848. Il vecchio Piemonte liberale alle urne*, Torino 1998, p. 9 ss.

1848 vede cadere quelle premesse teoriche sulle «libertà comunali», che si trovavano invece nel preambolo della legge del 1847⁴⁶.

Il decreto legislativo del 7 ottobre 1848 con cui era stata emanata dal Governo la nuova legge comunale e provinciale si basava sui pieni poteri ricevuti nell'agosto per la guerra: l'eccezionalità del caso induceva a prevederne la temporaneità, in attesa di una disciplina parlamentare ponderata in tempo di pace. Dopo lo Statuto la nuova legge, a differenza di quella del 1847, estendeva l'eleggibilità a tutti i corpi deliberanti e non al solo Comune: cadeva perciò una secolare differenziazione⁴⁷ e quindi il «comune non ha più quell' "alone mistico depositario della partecipazione popolare"»⁴⁸. La presenza del Parlamento e dei deputati ne ha infatti senza dubbio ridotto di molto il precedente significato simbolico, anche a causa del rafforzamento centralistico della legge del 1848, ove – tra l'altro – la Divisione era considerata corpo morale e raggruppava più Province⁴⁹.

Toccava peraltro al Parlamento deliberare con legge la nuova disciplina comunale e provinciale, andando oltre l'editto del 1848: in 11 anni si sono susseguiti parecchi progetti legislativi, ma nessuno è giunto ad essere approvato. Il testo «provvisorio» del 1848 è quindi rimasto tale, sino a quando nuovamente in base ai pieni poteri per la guerra del '59 il ministro Rattazzi ha rinnovato la normativa comunale e provinciale, dopo aver tentato dal 1854 al 1857 con tre progetti governativi di sbloccare invano la situazione presso il Parlamento⁵⁰. Il modello dei diversi progetti partiva per lo più dal basso (Comune – Provincia – Divisione) ma era ormai orientato ad un centralismo, in cui lo Stato prevaleva ampiamente sul Comune⁵¹. Nel 1858 ci ha provato persino Cavour, nel breve periodo in cui ha tenuto anche il Ministero degli Interni, con la prospettiva di rivalutare la posizione del Comune in armonia con l'impostazione liberale belga del *pouvoir municipal* come potere originario e quale palestra di formazione dal basso della futura classe politica⁵². In effetti egli si è rivolto al fidato cugino Teodoro di Santarosa,

⁴⁶ L'editto del 1847 iniziava infatti ancora con l'affermazione – peraltro a mio giudizio più di maniera che di sostanza – secondo cui le «libertà comunali saggiamente coordinate all'unità dello Stato furono sempre considerate dai Reali Nostri Predecessori qual fonte sincera dello spirito nazionale».

⁴⁷ E. GENTA, *Una rivoluzione liberale mancata* cit., p. 184 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 213.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 196 ss.

⁵¹ *Ibidem*, p. 188 ss. e p. 196 ss.

⁵² Nella biblioteca Santarosa oggi depositata in un apposito «fondo» della Biblioteca della Città di Savigliano, esiste un complesso di libri sulla situazione normativa belga, che ne lascia presumere una specifica conoscenza da parte di Teodoro di Santarosa.

di carriera intendentizia, che non ha però saputo tradurre nel testo le aspirazioni cavouriane ed ha predisposto in proposito ben quattro progetti, i quali alla fine non hanno soddisfatto il committente, che ha lasciato cadere tutto⁵³.

La disciplina di una nuova legge comunale e provinciale, irrisolta dal Parlamento subalpino per oltre un decennio, si è ripresentata in modo ancor più grave ed urgente nel 1859 dopo la conquista della Lombardia, dotata di un suo sperimentato sistema basato sul 'causato' che dava spazio e contenuto all'ambiente comunale dei proprietari terrieri. Per cercare di avviarsi ad una soluzione omogenea Cavour ha incaricato una commissione presieduta dal milanese Cesare Giulini di studiare il problema⁵⁴ per non trovarsi in seguito impreparato di fronte ai lombardi. Purtroppo, le sue dimissioni dopo l'armistizio di Villafranca hanno reso inutile questo prezioso lavoro, rimasto praticamente inutilizzato da parte del successore – ed all'epoca antagonista – Urbano Rattazzi⁵⁵.

Con estrema rapidità, poco prima della pace di Zurigo, il nuovo ministro degli Interni tramite una eccessiva interpretazione estensiva dei pieni poteri ricevuti dal Governo per la guerra, ha emanato il decreto 23 ottobre 1859, basato sui suoi precedenti progetti dedicati al solo territorio sabauda continentale, destinato a disciplinare l'amministrazione anche dei comuni e dei territori lombardi con un'impostazione di carattere statualista. La legge Rattazzi 23 ottobre 1859 ignorava praticamente la tradizione lombarda e si prefiggeva un netto controllo statale sulle amministrazioni locali del regno.

Le critiche ai precedenti progetti hanno indotto a impennare la legge sulla Provincia estesa però alla dimensione della precedente Divisione ed affidata ad un Governatore, coadiuvato da una Deputazione provinciale,

⁵³ I complessi ed affannati lavori sono stati puntualmente studiati ed illustrati da Enrico Genta: la conclusione è che purtroppo neppure Cavour, al momento pressato da troppi impegni e solo in parte in sintonia col redattore – per quanto competente e di estrema fiducia – è riuscito a presentare almeno al Parlamento un progetto in materia: è significativo lo stesso titolo completo del frontespizio del libro, *Una rivoluzione liberale mancata. Il progetto Cavour-Santarosa sull'amministrazione comunale e provinciale (1858)*. È rimasta quindi al Rattazzi (dopo l'armistizio di Villafranca e le dimissioni di Cavour) la possibilità di riprendere i suoi precedenti progetti e di giungere nell'ottobre 1859, grazie ad un'interpretazione eccessiva dei pieni poteri per la guerra, alla nuova legge comunale e provinciale.

⁵⁴ N. RAPONI (a cura di), *Atti della Commissione Giulini per l'ordinamento temporaneo della Lombardia (1859)*, Milano 1967.

⁵⁵ E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano 1978.

con funzione tutoria nei confronti del Comune ormai fagocitato dall'amministrazione statale; era il punto finale di quel passato particolarismo locale sul quale per secoli si era basato l'ordinamento sabaudo⁵⁶. La legge del '59 non andava solo contro la tradizione lombarda, come lamentato in modo ampio e giusto; si ispirava pure ad un centralismo, che nemmeno l'assolutismo sabaudo settecentesco ed il dirigismo della Restaurazione avevano avuto la forza – o il coraggio – di cancellare. Le ambizioni dello Stato nazionale ottocentesco dovevano ormai realizzarsi a danno di un particolarismo locale, che gli storici iniziavano invece a valorizzare nei loro studi, ma che i politici non potevano consentire. Gli enti locali ne subivano le conseguenze. Questa linea di tendenza si è protratta negli anni successivi, così intensi – specie nel 1860 – da non permettere di ragionarci su troppo. I plebisciti, nella loro euforia unitaria, hanno costituito un altro punto di rottura: dal secolare Stato sabaudo – costituito più di «stati» che tardi e con fatica è divenuto unitario – si è passati al Regno d'Italia, nella cui concezione nazionale unitaria venivano mescolandosi tante tradizioni di ordinamenti per secoli diversi. La classe politica dominante, imbevuta di valori «nazionali» ed unitari si è sentita tenuta ad un'unificazione normativa conseguenza di quella politica: pur consapevole delle notevoli differenze esistenti lungo la penisola, ha scelto – con probabile troppa fretta e sicurezza – la soluzione unificatrice, nel presupposto che essa trascinasse col tempo un'omogeneità di concezioni ed una progressiva uniformità di tradizioni, che invece non si sono realizzate. La scelta politica del 1861-62 ha anzi comportato col tempo pure una specie di crisi di rigetto da non ignorare.

L'unificazione anche amministrativa, sfociata nelle leggi del 1865 (ove formalmente al Governatore è stato sostituito il Prefetto), non poteva sul piano politico che essere omogeneizzante, sebbene nel complesso poco condivisa nelle singole zone della penisola, anche per quanto riguarda gli enti locali. A questo grande processo di riforma maturato in pochi anni è poi purtroppo nel complesso succeduto un lungo periodo di scarso interesse all'integrazione tra i diversi territori, al punto da portare ad un'ampia e più onerosa emigrazione verso l'estero piuttosto che all'interno dello stato. Il Regno d'Italia sabaudo non ha quindi saputo nel corso di un secolo giungere a quell'amalgama «nazionale» a cui la classe politica dirigente ha fatto spesso pomposamente un riferimento eccessivo. Gli enti locali hanno seguito la loro disciplina unitaria, ma gli ambienti e le forze territoriali coin-

⁵⁶ Mi è sembrato quindi opportuno insistervi, forse fin troppo, nella prima parte di queste «note».

volti non hanno affatto raggiunto quello spirito «unitario» sempre sbandierato. La penisola ha purtroppo continuato ad essere nel sottofondo quella dei «mille campanili».

Dopo un secolo, e dopo il triste ventennio fascista con tutte le sue conseguenze, la nuova Costituzione ha consentito di voltare pagina e di riconoscere una propria posizione, anche differenziata, agli enti locali. Si tratta ora di materia costituzionale, della quale si è sempre discusso, a cui pure di recente si sono introdotte innovazioni, e di cui si torna a discutere. Il lungo percorso storico di queste semplici «note» aspira solo a ricordare un passato ormai lontano, dal quale gli enti locali sono stati via via emarginati dalle decisioni d'autorità dello Stato. Anche sulle vicende di quest'ultimo cinquantennio avrei potuto fare qualche cenno con Franco Pizzetti, ma purtroppo ormai da parecchi anni le nostre frequentazioni didattiche sono state forzosamente interrotte. Queste «note» volte ad un passato ancor più lontano aspirano a ricordare il tempo dei nostri quasi quotidiani antichi incontri, ben sapendo – da storico – che il tempo va avanti e che nella vita quotidiana non si guarda alle spalle, ma che spesso la conoscenza delle tradizioni del passato consente di cercare di non scostarsi troppo da una realtà formata nei secoli, contro la quale un legislatore incauto rischia di imporsi nell'immediato ma di soccombere nel lungo periodo.

SALVATORE PRISCO

Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*

SOMMARIO: 1. *Amarcord* – 2. L'esperienza di chi scrive tra la sua giovinezza e l'attualità: un sistema universitario *quantum mutatus ab illo* – 3. Linee di un percorso di mutamento: dal formalismo giuridico al diritto della postmodernità. – 4. Una visione realistica dell'interpretazione giuridica – 5. Il diritto come esito di narrazioni e l'apporto dello sguardo alla letteratura e alle altre arti nella formazione del giurista critico – 6. Un libro necessario

1. Chi si fosse iscritto nell'anno accademico 1968-1969 alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli (non ancora intitolata a Federico II, suo antico fondatore: nella città e nella regione non c'erano altri Atenei che coprissero la generalità delle discipline, sicché essa – la maggiore del Mezzogiorno per numero di iscritti e docenti – non avvertiva il bisogno di una denominazione per distinguersi, né la grande statua bronzea dell'Imperatore *Stupor Mundi* si innalzava ancora nell'atrio della sua sede centrale al corso Umberto, dove venne collocata solo nel 2001 per impulso del rettore dell'epoca, Fulvio Tessitore) vi avrebbe certo incontrato grandi Maestri e alcuni manuali istituzionali lo avrebbero introdotto allo studio del diritto.

Istituzioni di diritto privato era prestigiosamente insegnato da Leonardo Coviello junior, ultimo esponente di una importante famiglia di giuristi originaria di Avigliano, in Lucania¹ e il libro di testo consigliato, con netta preferenza per qualunque altro, erano le *Istituzioni di Diritto Civile* di Alberto Trabucchi, continuamente aggiornato e in questa sede ancora oggi molto usato, benché offrendo agli studenti anche altre opzioni.

Per *Diritto Costituzionale*, le cui lezioni erano impartite da Gianni Ferrara (giurista altrettanto autorevole, proveniente dall'università di Genova e

* Il testo è apparso con minime varianti solo formali anche in O. ROSELLI (a cura di), *Le Arti e la dimensione giuridica*, Bologna, p. 403 - 428, con espressa menzione della destinazione agli *Scritti in onore* del dedicatario.

¹ Maggiori notizie, relative a un periodo storico ben più ampio, in P. POLLICE, *La civilistica a Napoli tra la fine dell'Ottocento e il Novecento*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana, Annale* 2016, Napoli 2017, p. 69 ss.; G. PIAZZA, *Leonardo Coviello*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Rileggere i Maestri*, I, Cosenza 2011, p. 49 ss.

prima ancora dalla Camera dei Deputati, dov'era stato funzionario, ma casertano di nascita), si indicava il primo volume – mentre il secondo trattava del diritto amministrativo – delle *Istituzioni di diritto pubblico* di Alfonso Tesauro², a lungo parlamentare democratico-cristiano ed esponente di una famiglia che aveva espresso un rettore, un ginecologo illustre allora in carica e che darà altri giuristi, uno dei quali destinato a luminosa carriera anche nelle istituzioni europee e nazionali.

Tanto le chiarissime lezioni di Coviello – Maestro la cui signorilità viene tuttora ricordata e al quale è stata in seguito dedicata l'aula più ampia nella parte moderna del Dipartimento – quanto il manuale di Trabucchi si ispiravano a un metodo rigorosamente giuspositivistico, benché le successive edizioni del volume si siano aperte a un controllato rendiconto dell'esistenza di indirizzi metodologici diversi (ad esempio l'*american realism*, così in esso testualmente definito), senza tuttavia stravolgere mai l'ispirazione e l'intervallazione originarie.

Quanto al secondo libro, le sue pagine sono egualmente dommatiche e del tutto astoriche, mentre ben diverse e palpitanti di riferimenti alle vicende storico-politiche – benché pur sempre riportate all'illustrazione del sistema, interpretato in chiave dichiaratamente «progressista» – erano le lezioni orali del marxista Ferrara, che confermerà il suo metodo qualche anno dopo, nel *Governo di coalizione*: un libro del 1973, che – opportunamente ricontestualizzato – si rivela ancora oggi di stupefacente freschezza³.

Per l'irruzione di una prospettiva decisamente diversa nei testi del programma ufficiale proposto agli studenti bisognò attendere che Michele Scudiero, proveniente qualche anno dopo dall'università di Macerata, indicasse in lettura il manuale istituzionale di Paolo Barile, unitamente alla voce di Leopoldo Elia sulle forme di governo, nell'*Enciclopedia del Diritto*, mentre lo studio delle *Fonti* di Vezio Crisafulli era idoneo a soddisfare le esigenze di una formazione più propriamente dommatico-positivistica.

Così presentandosi le cose nel 1968, la storia faceva sì la sua comparsa, nei testi proposti agli studenti per preparare gli esami, ma riferendosi a un passato lontano, ossia attraverso uno dei volumi della *Storia della Costituzione romana* di Francesco De Martino⁴ (essendo tuttavia l'autore impegnato al

² M. SCUDIERO, *Alfonso Tesauro*, in *Rileggere i Maestri*, cit., p. 83 ss.

³ Chi scrive ha reso omaggio al Maestro in *'Il Governo di coalizione' rivisitato*, per gli *Scritti in suo onore* (Torino 2005, III, p. 195 ss.), successivamente ripubblicandolo nel proprio *Costituzioni, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino 2014, p. 161 ss.

⁴ F. P. CASAVOLA, *Francesco De Martino*, in *Rileggere i Maestri*, cit., p. 19 ss.; A. GUARINO, *Francesco De Martino giurista*, in *Index: Quaderni camerti di studi romanistici*, Napoli 2004, n. 32 p.

governo quale vicepresidente del Consiglio dei Ministri, le lezioni le tenne quell'anno Francesco Paolo Casavola, tornato a Napoli da Bari) e nel manuale istituzionale di *Diritto Privato Romano* di un Maestro di rara eleganza letteraria nella scrittura, come pure di cattivo carattere e assai temuto dagli studenti, come Antonio Guarino⁵.

2. Che cosa resta di questa impostazione cinquant'anni dopo, quando uno di quegli studenti, diventato professore universitario e in seguito docente proprio nella Facoltà che aveva frequentato da ragazzo (è il caso che l'autore lo confessi: *de se fabula narratur*⁶), sta per terminare il proprio servizio attivo?

Un'università, innanzitutto, con molti meno Maestri – nel senso dell'iniziale maiuscola della parola – di quanti ce ne fossero prima. Proprio dal movimento popolare del '68, inizialmente studentesco e poi propagatosi a sommuovere i fondamenti culturali dell'intera società e delle sue forme giuridiche (basti pensare allo statuto dei diritti dei lavoratori, alla stagione dei «diritti civili» – cui appartengono ad esempio la riforma del diritto di famiglia, l'introduzione del divorzio e in seguito la disciplina dell'aborto legale – o all'avvio delle regioni ordinarie e del referendum abrogativo, istituti oggetto sì fino ad allora di disposizioni costituzionali, ma non ancora trascorsi nell'effettività), incominciò un rifiuto della loro autorità intellettuale, che nel

587 ss.; F. GUIZZI, *Francesco De Martino tra diritto e politica*, in *Domani è ieri. Memorie da(e)ll'università*, Napoli 2016, p. 59 ss.

⁵ L. LABRUNA, *Antonio Guarino*, Napoli 2015.

⁶ Quando mi iscrissi a Giurisprudenza alla Federico II – con l'idea che sarei poi entrato nello studio legale di mio padre Giuseppe, dopo esserlo stato del nonno di cui porto il nome – ero in realtà incerto, perché combattuto: amavo la letteratura, la storia e la filosofia, il teatro, sentivo il diritto (che non è stato dunque il primo amore) come materia fredda e formale (per inciso: oggi il logicismo sillogistico della fattispecie è in crisi, come in seguito si argomenta e l'ermeneutica contemporanea ha messo in luce la non univocità dell'interpretazione dei testi, anche di quelli normativi e la cooperazione creativa del giudice alla decisione del caso). Sono stato quindi a lungo un *clericus vagans*: scappavo a Lettere e altrove, per seguire ad esempio lezioni e seminari o conferenze di Salvatore Battaglia, Aldo Masullo, Pietro Piovan. Ho in realtà sempre coltivato e alimentato anche nei miei studenti l'idea dell'università come luogo di crescita critica personale e ho appreso solo molto tempo dopo – studiandone le opere, dopo essere stato incaricato di una relazione su di lui, nell'ambito di un ciclo che ricordava i docenti eccellenti della Facoltà – che un Maestro storico del diritto costituzionale, come Giorgio Arcoleo, era stato allievo innanzitutto di Francesco De Sanctis. Facendo quello che un secolo prima aveva fatto lui, inconsapevolmente e indegnamente (e per di più colpevolizzandomi, perché tradivo gli studi cui mi ero in prospettiva professionale votato) avevo ripercorso dunque le orme di un grande. Questo è stato il mio personale modello di università, altro che il «portfolio delle competenze» della ministra Moratti e «crediti formativi» e algoritmi per la valutazione dei «prodotti della ricerca».

tempo ha assunto forme varie, oggi rinverdate dall'idea, frutto di falso egualitarismo, che essi non servano più e che anzi siano dannosi, giacché «uno vale uno», non solo dovendosi preferire la democrazia diretta a quella rappresentativa, ma inoltre diffidare dei tecnici e delle competenze, al servizio di oscure *lobbies*: un'erronea percezione che ha per fortuna suscitato giuste reazioni⁷, giacché senza fare memoria del passato (e i Maestri servono appunto a trasmetterlo) il diritto – come del resto qualsiasi altra disciplina – non può venire costruito nemmeno al tempo dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi.

Ancora: un'università-azienda, lontanissima dal modello humboldtiano e newmaniano, il cui ricordo mezzo secolo fa ancora in qualche modo sopravviveva, senza che lo si debba oggi rimpiangere troppo, perché ogni epoca ha i suoi modelli di formazione culturale e non si deve mai guardare indietro. In quella attuale, così e ad esempio – per sottoporsi a un concorso – gli aspiranti professori devono superare un percorso ad ostacoli, la cui strada è innanzitutto segnata dalla comparsa sul sito *Internet* del ministero competente di semafori che, beneaguranti, si accendono sul verde o, feralmente, bloccano i malcapitati sul rosso; dalla necessità di superare (o almeno eguagliare) «mediane» e «soglie», distribuite lungo un certo periodo e nella quale è imprescindibile avere pubblicato su «riviste di fascia A» ed è indispensabile (e fortemente consigliato anche nei cosiddetti «settori non bibliometrici») accumulare citazioni dei propri lavori da parte dei colleghi, con due conseguenze.

La prima, ovvia, è quella dare luogo a un traffico di scambi di cortesia che fa impallidire quello delle indulgenze, che generò l'indignazione di Luterò e scatenò la Riforma; la seconda, paradossale, è che – siccome il sistema calcola il numero delle citazioni, ma non pesa la qualità degli apprezzamenti che le note contengono – perfino una tesi assolutamente inaccoglibile nel merito su un certo tema, se universalmente e in modo formale respinta da quanti scrivono sul medesimo argomento, guadagna comunque visibilità al suo malcapitato – o astuto – autore. Vi sono perciò oggi giovani studiosi la cui abilità nella scienza abbastanza esoterica di districarsi in simile ginepraio, pertanto assai ricercata, è almeno pari, se non superiore, alla dottrina palesata occupandosi dell'oggetto dei loro studi.

⁷ Da ultimo, T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, trad. it., Roma 2018; G. ZAGREBELSKY, *Mai più senza maestri*, Bologna 2019 (essendo peraltro quella del Maestro o mentore una figura con funzione ben diversa da quella del mero «tecnico» ed essendo comunque oggi entrambe accomunate da un giudizio di squallificazione da parte di un sentire demagogico abbastanza diffuso).

Di questo, però, si dirà criticamente, magari, in altra occasione e sede⁸. Qui è più rilevante concentrarsi sul mutamento metodologico che ha investito gli studi di diritto e che si traduce – rifluendo sull’oggetto – se non in un suo mutamento, certo in un cambio evidente di prospettiva nella percezione dei fattori che lo compongono e del modo di analizzarli.

3. Una sintetica descrizione «fotografica», per coppie di opposti, del punto di partenza e di arrivo dell’itinerario degli studi giuridici dipanatosi lungo il cinquantennio è offerta dalla densa pagina introduttiva di un’opera collettanea recente.

«Parlare di “percorsi giuridici della postmodernità” implica di porre a raffronto due concezioni del diritto assai lontane e distanti tra loro: quella squadrata, statica, monolitica, lineare, gerarchicamente ordinata che aveva governato la modernità e quella pluralistica, policentrica, complessa, fluttuante, dinamica, sfumata, indeterminata, che segna il passaggio a un ordine nuovo, all’emergere di nuovi assetti che, per l’appunto, possiamo chiamare postmoderni. Queste diverse concezioni possono essere a loro volta declinate in tutta una serie di antitesi che ne fotografano aspetti peculiari: monopolio della legge statale nella produzione del diritto/pluralismo delle fonti; generalità e astrattezza del comando legislativo/cangianti particolarità del caso; potere esclusivo del legislatore nella costruzione del diritto/compartecipazione dell’interprete-creatore; principio binario (tutto-niente, inclusione-esclusione, vero-falso, torto-ragione, fatto-diritto, legittimo-illegittimo)/principio di graduazione (dal meno al più adeguato, dal meno al più opportuno) e di appartenenza parziale (parzialmente incluso, parzialmente escluso), così da giungere a una conclusione che rappresenti il punto di massima realizzazione di tutti i principi in gioco; diritto costruito solo per regole (le fattispecie normative)/diritto costruito soprattutto per principi; diritto completo a priori nel momento della sua fissazione da parte della legge/di-

⁸ Si può qui ricordare peraltro lo stimolante, approfondito e battagliero *pamphlet* di V. PINTO, *Valutare e punire. Una critica della teoria della valutazione*, II ed., Napoli 2019 che – attraverso un apparato teorico risalente a Deleuze e a Foucault e partendo dal caso dell’università, in cui l’autrice appunto insegna (filosofia teoretica all’Università Federico II di Napoli) – svolge in realtà una più ampia critica del neoliberismo e della nozione di *governance*, trasposta dall’azienda capitalistica all’organizzazione statale e a quella della formazione culturale. Indicativo delle opposte posizioni sulla valutazione universitaria il dibattito di recente ospitato dal *Corriere della Sera* tra A. PIPERNO, *Noi professori, da giudici a giudicati* (2 ottobre 2019), le cui posizioni critiche chi scrive condivide pienamente e G. VERONA, rettore dell’Università commerciale «Luigi Bocconi», *Perché è giusto valutare i professori (ed è compito anche degli studenti)* (ivi, 3 ottobre 2019).

ritto che si completa e si attua nel suo farsi concreto; matematica del sillogismo/flessibile logica del bilanciamento; valore esclusivo delle forme/attenzione sostanziale per i valori».⁹

L'analisi – assai chiara e condivisibile – continua, sottolineando il peso che nella crisi del risalente paradigma giuspositivistico gioca il deperimento dello statualismo giuridico, col connesso criterio gerarchico quanto all'ordine delle fonti (per le quali meglio vale oggi, a descriverne l'ordito, la diversa metafora della «rete»¹⁰) e dell'assunto che il diritto sia solo quello che deriva appunto dal monopolio statale della decisione politica parlamentare o dei governi, per la parte in cui questi possono sostituire la loro alla prima al ricorrere di dati presupposti e comunque precariamente, nel senso che le assemblee rappresentative controllano comunque (*ex ante*, *ex post* e *in itinere*) il dispiegarsi del relativo procedimento.

Il frammentarsi della sovranità verso il basso, in direzione di centri di decisione politica decentrata, ovvero verso l'alto, per l'emergere di poteri istituzionali sovranazionali, che operano affidandosi a principi e alla *soft law*, oltre e più che a regole (come del resto fanno le Costituzioni rigide e «per valori»), conseguendone che il monopolio della legge statale è insidiato (oltre che dalla conquistata centralità del ruolo del giudice-interprete; ma su questo si dice *amplius* oltre) dalla pretesa auto-regolativa di quello che emerge dal seno stesso della società, ad esempio dalle imperiose esigenze dell'economia, della tecnica, della scienza sperimentale, tutte portatrici di propri canoni disciplinari, sono fenomeni che hanno notevolmente cambiato il modo di presentarsi del diritto e di conseguenza il metodo per analizzarlo, anche se sarebbe fuorviante ripudiare *in toto* la migliore tradizione, che va piuttosto «rivisitata» con intelligente sensibilità al nuovo.

Molto interessanti, in particolare, sono due osservazioni dell'autore: la constatazione che la prima percezione di una crisi del modello «classico» può farsi risalire presso di noi già alla rilevazione e teorizzazione del pluralismo giuridico che Santi Romano compiva un secolo fa, un fenomeno che a ben vedere è alla base di quella erosione che nel tempo ha investito sempre di più la tradizionale costruzione dello Stato (che pure – aggiunge chi scrive le presenti note – il medesimo Autore, in un altro saggio della medesima

⁹ R. E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna 2017, p. 9 s.

¹⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, problematica su cui si leggano altresì, *ex plurimis*, E. ANCONA, *Figure dell'ordinamento. Dalla piramide alla rete e oltre ...*, in *L'Ircocervo*, rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato, 2007, n. 1; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenzo Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, Napoli 2009, p. 257 ss.

stagione creativa, magnificava come «stupenda creazione del diritto»¹¹) e il rilievo che in realtà incominciava già allora a venire meno l'età dell'oro dell'ordine borghese prestabilito e che filosofia, letteratura, arte figurativa e post-figurativa, teatro e musica hanno accompagnato (intrecciandosi appunto con lo sviluppo del diritto) la tendenza a valorizzare il ruolo – e, nel caso, l'estetica e la poetica – del non finito, del randomico, dell'asistematico.

Certo, di questo processo poco si coglieva nei manuali che venivano proposti in lettura allo studente del primo anno di giurisprudenza ancora alla fine degli anni Sessanta del Novecento, ma – *motus in fine velocior* – l'accelerazione del mutamento è approdata poi anche in quelli, fra essi, «di nuova generazione».

4. Il punto essenziale (e sul quale vale dunque la pena di insistere) è la profonda trasformazione subita dalla concezione dell'interpretazione giuridica, grazie all'approfondimento permesso dall'ermeneutica contemporanea¹².

Si è infatti passati, nella maggior parte dei teorici – e comunque in quelli meno attardati – dall'idea che essa fosse un'attività rivolta a scoprire il «vero» significato della norma, pre-dato rispetto all'intervento esegetico, a quella per cui l'interprete coopera creativamente (certo, peraltro, nei limiti di elasticità semantica consentiti dal testo su cui egli si applica) a definire il senso della disposizione da considerare rilevante nel caso di volta in volta in esame, traendone la norma richiesta dalle concrete esigenze regolative che esso implica.

Il fatto plasma, insomma, lo stampo giuridico consistente nella fonte formale preesistente, per cui il diritto non si risolve in esso, che è solo l'*a priori* razionalizzante rispetto alla realtà da regolare, dandosi effettivamente

¹¹ Si allude ovviamente a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946 e a ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, nel volume che da esso prende il titolo e raccoglie di *Saggi di diritto costituzionale* dell'Autore, Milano 1969, p. 3 ss. Sui nessi tra queste (e altre) sue opere, si veda la penetrante analisi (ricca anche di affettuose e illuminanti notazioni storico-biografiche, che ricostruiscono il rapporto dell'Autore col suo Maestro Vittorio Emanuele Orlando e le rispettive e molto diverse personalità) di A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e L'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, n.2, p. 333 ss.

¹² Si deve rinviare qui alla bella antologia G. CARLIZZI, V. OMAGGIO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Pisa 2016, che pubblica in quattro sezioni, introdotte ciascuna da uno dei curatori, traduzioni italiane di testi importanti e spesso ormai introvabili. In termini, F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, n.1, p. 57 ss., sviluppa in proposito acute considerazioni che consentono di correlare arte e diritto positivo, articolandole attorno all'idea guida che «È il diritto positivo stesso ad essere considerato "ermeneutico" o, meglio, ad essere un'ermeneutica della convivenza civile (ivi, p. 59)».

diritto solo all'esito del processo ermeneutico, che non è dunque un'operazione di mera sussunzione dell'evento nello schema astratto e previo che pretende di disciplinarlo.

Da ciò l'allargamento del ruolo del giudice (e segnatamente di quello *sui generis* rappresentato dagli organi cui è affidata la giustizia costituzionale) e da ciò anche autorevolissime reazioni all'eccesso di «creatività» giudiziale e l'istanza del recupero della testualità, in nome della prevedibilità e certezza del diritto.

Questo fa ad esempio chi richiama alla (perduta, ma forse ancora) necessaria calcolabilità delle applicazioni normative, che ora devono recuperare secondo l'Autore, al di là dei contenuti delle regole, «il salvagente della forma».

Nel saggio che si ha qui presente¹³ – tra i molti in tema a lui ascrivibili – si integra un giudizio di Karl Mannheim, per il quale «il principio fondamentale della legge formale – in base al quale si deve giudicare ogni caso secondo i precetti razionali generali che abbiano il minor numero possibile di eccezioni e si fondino sulla classificazione logica – prevale soltanto nella fase liberale-competitiva del capitalismo e non, come credeva Max Weber, nel capitalismo in generale». La correzione proposta è nel senso che «il capitalismo liberale competitivo sta alla legge formale come il capitalismo monopolistico sta all'irrazionalismo giuridico». Segue una serrata argomentazione che reca esempi di tale irrazionalismo, essenzialmente rinvenuto nella decisione giudiziaria del caso concreto, quando non sufficientemente guidata e perciò resa prevedibile da uno stringente, previo canone legislativo.

Anche un altro Maestro del diritto ha, in tempi più recenti, sottoposto a severa censura gli spazi eccessivi della decisione giudiziaria, correlati alla crisi della legge e le cui esemplificazioni vengono rinvenute in molti teorici generali¹⁴: «Il primato della giurisdizione come attività svincolata dalla soggezione alle norme di legge si trova affermato anzitutto, paradossalmente, dalla teoria normativistica di Hans Kelsen», che «non ha solo sostenuto questa concezione della giurisdizione come creazione del diritto in senso forte», ma anche perché «è altresì responsabile della diffusione dell'uso indifferenziato dell'espressione “creazione” del diritto, nel senso improprio e debole

¹³ N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Dir. delle Società*, 2005, n. 5, p. 801 ss., ora con altri scritti in tema – che sono stati egualmente considerati – in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 39 ss. In effetti, va registrato «il tramonto, o la crisi, di un circolo logico, su cui riposa il moderno Stato di diritto» (ivi, VII) nell'«età della decodificazione» (titolo di un noto saggio dell'autore, Milano, IV ed., 1999). L'espressione virgolettata nel testo rinvia ad un altrettanto noto suo saggio, di cui egualmente costituisce il titolo (Roma-Bari 2007).

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, p. 13 ss.

del termine, per designare qualunque atto normativo, sia esso legislativo o giudiziario, sulla base del fatto che esso, entro la struttura a gradi dell'ordinamento, è al tempo stesso applicazione di norme superiori (*application of law*) e produzione di norme inferiori (*creation of law*)), pur notandosi che sono soprattutto tendenze post-positivistiche o anti-positivistiche a sottolinearlo: così «l'orientamento ermeneutico, che sviluppa la sua critica sul piano dell'epistemologia del giudizio; quello principialista, che la sviluppa sul piano della teoria del diritto; quello storicista o neopandettista, che la sviluppa sul piano della pratica giuridica e dell'esperienza storica». I nomi cui la dottrina qui richiamata intesta i tre filoni – distinti, ma convergenti nell'intento antilogicista e antipositivista – sono, rispettivamente, quello di Hans Georg Gadamer e di chi a lui si collega, di Ronald Dworkin e di Robert Alexy (e relativi seguaci) e di Paolo Grossi, con la propria scuola.

Un'altra dottrina ancora, non certo conservatrice, ha dal suo canto rilevato che, pur nella consapevolezza che «il carattere democratico dei nuovi (n.d.r.: quelli successivi alla seconda guerra mondiale) ordinamenti non è la “conseguenza necessaria” dell'impostazione kelseniana (n.d.r.: assunta nel testo come il modello tipico del giuspositivismo, sul piano costituzionale)» e che i caratteri democratici ne sono un'aggiunta ulteriore, tuttavia «la struttura concettuale della teoria pura del diritto si è mostrata, alla prova della storia, come la più capace di “accogliere” i nuovi ordinamenti democratici e di dare ad essi una “cornice” giuridica adeguata» e questo perché, se «è certamente vero che il puro formalismo delle concezioni imperativistiche e formalistiche del diritto non basterebbe da solo a fondare e legittimare i nuovi ordinamenti», tuttavia «quello che si può dire con tutta certezza è che la concezione kelseniana si dimostra “storicamente” come la più adatta a superare la crisi dello Stato europeo dell'ottocento»¹⁵.

Come recita tuttavia l'antico brocardo, «*Adducere inconveniens non est solvere argumentum*».

Questo deve dirsi innanzitutto della riconduzione della costruzione giuridica nel perimetro della sola logica classica – dominata dai principi di identità, non contraddizione e del terzo escluso¹⁶ – mentre, in un universo con-

¹⁵ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. ecl.*, 1995, p. 66 ss.

¹⁶ Si vedano N. GARA, *Dalla logica classica alle logiche non-classiche*, Napoli 2007; D. e C. PALLADINO, *Le logiche non classiche. Un'introduzione*, V ed., Roma 2015. Del resto, note sentenze, quale quella conosciuta come *caso Francese* – di cui a Cass., Sezioni Unite, n. 30328 del 2002) molto commentata e dal ragionamento sulla quale si sono dipartite teorie e suggerimenti metodici – fanno esplicita applicazione alla nozione di causalità giuridica del calcolo delle probabilità. Si trattava, com'è noto, di un caso responsabilità medica nei confronti di

cettuale assiologico pluralistico, la tecnica compositiva dei conflitti è il bilanciamento fra valori diversi¹⁷ e d'altra parte, pur senza volere indulgere a riproporre formule marxiste scolastiche sul rapporto tra struttura e sovrastruttura, sembra impossibile tornare agli schemi rigorosamente deduttivi e sillogistici del passato finché risulta dominante (seguendo l'autore richiamato per primo) la forma economica del capitalismo monopolistico.

un paziente deceduto, da affermare o escludere in base a un cosiddetto «giudizio controfattuale», ossia ipotizzando che cosa sarebbe potuto accadere (in base a un'«elevata probabilità logica», o un «alto grado di credibilità razionale») se il medico chirurgo avesse fatto quello che invece *non* aveva fatto. Per la Suprema Corte – quanto alla prova scientifica, rispetto al nesso di causalità e superandosi controversie dottrinali e giurisprudenziali precedenti – va applicato il cosiddetto «modello inferenziale induttivo», in cui il decisore deve partire dal caso concreto per giungere ad individuare il diritto da applicare, laddove opposto è quello «nomologico deduttivo», in forza del quale si operano deduzioni da una legge astratta e previa. Vi sono altresì giuristi che si sono confrontati con le scienze fisico-matematiche. ma non certo nella loro versione tradizionale. Così, taluno ha assimilato il modello fisico classico al sistema normativo kelseniano, avvicinando la situazione del policentrismo esploso delle fonti del diritto alla fisica dei quanti (R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli 2009, p. 35 ss.) e altri si è ispirato – sempre per descrivere il complessificarsi delle fonti del diritto – ad oggetti geometrici non euclidei (M. PEDRAZZA GORLERO, *L'ordine frattale delle fonti*, Padova 2012).

¹⁷ *Ex plurimis*, si leggano almeno G. SCACCIA, *Valori e Diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.* 2011, n. 1, p. 135 ss. (nell'*incipit*: «Come la geometria non euclidea e la teoria della relatività hanno scosso le fondamenta del formalismo nelle scienze tradizionali, così la positivizzazione di valori morali nelle Costituzioni contemporanee ha segnato la crisi del formalismo logico nella scienza giuridica», citando espressamente T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 1987, n. 96, p. 943 ss.) e già C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (ed. or., Roma 1984; nuova ed., due volumi, cioè anche con *Il giudizio sulle leggi*, Napoli 2014); G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. II, Milano 2008, p. 185 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010; A. BALDASSARRE, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del «pensare per valori»)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, p. 145 ss. Certo, resta un rischio sul quale richiama l'attenzione una larga parte di filosofi politici e anche di giuristi, come è quello che di seguito si cita: «al di là delle tecniche puntuali di garanzia [...], il problema più arduo da risolvere resta quello, fondamentale, di un diritto svolto entro una logica meramente principalista rispetto a un contesto concreto caratterizzato da limitatezza di risorse e forti vincoli di bilancio» (F. RIMOLI, *La retorica dei diritti*, Modena 2018, p. 62), che è fenomeno strettamente dipendente da un'acclarata crisi della politica rappresentativa, il che costringe o incoraggia a ricercare tutele vicarie forti in organi pure esclusi dal sistema della rappresentanza e che hanno appunto fatto leva, per affermare la loro centralità, sulla logica dei valori (*ex plurimis*, sul punto, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000, *passim*, ma spec. p. 22 ss.).

Al diritto, tanto più perché disteso lungo più piani territoriali, ossia multilivello e per com'è in concreto applicato, si addice dunque non la (sola) razionalità formale classica, che pure deve presidiare la coerenza interna del sistema (non esiste peraltro una sola logica, ma se ne danno più tipi), bensì il ricorso alla ragionevolezza e alla mediazione nei conflitti sui beni della vita, nei limiti operativi resi possibili – come si è già detto – dall'oscillazione tra i sensi che è possibile attribuire alla formula linguistica che veicola la pretesa regolatrice. L'accoglienza di tale dinamica in un disegno puramente «kelseniano» (come assume possibile l'Autore possibile citato da ultimo) è dunque sempre più difficile e in definitiva artificiosa, vela pratiche effettive che non vanno in questa direzione¹⁸.

Quanto alla critica di Ferrajoli, è difficile non concordare con le sue preoccupazioni, quando scrive che: «teorizzare il superamento del principio di legalità e del positivismo giuridico equivale, puramente e semplicemente, a teorizzare il superamento del ruolo della politica, l'abdicazione alle forme della democrazia rappresentativa e il tramonto dello stato di diritto basato sulla soggezione al diritto dei pubblici poteri. Equivale, in breve, ad assecondare una regressione premoderna: in materia civile il primato dell'autonomia privata e dei poteri economici e finanziari globali quali veri poteri sovrani, per di più anonimi e invisibili, in grado di dettar legge alla politica; in materia costituzionale la sostituzione della legalità costituzionale con la *lex mercatoria* quale vera norma suprema dell'ordine globale; in materia penale l'indebolimento dell'intero sistema delle garanzie, tutte basate – dalla tassatività all'offensività, dal contraddittorio al diritto di difesa – sulla legalità quale garanzia di libertà oltre che di verità»¹⁹.

Non si tratta però tanto, a ben vedere, di «teorizzare un superamento», bensì di prendere atto che le critiche avanzate in nome del realismo giuridico al giuspositivismo (ma, in una nota del suo contributo, egli documenta come perfino il Maestro praghese trascorse nel tempo da una critica severa del diritto libero a un suo sostanziale apprezzamento, segno che la questione è oggettivamente tormentosa) hanno dalla loro parte un'analisi di quanto avviene, nella pratica e in una più aggiornata e sofisticata sistemazione teorica, difficilmente eludibile²⁰. Anche l'approdo finale del saggio, ossia il sostegno ad una «ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento

¹⁸ Come osserva M. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti tra diritti nazionali e normative sovranazionali*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2005, p. 403 ss., «nel ben calibrato ordinamento gerarchico della piramide trova spiegazione soltanto una parte del diritto odierno, ma non tutto» (p. 427).

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 22.

²⁰ Una chiara ricostruzione delle apparentemente non visibili prossimità tra giusnaturalismo e giuspositivismo nella critica di A. KAUFFMAN (*Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad.

dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge», non giunge infatti a riproporre un'apologia del logicismo formalista che sarebbe altrettanto regressiva e in concreto impossibile, ma ne istituzionalizza una certa mano libera, seppure non arbitraria.

Questa situazione porta appunto a sottolineare – come si diceva già prima – l'ineliminabile pressione del fatto sulla norma previa, ai fini della regolazione giuridica, il costruirsi dunque della soluzione del caso attraverso l'apporto di più attori e in particolare del giudice: di quello ordinario e amministrativo e delle Corti supreme e costituzionali. Tant'è che un recente contributo²¹ si pone il problema di identificare un possibile vizio di «eccesso di potere giurisdizionale» e i mezzi per contrastarlo.

Premesso che una parte importante della monografia ora in esame è rivolta a relativizzare l'evanescenza della distinzione tra astratto disporre (ri-conducibile al legislatore) e concreto provvedere in via applicativa (che sarebbe proprio del giudice), o altri indici distintivi tra le due funzioni, l'ipotesi difficilmente configurabile, anche ad avviso della Corte Costituzionale, di impiegare il rimedio del conflitto di attribuzione si scontra con l'impossibilità di dedurre un vizio per il *modo di esercizio* della funzione, che ovviamente andrebbe – nel caso – ricondotto ai normali mezzi di impugnazione, mentre

it., Milano 2003, p. 55 ss.) e di A. ROSS (*Giusnaturalismo contro positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, n. 3, p. 701 ss.) è quella di C. FARALLI, *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2004, n. 2, p. 531 ss., che prende in esame anche le concezioni del caposcuola del giusrealismo scandinavo I. A. Hägerström, quanto quella estrema e del tutto antinormativista del giusrealista statunitense Jerome Franck, sul quale vedi da ultimo, presso di noi, il brillante studio di V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino 2018. Un'eccellente dimostrazione della plasticità del fatto per orientare l'interpretazione giuridica, che è assieme un'elegante esercitazione di Diritto e Letteratura, è nelle classiche pagine di un Maestro del diritto commerciale che fu un positivista critico e di ampia visione, anche per contingenze di vita, come T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano 1959, I, p. 3 ss., sulle quali (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche) sia consentito rinviare al nostro *Legge e giustizia. Tre variazioni sul tema tra diritto e letteratura*, in G. MACRÌ, P. ANNICCHINO (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Soveria Mannelli 2017, p. 235 ss.

²¹ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino 2016, p. 233 ss. (i corsivi sono nostri). Una riflessione recentissima in tema e che egualmente tenta di individuare limiti all'attività interpretativa del giudice, nel caso in cui ci si trovi in presenza di settori mai legificati e di puntuali vuoti normativi nell'ordinamento giuridico è quella di R. G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, p. 6 s., nota p. 21, una rassegna di alcune concezioni teorico-generaliste italiane sull'interpretazione costituzionale, in particolare.

è possibile prospettare l'eventuale assoluta e radicale *non riconducibilità dell'atto viziato alla funzione* stessa del giudicare. In definitiva, la proposta in cui sfocia la ricostruzione qui ricordata è quella di prevenire il vizio, o di colpire l'autore dell'atto sul piano della responsabilità, meno sul piano civile e più su quello disciplinare²².

Possiamo allora fissare, su quanto discusso in questo paragrafo, due conclusioni:

a) l'ordinamento si articola svolgendo interpretazioni riconducibili a principi e – come constata un'autorevole dottrina²³ – «dei principi non si può fare a meno, sia che essi vengano utilizzati per colmare le lacune della legge, sia che vengano utilizzati con finalità interpretative della legge. Sono essi stessi “legge” e si inquadrano nel potere normativo esercitato dal giudice (consapevolmente o meno) anche quando egli finge di essere semplicemente la *bouche de la loi*»;

b) per dirla con un altro autore, nell'effettività dei rapporti tra legislatore e giudice «il problema va oltre l'antitesi tra *Rechtsgebung* e *Rechtsfindung*: in questi due lemmi l'oggetto della *Findung/ Gebung* non sono le norme, ma il diritto, che viene *trovato* e *detto/dato* da tutti gli attori dell'ordinamento secondo un movimento che non è infinito, ma non è neppure unidirezionale. Si tratta di leggere il diritto nel fatto (*ex facto oritur jus*), di trarre il diritto dal fatto. La norma di legge, nella misura in cui prefigura il fatto (*facti species*), è sicuramente una guida imprescindibile (non una mera proposta); ma il peso della giurisdizione in questo processo non è meno determinante²⁴.

²² Se è permesso il rinvio, analoga discussione e indicazione di possibili rimedi di altro tipo, rivolti ad attivare controlli di opinione pubblica colta sull'operato del giudice (anche costituzionale) e ad aumentarne le garanzie di trasparenza e di indipendenza dalla politica, o – forse meglio – dal sistema dei partiti) è nel nostro *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Napoli 2016, p. 633 ss.

²³ G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Stato*, 2015, n. 5, p. 11 ss. (la citazione a p. 48). Si veda altresì R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, *ivi*, 2015, n.4, p. 11 ss., che parte dal fondamentale saggio di R. M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, trad. it. Torino 2008 e dall'idea – appunto da lui desunta – che «le disposizioni che vogliono regolare i “fatti” sociali che sollecitano l'intervento del potere legislativo non hanno un significato proprio separato e indipendente dalle attività sociali che si sviluppano nell' “universo normativo”. Detto in altri termini, non sono un “oggetto” separabile con nettezza dal “soggetto” chiamato ad applicarlo o a subirne l'applicazione», sicché «La prima conseguenza che ne discende è che chi fa le leggi non dispone del loro significato, perché il significato dei segni non è deciso in via definitiva da chi li traccia».

²⁴ F. ARZILLO, *Interpretazione, legislazione, giudizio: brevi riflessioni a partire da un saggio recente*, in *Stato*, 2016, n. 7, p. 331 ss. (la citazione a p. 338); il saggio cui ci si riferisce è la voce di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano 2016, p. 391 ss.

«L'interpretazione giuridica come narrazione», dunque – conclude un altro studio recente²⁵ – e l'apertura alla narratività va percepita perciò quale centrale, prima nella formazione del giurista critico e poi nella descrizione realistica della sua attività, in qualunque ruolo essa si eserciti.

Sintoniche con le riflessioni qui condotte quelle assai fini e colte di un civilista inquieto, che con analoga intenzione scrive: «L'arte dell'interpretazione pone la regola del caso. Queste considerazioni (svolte nelle pagine che precedono la citazione qui ripresa, *n. d. r.*) consentono di parlare dell'interpretazione come arte, nel senso che l'attività interpretativa presuppone la scienza della regola, la concettualizzazione del fatto concreto, la messa in crisi della regola scientifica per, infine, approdare alla ridefinizione della regola del caso concreto. La regola non intesa come comando, ma come dialogo argomentativo che ha il suo proto-concetto nella scelta valoriale assunta nella fonte primaria»²⁶

5. Premesso tutto quanto precede, gli studi sui nessi tra diritto e letteratura – che in Italia erano stati storicamente coltivati tanto da giuristi inclini

e si veda altresì M. DOGLIANI, *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale*, in *Stato*, 2015, n. 4, p. 51 ss., per il quale «La spontaneità delle domande rivolte alla Costituzione, volte ad ottenere il riconoscimento di un diritto (di una identità) da parte dei soggetti più diversi è apparsa ad alcuni come sintomo di una concezione anarchica della società e di una visione "decostruzionista" del diritto. Visione che comporta: a) l'adozione della teoria scettica dell'interpretazione (non esistono altri significati degli enunciati se non quelli attribuiti dall'interprete); b) il rifiuto delle costruzioni concettuali (della dogmatica) che – con pretese di oggettivizzazione – delimitano il campo delle interpretazioni; c) e conseguentemente la pratica dell'interpretazione come di un dialogo diretto e "solitario" (non accompagnato da quelle tradizioni culturali che definiamo, appunto, come dogmatica) con il testo da parte dell'interprete, guidato solo dalle domande poste dal caso concreto», accusa di anarchismo che egli vede «fondata», come tendenza oggi diffusa nelle scienze sociali (la citazione a pag. 62). Va del resto ricordata la rilevazione degli stessi fenomeni, con una critica radicale del passaggio «dallo Stato costituzionale al *Richterstaat*» e – di più – a una «teologia dei diritti», come da sottotitolo, di A. CARRINO, *Disobbedienza costituzionale? Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*, *ivi*, p. 25 ss. Comune a tutti questi autori è la presa d'atto della crisi delle pretese disciplinanti della politica e del ruolo della sua rappresentanza. Come rileva peraltro il più recente volume di un'altrettanto sensibile dottrina, «di fronte alla perdita (del mito) della certezza bisogna rifuggire da risposte miopi e semplificatrici» e mettere in campo «la necessità di riconciliarsi con l'incertezza»: così F. POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino 2019, p. 101.

²⁵ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna 2017, p. 175 ss. e spec. p. 207 ss.

²⁶ E. CATERINI, *L'«arte» dell'interpretazione tra fatto diritto e persona*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo"». Studi in onore di Mario Tedeschi*, Cosenza 2017, p. 469 ss. (la citazione a p. 479 s.).

alla seconda, quanto da letterati che dall'universo giuridico traevano ispirazione – si erano rinsecchiti sul piano accademico per effetto dell'affermarsi della visione orlandiana del diritto pubblico e di quella pandettistica nel diritto civile, che portavano a confinare le prove di giuristi-scrittori sotto l'etichetta del *divertissement* privato ed extra disciplinare di grandi «stravaganti» che di tanto in tanto si consentivano fughe dalle strettoie del giuspositivismo, quali ad esempio Calamandrei o Satta (nella contemporaneità e quanto al medesimo specifico disciplinare potrebbero venire ricordati Cavallone e Capponi), tanto per fare solo alcuni nomi noti e indiscutibili, esemplificativi di un catalogo ben altrimenti ricco di presenze.

Nelle nostre facoltà di giurisprudenza – lo si diceva all'inizio – si insegnava insomma il rigore sillogistico, per cui professori e studenti avrebbero ben potuto assecondare eventuali passioni per letteratura, cinema, teatro, musica, ma a patto di mantenerle nell'esperienza esistenziale privata, senza che i vari universi cognitivi e le diverse pratiche si contaminassero tra loro.

Deve osservarsi, di passaggio, che non è per nulla un caso che a guardare alla letteratura siano stati in molti casi processualisti (cultori non solo del rito civile, come quelli appena ricordati, ma anche di quello penale): il giudizio è narrazione, dinamismo, proiezione verso una verità – appunto e solo processuale, ossia formalmente convenzionale e parziale, beninteso – da costruire nel contraddittorio tra le parti, ascoltandole direttamente nei casi consentiti dai codici o altrimenti rappresentate (i termini sono ambigui, polisemi ed evocativi: il processo come gioco teatrale e non è un caso che chi ne intraprende uno civile sia un «attore» e che appunto si parli in proposito di «parti», che sono distribuzioni di ruoli tanto in tribunale, o nello studio di un notaio che roga un atto, quanto su un palcoscenico) da avvocati e pubblici ministeri, ascoltando deposizioni testimoniali o esposizioni peritali (ossia recitazioni su eventi osservati) e scrutinando prove, rinvenute o proprio in quella sede formate, metodi per approssimarsi al vero storico e per condurre ad un esito auspicato come chiarificatore vicende spesso intricate che ricordano l'espedito del *deus ex machina* delle tragedie greche. Ad ogni modo, la riapertura e la legittimazione di un discorso metodologico che intreccia strettamente mondi solo in apparenza distanti sull'onda della recezione di moderne tendenze statunitensi, a loro volta peraltro tributarie di risalenti orientamenti europei – *nihil sub sole novum* – è vicenda ormai troppo nota perché si debba qui ricordarne ancora le tappe: molti lo hanno fatto e anche chi scrive vi ha contribuito, *si parva licet*, per modesto che sia stato il suo apporto²⁷.

Certo, letteratura e diritto hanno in comune un andamento di costruzione dilatata nel tempo e raccontata, nonché una funzione tendenzialmente ordinante e inoltre – almeno negli auspici – riconciliativa, il recupero cioè dello «stabilito», dopo lo scompiglio che ha sconvolto una specifica relazione sociale, se possibile da recuperare (e qui si aprirebbe il capitolo della «giustizia riparativa» e dei vari sensi della mediazione pre-processuale, che non è solo uno strumento tecnico per la deflazione del contenzioso)²⁸.

Anche qui non è un caso che la raffinata analisi di un coltissimo magistrato e filosofo del diritto abbia indagato le narrazioni favolistiche – la cui conclusione, al fine di assicurare l'uditorio infantile per il quale sono state pensate, deve necessariamente sfociare nella classica formula «e vissero tutti felici e contenti» – riattraendole al giuridico. È del resto ben nota la funzione molto più profonda che quella di una mera raccolta di racconti della tradizione consapevolmente svolta dall'opera di Jacob e Wilhelm Grimm per tramandare gli usi del diritto tedesco e da altri per i loro rispettivi ordinamenti²⁹.

²⁷ Praticamente impossibile, nello spazio di una nota, un rendiconto esauriente di un panorama di studi che va incrementandosi ormai esponenzialmente. Si vedano, per tutti, S. ADAMO, *La letteratura che non c'era: davanti alla legge*, in *Between*, II.3, 2012, ove è anche una bibliografia; un'ottima sintesi, egualmente con ricche indicazioni bibliografiche e metodologiche è altresì quella di M. P. MITTICA, *Cosa accade al di là dell'oceano? Diritto e Letteratura in Europa*, in *Anamorphosis-Revista Internacional de Direito e Literatura*, 1, janeiro-junho 2015, n. 1, p. 3 ss. e inoltre, se lo si voglia, si veda anche il nostro *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in S. TORRE (a cura di), *Il diritto incontra la letteratura*, Napoli 2017.

²⁸ Sul primo aspetto, M. P. MITTICA, *Diritto e costruzione narrativa. La connessione tra diritto e letteratura: spunti per una riflessione*, in *Tigor, Riv. sc. comunicazione*, 2010, n. 1, p. 14 ss.; più cautamente, sul punto, G. TUZET, *Diritto e letteratura: funzioni a confronto*, in *Ann. Univ. Ferrara*, 2005, XIX, p. 179 ss., che sottolinea lo sbocco autoritativo in composizioni vincolanti dei conflitti su beni della via delle narrazioni giuridiche, rispetto a quello emblematico-esemplificativo di quelle letterarie. Preciso dunque che il diritto si svolge narrativamente, ma in modo «guidato» da prescrizioni perlopiù vincolanti (laddove non lo siano seccamente, è comunque la stessa disposizione a consentire opzioni facoltative), per il resto – e adattando quanto si deve, in ragione delle specifiche modalità operative della disciplina – può anche ad esso applicarsi l'universo concettuale di cui al classico studio di B. CZARNIAWSKA, *La narrazione nelle scienze sociali*, trad. it., Napoli 2018. Sulla *restorative justice*, fra i molti, M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2, p. 66 ss. Sulle funzioni della mediazione, che dipendono dalla diversità di approcci culturali in Paesi che esprimono differenti tradizioni giuridiche, in G. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, 1997 e si permetta inoltre il rinvio a S. PRISCO, *Mediazione dei conflitti e difesa civica*, in M. FIORILLO (a cura di), *Contributi per un'analisi della tutela dei diritti*, Torino 2007, p. 27 ss.

²⁹ Si veda infatti P. PELLEGRINO, *Miti, favole e fiabe. Modelli alternativi di comunicazione giuridica tra prosa e poesia. Lezioni di narratologia del diritto*, Roma 2013. L'aggettivo è inverso usato nel nostro testo in senso generico, laddove (seguendo l'autore), la favola, «rappresentazione al-

Del pari, questa nuova consapevolezza che muove ricerche in direzioni prima inesplorate ha portato a invocare attenzione critica, al fine di una aggiornata formazione giuridica e di una osservazione realistica del concreto operare degli addetti ai lavori, verso l'antropologia³⁰ e altresì per l'ingresso di una considerazione del peso dei sentimenti nel processo, non solo come oggetto di studio e valutazione dei moventi, ad esempio, di un imputato di un delitto d'impeto, o nei giudizi di separazione coniugale, ma come etero e auto-riflessione su se stesso da parte del giudice, che gli è necessaria per neutralizzare, appunto attraverso l'auto-analisi, l'impatto distorsivo della pre-comprensione sulla decisione³¹. Se l'interpretazione è in sostanza una narrazione, non mancano del resto nemmeno feconde incursioni nel campo

legorica – ad esempio attraverso animali parlanti – dei vizi e delle virtù umani, prevalentemente con scopi didascalici e moraleggianti», va distinta dalla fiaba, «generalmente un racconto che narra di eventi fantastici e magici, con finalità di sostanziale intrattenimento» (p. 151). Sul significato culturale e giuridico dell'opera dei fratelli Grimm, ivi, p. 197 ss. (e anche, su Charles Perrault al fine di documentare il diritto francese del suo tempo, p. 180 ss. e su Alexander Nikolaevich Afanasjev per quello russo, p. 195 ss.). Su tale feconda linea di ricerca si veda altresì più recentemente E. MAZZOLENI, *Il diritto nella fiaba popolare europea*, Milano 2016, che sottopone ad analisi – nella scia dell'insegnamento metodologico di Vladimir Propp – dodici classiche favole.

³⁰ E. OLIVITO, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma 2006; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano 2012, che propone l'introduzione di un *test culturale* cui i giudici dovrebbero sottoporre, con l'ausilio di mediatori culturali, parti che appartengano a comunità minoritarie per avviare a soluzione tali conflitti ed è altresì nota la problematica dei «reati culturalmente motivati» (si vedano ad esempio, *ex plurimis*, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2019; F. ROMEO, *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino 2012; ID., *Il principio di uguaglianza come fondamento della relazione giuridica: un'ipotesi evoluzionista sull'origine del diritto*, in *I-Lex*, 2013, n. 19, p. 379 ss., che intreccia (egualmente con profonde e innovative riflessioni) diritto e darwinismo e, pur consapevole che «diritto e religioni accompagnano da sempre la storia dell'umanità ed entrambi da sempre si negano ad una compiuta spiegazione evoluzionista (ivi, nota 1), assume che «sino a che la normatività, e la presenza di questo particolare tipo di ragionamento pratico nell'uomo, non viene spiegata evoluzionisticamente, nessuna teoria evoluzionista del sociale, del giuridico ed in genere della cultura umana potrà dirsi vera» (ivi, p. 382). Sia inoltre permesso rinviare a F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli 2015.

³¹ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, cit. e si veda inoltre già D. CARUSI, *Diritto, letteratura, psicoanalisi: struttura narrativa e rilevanza etico-politica delle emozioni nella filosofia di Martha Nussbaum*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 1, p. 67 ss., e n. 2, p. 232 ss. Sui rapporti tra psicoanalisi e diritto penale, in particolare, F. MIGLIORINO, *Edoardo Weiss e "La giustizia penale". Zone di contagio tra psicoanalisi e diritto*, Acireale-Roma 2016, e la recensione di F. CIARAMELLI, *L'incontro tra psicoanalisi e diritto nella prima recezione italiana del pensiero di Freud*, in *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2018, n. 47, p. 639 ss.

dell'intreccio possibile tra economia e letteratura³² e tra diritto e cinema³³, né bisogna dimenticare i giuristi che hanno tratto alimento alla loro scienza (o arte? Secondo il giureconsulto dell'antica Roma Persio il diritto è *ars boni et aequi* e certo partecipa più dell'arte e del frutto di sensibilità ed esperienza che del sillogismo il bilanciare tra principi richiamato in precedenza) dalla pittura, come Achille Chiappetti e Francesco Galgano.

Pur mantenendo dunque rigore e pieno controllo degli strumenti e delle tecniche sue proprie, il che è imprescindibile per non scadere nel dilettantismo, il giurista deve dunque giocoforza esplorare linguaggi diversi e lasciar-sene contaminare, in nome della fluidità della vita concreta, che va ricostruita da chi l'analizza con pretese di disciplinamento nella complessità delle intersezioni degli eventi e con pluriformità di sguardi: filosofi e sociologi del diritto, nonché giuscomparatisti, sono da tempo abituati a simili confronti aperti, ma ormai lo spirito del tempo li impone a qualunque giurista positivo e ai costituzionalisti e giuspubblicisti, in particolare – com'è professionalmente chi qui scrive, ammesso che la smania burocratica di etichettare abbia un qualche senso – lo ha insegnato tra gli altri un grande Maestro contemporaneo³⁴.

6. Il bel convegno in cui fu pronunciata (sia pure nella forma più sintetica di un intervento) la relazione che si affida ora a queste pagine dimostrò degnamente – nell'ideazione e nella qualità dei partecipanti – la piena consapevolezza di tale assunto.

Almeno poche righe conclusive – per non abusare dello spazio assegnato – vanno riservate a ricordare innanzitutto l'occasione che l'originò e cioè la presentazione fiorentina, nel magnifico salone della Fondazione CESIFIN – Alberto Predieri, del libro che raccoglieva gli atti di un precedente convegno del 7 Luglio 2017³⁵ e quindi l'ispirazione di fondo dell'incontro.

³² U. APICE, *Diritto, Giustizia e Letteratura nel quadro dell'economia neoliberistica*, in *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Milano 2012; G. SCARPELLI, *La ricchezza delle emozioni. Economia e finanza nei capolavori della letteratura*, Roma 2015, un vero trattato di politica economica illustrato coi classici letterari, come dichiara senza inganni il sottotitolo.

³³ Il punto meriterebbe un saggio a sé. Per brevità ci si riferisce qui alla bella collana di volumetti in tema diretta da Maria Chiara Vitucci, Claudio De Fiores e Fernando Flores Giménez dell'Università Luigi Vanvitelli, pubblicata a Napoli dall'Editoriale Scientifica, ma chi scrive rammenta di avere ascoltato conferenze di Pietro Rescigno e Stefano Rodotà nelle quali il richiamo alla «settima arte» era continuo e raffinato.

³⁴ P. HÄBERLE, *Per una dottrina del diritto costituzionale come scienza della cultura*, trad. it. e cura di J. Luther, Roma 2001.

³⁵ O. ROSELLI (a cura di), *Cultura giuridica e Letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli 2018.

Si farebbe infatti torto agli illustri relatori, se si costringessero in un breve spazio le ricchissime suggestioni trasmesse agli ascoltatori in quella circostanza e oggi accessibili ai lettori³⁶. Basti dire che perfino i saluti degli ospiti (dal Rettore Luigi Dei al Direttore della Scuola di Giurisprudenza di quella università Paolo Cappellini, dalla Direttrice del Dipartimento di Giurisprudenza Patrizia Giunti al Coordinatore del dottorato Alessandro Simoni) non si limitarono ad essere di puro stile e più ancora questo deve dirsi poi dei magistrali interventi di Giuseppe Morbidelli, *genius loci*, di Paolo Grossi e di Orlando Roselli, alla cui sensibilità per questi temi si deve il felicissimo progetto culturale alla base di tali iniziative, cui spettò di avviare l'incontro e dare ad esso il tono.

Tutto il libro si articola attorno a due pilastri forti e svolge, a ben vedere, un unico tema, quello dell'identità.

Non si è scritto un intero articolo che mette in dubbio la costruzione logicistico-formale dei sistemi giuridici per contraddirli alla fine, ma si proverà egualmente a suggerire una concatenazione logica, che ovviamente non è un sillogismo.

Il diritto struttura l'identità dei popoli e nel Vecchio Continente esso prova ormai a superare i precedenti limiti istituzionali nazional-statualistici, per darsi un orizzonte ordinamentale più ampio, non senza delusioni e riflessi (di cui il travagliatissimo processo di Brexit offre prova).

Parafrasando il noto *dictum* di Böckenförde, il diritto vive però di promesse che da solo non può garantire.

Se è in corso un processo di integrazione europea anche attraverso la via di nuove istituzioni, «integrarsi vuol dire anzitutto conoscersi e comprendersi: a tal fine quale strumento migliore della letteratura?» (e del cinema che però «non ha quelle radici e quella tradizione che per forza di cose e di storia ha la letteratura»³⁷). Diritto e letteratura (ma anche cinema e altre arti) hanno in comune il dipanarsi attraverso – lo si è detto – la narratività e una funzione comunque ordinativa dell'esistenza umana; ma, beninteso, è la «società stessa che si auto-ordina e, ordinandosi, storicamente si salva. Fuori dei *riduzionismi* moderni, il diritto recupera, come dicono i filosofi, il suo carattere di storia vivente, e, per quel che preme ai fini del nostro dibattito, di essere dimensione intrinseca alla vita di ogni civiltà storica»³⁸. Stimolare

³⁶ Se ne veda però allo scopo la puntuale, analitica recensione di C. BERTOLINO, T. CERRUTI, in *Dir. pubbl. eur.*, 2019, n. 1.

³⁷ G. MORBIDELLI, *Saluti e intervento di apertura*, in *Cultura giuridica e Letteratura*, cit., p. 7.

³⁸ P. GROSSI, *Introduzione*, *ivi*, p. 30 (il corsivo è nel testo). Si consenta qui anche un ricordo commosso di un Maestro che al convegno fiorentino e poi ai suoi *Atti* ha consegnato non si saprebbe dire se l'ultimo, ma certo fra gli ultimi scritti. Ci si riferisce a L. VANDELLI, *Potere e burocrazia nella letteratura: qualche riflessione su Franz Kafka*, *ivi*, p. 171 ss., che riprende –

una riflessione su tale complesso intreccio è il pregio non piccolo di questo libro necessario e prezioso.

con la medesima profondità concettuale, ma assieme con levità espressiva di grazia mozartiana – uno dei temi e degli autori del suo brillante *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiegato*, Bologna 2013.

ORLANDO ROSELLI

Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola

SOMMARIO: – 1. Una non comune capacità intuitiva – 2. Una sottolineatura sul ruolo della Costituzione (spagnola) che sembra premonitrice – 3. Il problema di ricondurre la frattura della società spagnola (e catalana) nell'alveo di una convivenza costituzionale – 4. La previsione di due procedure di revisione costituzionale - 4.1. Una Costituzione proiettata nel futuro oltre sé stessa - 4.1.1. Le potenziali opportunità offerte dalla Costituzione spagnola alla risoluzione della crisi catalana

1. Il titolo di questo breve contributo è lo stesso di un libro di Franco Pizzetti di ormai più di 40 anni fa¹, pubblicato con straordinaria tempestività. Come noto, la Costituzione spagnola è stata deliberata il 31 ottobre 1978 e ratificata con il referendum del 6 dicembre dello stesso anno; la monografia di Pizzetti, di 238 pagine, è stata stampata nel settembre del 1979. Il giurista piemontese ha da sempre questa caratteristica: di intervenire prima di tanti altri su temi di grande attualità o destinati a divenirlo. Lo farà, come noto, tra l'altro, con riferimento anche ai temi della tutela della *privacy* nelle sue variegate manifestazioni e dello sviluppo delle nuove tecnologie con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Tale capacità di fare da «battistrada» su temi rilevantissimi si fonda sul combinarsi di una particolare sensibilità per i «sommovimenti» presenti nella società con la consapevolezza delle conseguenze teoriche e pratiche nell'ordinamento giuridico.

2. Nelle primissime pagine del volume, Pizzetti sottolinea come sia «diffusa la consapevolezza di quanto possa variare, storicamente, nei fatti l'applicazione di una Costituzione»², per poi proseguire: «Quello che è certo è che, sia per la situazione storico-politica particolare nella quale si è svolto il processo costituente, sia per il ruolo attribuito nel sistema alla legge organica come fonte di produzione normativa, sia, più probabilmente, per il concorrere di entrambi i fenomeni [...], la Costituzione spagnola del 1978

¹ F. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, I, *I Procedimenti di revisione costituzionale e le leggi organiche*, Torino 1979.

² *Ibidem*, p. 6.

appare più di ogni altra suscettibile di una pluralità di sviluppi, tanto da essere stata definita, impropriamente ma volutamente, come una Costituzione “flessibile” da uno dei più illustri giuristi spagnoli contemporanei.» [il riferimento è a Sanchez Agesta]³.

Considerazioni preziosissime anche alla luce della dirompente odierna (ma dalle radici antiche) crisi catalana. Una crisi lacerante che mina lo stesso patto costituyente.

Come noto, il movimento indipendentista catalano ha promosso iniziative separatiste in flagrante violazione, al di là delle responsabilità politiche che hanno portato alla radicalizzazione, della Costituzione spagnola e dello Statuto di autonomia. La frattura politica sociale e culturale non investe solo il rapporto tra la Catalogna e la Spagna, ma divide aspramente la stessa società catalana.

Si tratta di contrapposizioni che mettono in discussione la stessa convivenza civile: se le contrapposizioni, che hanno originato imponenti manifestazioni di massa, non sono sfociate in una guerra civile o in forme di terrorismo, è forse perché la società catalana è stata vaccinata dall’esperienza terribile della guerra civile spagnola e da quella del terrorismo indipendentista basco. Tra l’altro, proprio in questi ultimi anni nei Paesi Baschi è in svolgimento un catartico processo collettivo di riesame critico e di condanna delle sofferenze inflitte dal terrorismo anche durante la vigenza dell’attuale Costituzione democratica.

3. Senza entrare nel merito delle ragioni storiche dell’indipendentismo catalano, né tantomeno sulle responsabilità che hanno portato alla radicalizzazione del fortissimo movimento indipendentista, come già sottolineato non vi è dubbio che le opzioni che hanno prevalso si sono poste al di fuori dello stesso patto costituyente, in totale violazione della Costituzione, dello Statuto di autonomia e della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*⁴. È proprio tale peculiarità che rende particolarmente pericolosa, sul terreno della convivenza, la crisi catalana, con la contrapposizione tra l’indipendentistico *derecho a decidir*⁵ e la unionista richiesta di rispetto della Costituzione democratica.

Una situazione che necessita di soluzioni politiche di alto profilo, che il prevalere delle opposte tifoserie (indipendentista ed unionista) non lascia al momento intravedere.

³ *Ibidem*, p. 6-7.

⁴ Tra le ricostruzioni più recenti di tali vicende si v., per tutti, E. BINDI, *Oltre i confini dell'autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e Costituzione*, in *Osservatorio fonti*, 2019, n. 3.

⁵ *Ibidem*.

È proprio in frangenti come questi che la cultura costituzionalistica deve essere capace di prospettare alle forze in campo l'esistenza di possibili percorsi giuridici di depotenziamento del conflitto.

4. La particolare attualità del volume di Pizzetti del 1979 è ben evidenziata dal modo in cui affronta il tema della revisione della Costituzione spagnola⁶.

Como noto, la Costituzione iberica prevede due distinte revisioni costituzionali, una, che potremmo definire «ordinaria», disciplinata dall'art. 167, ed una «speciale», prevista dall'art. 168, aggravata rispetto alla precedente perché prevede «la revisione totale»⁷ della Costituzione o una revisione parziale che interessi il titolo preliminare⁸, il capitolo secondo, sezione I del I⁹ o il titolo II¹⁰», vale a dire il suo nucleo fondamentale. Pizzetti pone in evidenza, giustamente, la previsione della possibile «revisione totale», che rappresenta, se non un caso isolato¹¹ nel costituzionalismo¹², certamente un'eccezione.

Viene presa in considerazione l'ipotesi che si sia di fronte ad «una Costituzione che dichiaratamente ammette addirittura la modificabilità del suo intero testo proprio al fine di assicurare, attraverso la sua medesima elasticità, la possibilità di una evoluzione senza rotture rivoluzionarie del sistema costituzionale»¹³, anche se poi viene rilevato che la complessità del procedimento potrebbe rendere non realizzabile tale funzione¹⁴.

⁶ F. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, I, cit., Capitolo I, 129, n. 49, con un imponente apparato di note.

⁷ Mio è il corsivo.

⁸ Che prevede, in primo luogo, caratteri dell'ordinamento giuridico che la nostra Corte costituzionale qualificherebbe tra «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale», come noto per il nostro ordinamento immutabili attraverso lo stesso procedimento di revisione costituzionale.

⁹ «Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche», che tratta appunto di libertà fondamentali che nel nostro ordinamento costituzionale essendo inviolabili non sono sottoponibili a compressione neppure attraverso il procedimento di cui al nostro art. 138 Costituzione.

¹⁰ Che disciplina la forma di Stato monarchica.

¹¹ Pizzetti sostiene che la «revisione totale [...] si giustifica essenzialmente con la suggestione della tradizione repubblicana del 1931» (F. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, I, cit., p. 64) e che trova «proprio nella tradizione del costituzionalismo spagnolo i suoi precedenti storici di maggior interesse» (*ibidem*, p. 56 e, soprattutto la nota 42 a pagine 104-105).

¹² *Ibidem*, nota 42, a pagine 104-105 e nota 78 a p. 113, in cui ricorda di altre (rare) Costituzioni.

¹³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴ Come noto, il procedimento di revisione disciplinato dall'art. 168 della Costituzione spagnola prevede «la maggioranza dei due terzi di ciascuna Camera»; «lo scioglimento immediato delle Cortes»; che le nuove Camere «devono ratificare la decisione e procedere allo

La percezione complessiva che si ricava dalla Costituzione spagnola è della consapevolezza da parte del costituente delle fratture profondissime che attraversano la comunità nazionale, dal punto di vista politico, culturale, dei riferimenti storici identitari sia delle tradizioni politiche che di quelle territoriali. Anche il procedimento di revisione previsto dall'art. 168 «appare fortemente condizionato dall'esperienza storica nella quale la Costituzione si è formata», contesto storico ben esemplificato nella *Ley para la Reforma política* del 1976¹⁵.

4.1 La lacerante crisi catalana, alimentata da un agire al di fuori delle regole costituzionali ma anche da una reazione politica senza «fantasia costituzionale», sembra irrisolvibile proprio perché le forze politiche contrapposte sono incapaci di una soluzione di alto profilo che ricerchi nella Costituzione vigente le possibili variegate ampie possibilità di rifondare il patto costituente.

Franco Pizzetti segnala il convivere nell'art. 168 di due profili apparentemente inconciliabili: il determinare un potere costituito di revisione costituzionale dalle potenzialità «(quasi) costituenti». Sembra una contraddizione, ma è una scelta operata dal costituente spagnolo per configurare la possibilità, disciplinata giuridicamente, di spingersi ai confini del mutamento costituzionale per impedire il riprodursi delle tragedie del passato.

Ma la revisione costituzionale, che incontra limiti espressi solo con riferimento alle situazioni di fatto richiamate dall'art. 169, anche quando in ipotesi «totale», potrà spingersi ad essere «quasi costituente» ma non del tutto costituente: l'ordinamento costituzionale spagnolo potrà riformarsi profondamente ma senza perdere i propri caratteri genetici di essersi fondato sulla necessità di costruire una convivenza democratica.

Innanzitutto, la «revisione totale» non si configura come «costituente» perché incontra i limiti espressi delle situazioni di fatto richiamate dall'art. 169 e dell'utilizzo della necessaria procedura prevista dalla Costituzione vigente. Ma vi è anche, di tutta evidenza, quello che definirei «un super limite implicito originario di altri limiti impliciti»: quello di evitare incontenibili pericolose fratture che rendano non più possibile la pacifica convivenza.

In altre parole, la Costituzione spagnola prevede la propria disponibilità a ripensare ampiamente sé stessa per salvaguardare il bene supremo della convivenza nella propria comunità, fino a spingersi a quelle che ho definito trasformazioni «quasi costituenti».

studio del nuovo testo costituzionale» ed approvarlo anch'esse ciascuna a maggioranza dei due terzi ed infine un referendum popolare «per la ratifica»).

¹⁵ F. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, I, cit., p. 64.

Come definire i limiti impliciti alla revisione costituzionale derivanti dal «super limite» della pacifica convivenza?

La risposta è legata alla capacità di soluzioni politiche di altissimo profilo, e la procedura dell'art. 168 a queste vuole dare prospettiva e forma costituzionale.

Se così è, se una tale procedura vuole dare risposte alle fratture della società spagnola, diverse sono le potenzialità, a seconda degli ambiti previsti, della specialità della revisione costituzionale disciplinata dall'art. 168. Funzionale alla convivenza in una società plurale sono le previsioni di tutela delle libertà fondamentali e del pluralismo, compreso quello delle identità territoriali (pertanto la revisione dei principi e delle norme contenute ne «il titolo preliminare» e nei «Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche», non può che intendersi in senso rafforzativo ed estensivo, non essendo immaginabile una condivisa convivenza fondata sulla compressione degli spazi plurali di autonomia e libertà). Se la convivenza civile nella società spagnola richiede nuovi ed ulteriori spazi di libertà, pluralismo, autonomia la procedura dell'art. 168 manifesta la sua piena funzionalità costituzionale.

Per quanto riguarda invece la revisione della forma di Stato monarchica, non sembrerebbe incontrare limiti impliciti la stessa modifica in senso repubblicano, una volta ottenuta la maggioranza dei due terzi sia nelle vecchie che nelle nuove Camere e la ratifica finale referendaria. Il rispetto del procedimento sarebbe già, in tale caso, sufficiente a dimostrare la non più necessaria funzione pacificatrice svolta dalla Corona in particolare nel passaggio dal regime franchista alla democrazia.

4.1.1 Ma il problema più delicato che deve affrontare oggi il costituzionalismo spagnolo è rappresentato dalla necessità di trovare una soluzione al problema del movimento indipendentista catalano.

Come noto, la Costituzione del 1978 all'art. 2 afferma che: «La Costituzione si fonda sull'indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune ed indivisibile di tutti gli spagnoli e riconosce e garantisce il diritto all'autonomia di tutte le nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà tra tutte loro».

Il problema è: l'«indissolubilità» e «inviolabilità» della «Nazione spagnola» rappresenta un limite implicito alla revisione della Costituzione, nonostante l'art. 2 sia parte del «Titolo preliminare» revisionabile attraverso il procedimento disciplinato dall'art. 168?

Da un punto di vista teorico si può pervenire sia a negare sia ad ammettere questa eventualità. Ma la soluzione è legata non ad astratte teorizzazioni, ma al tema della sopravvivenza della convivenza non solo nel rapporto tra la Catalogna ed il resto della Spagna, ma nella comunità catalana.

Proviamo, dunque, ad applicare al caso la verifica della sussistenza o meno del sopra definito «super limite implicito». Se l'«indissolubile unità della Nazione» risultasse essere socialmente incompatibile, non dovrebbe considerarsi un limite alla revisione costituzionale perseguita attraverso il procedimento dell'art. 168.

Ma al di fuori di questa eventualità l'«unità della Nazione» non potrebbe che rappresentare un limite implicito. Proviamo ad immaginare l'ipotesi in cui la rivendicazione secessionista sia sostenuta da solo una metà della comunità (come è nell'ipotesi odierna in Catalogna): il conflitto non sarebbe risolto neppure con il riconoscimento della nuova sovranità nazionale, perché la frattura permanerebbe all'interno di tale comunità, potendo addirittura acuirsi.

Nondimeno, la Costituzione spagnola, grazie alla procedura di revisione dell'art. 168, potrebbe offrire la possibilità di pervenire ad un compromesso di altissimo profilo, tale da andare oltre le contrapposte tifoserie: quello di un'ampia riforma in senso federalista.

Il federalismo è, infatti, il modello di forma di Stato che, al contempo, valorizza le identità territoriali e, attraverso (e non contro) tale valorizzazione ricompone ad unità una Nazione.

Troverebbero così possibilità di convivere identità che non solo non sono necessariamente contrapposte, ma che conoscono ormai, lo si voglia o no riconoscere, contaminazioni che operano nel profondo di comuni sensibilità.

Come ho avuto modo di ricordare¹⁶, la compresenza di identità opera come un sasso nello stagno: produce cerchi al centro più intensi, poi altri sempre più ampi, più tenui ma anche conglobanti. Il cerchio dell'identità locale, là dove molto sentito, quello dell'identità nazionale e quello dell'identità europea.

¹⁶ O. ROSELLI, *Le ragioni del Convegno*, in ID. (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli 2018, p. 43.

ANTONIO RUGGERI

Appunti per uno studio su memoria e Costituzione

SOMMARIO: 1. Memoria storica e identità costituzionale – 2. Memoria e pratiche istituzionali - 2.1. Memoria e attività di normazione - 2.2. Memoria e attività giurisdizionali (e amministrative) - 2.3. La memoria quale oggetto delle pratiche di diritto (in specie, le leggi fatte «per ricordare» e le leggi fatte «per dimenticare») – 3. Il diritto-dovere di verità storica nell'operato delle istituzioni e i casi in cui la scienza non è in grado di consegnare conoscenze largamente condivise, restando quindi demandato al legislatore imporre una «memoria normativa» in luogo di quella «scientifica» – 4. Memoria e dignità, ovverosia quando la prima si pone in funzione servente della seconda e quando invece la offende – 5. Una succinta notazione finale a riguardo della crisi della memoria come crisi culturale, delle sue più salienti espressioni, dei suoi possibili rimedi

1. È un dato di comune esperienza quello per cui non v'è pensiero o azione che possa fare a meno della memoria: vale fuori dell'ambito del diritto e vale dunque anche all'interno di questo. Plurime, nondimeno, possono esserne le manifestazioni e plurimi altresì gli effetti che ad esse conseguono, sì da rendersi assai problematico, comunque disagiata, tentarne una prima e seppur approssimativa catalogazione.

Mi riprometto qui di avviare uno studio volto a porre in evidenza alcuni profili dai quali si può cogliere il rilievo della memoria nella esperienza giuridica, riguardata dallo specifico angolo visuale del diritto costituzionale, fermando in particolare l'attenzione sui dati che ne consentono la emersione con maggiore evidenza. A questo fine, ambienterò la mia analisi a più piani, tentando di mettere in chiaro per ciascuno di essi il ruolo che la memoria è in grado di esercitare, tracciando il verso o l'orientamento delle più salienti esperienze.

Al primo piano viene a prendere forma il rapporto tra la memoria storica e l'identità costituzionale. Muovo al riguardo da un dato che può considerarsi ormai teoricamente acquisito; ed è che la Costituzione nella sua interezza (e, specialmente, nella sua essenza) è memoria, memoria storica fattasi appunto diritto costituzionale nella sua prima, più genuina e qualificante espressione. È memoria di un passato ripudiato, col quale si è inteso voltare pagina, e, allo stesso tempo, è la base su cui edificare il futuro di una società profondamente rinnovata nella sua stessa struttura portante.

Per quest'aspetto, ogni Costituzione è – e non può che essere – bilancio e programma allo stesso tempo, non è mai solo l'una ovvero l'altra cosa, come pure con eccessivo schematismo e ingenua semplificazione un tempo si riteneva. Il programma, d'altro canto, non può che nascere dal bilancio, dalla consapevolezza appunto che ciò che è stato non abbia più a ripetersi¹. Perciò, l'orientamento complessivo che viene dal programma non può centrare l'obiettivo che quest'ultimo si prefigge senza il sostegno assicurato dalla costante, ininterrotta memoria del passato, la quale essa pure concorre – come si vede – a tracciare il verso per la realizzazione del programma, non soltanto a darvi la spinta iniziale ma, al pari del motore di una macchina, col suo restare sempre acceso, a far sì che la macchina stessa proceda senza sosta e in modo lineare lungo la via per essa stabilita.

La memoria storica poi – com'è chiaro – abbraccia e comprende non soltanto il passato col quale si è inteso definitivamente chiudere ma anche quello che ha determinato siffatta chiusura, vale a dire il fatto costitutivo che ha portato, dapprima, all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale e, di poi, alla posizione delle basi su cui edificare il nuovo.

¹ Uno speciale rilievo va al riguardo assegnato alla XII disposizione trans. e fin. della nostra Carta costituzionale che – come si sa – fa divieto di ricostituzione «sotto qualsiasi forma» del disciolto partito fascista: una disposizione la cui valenza è da alcuni sottostimata, da altri stranamente e pericolosamente dimenticata, sulla quale invece la memoria dovrebbe restare costantemente e in modo vigile puntata [in tema, di recente, G. E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Media Laws*, 2019, n. 1; giustamente deplorata, poi, da una sensibile dottrina (P. CARETTI, *A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, in *Stato*, 2018, n. 10, p. 31 ss.) la scarsa attenzione mostrata nell'ottantesimo anniversario del varo delle leggi razziali; ma v., ora, M. PERINI (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche e a 70 dalla Costituzione*, Pisa 2019. Purtroppo, proprio la storiografia più accreditata, per una singolare eterogenesi del fine, può far correre rischi assai gravi: mettendo infatti a fuoco i connotati peculiari dell'esperienza fascista, può venire naturale evidenziarne gli elementi differenziali rispetto ad esperienze successivamente maturate, con specifico riferimento ad alcune di esse che nel tempo presente tendono, sia pure ancora in forma embrionale, a manifestarsi. Eppure, la storia ci insegna che, proprio quando la guardia si abbassa e la vigilanza si appanna, lì si fa assai elevato il rischio della deriva autoritaria (da una prospettiva di ordine generale, sulla memoria come rimedio contro il male, v., almeno, T. TODOROV, *Memory as Remedy for Evil*, in *J. Int. Criminal Justice*, 2009, n. 7, p. 447 ss., con riferimenti alle esperienze di alcuni Paesi). Altra questione, alla quale non può ora riservarsi neppure un cenno, è se l'ordinamento debba difendersi dai rigurgiti dell'autoritarismo sanzionando penalmente opinioni che lo esaltano (sull'annosa questione, di recente e per tutti, D. PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *Media Laws*, 2018, n. 3, e, D. PULITANO, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, *ivi*, 2019, n. 1).

Esemplare e commovente allo stesso tempo la limpida lezione, morale storica giuridica, impartita da Piero Calamandrei agli studenti universitari milanesi nel 1955, nella quale – come si sa – si indica la via per cogliere il senso profondo, complessivo della Carta repubblicana, la sua ragion d’essere, la sua identità, che nessuno meglio di coloro che hanno fatto la Resistenza è in grado d’illustrare a quanti hanno avuto la fortuna di venire alla luce e di crescere una volta tornata la quiete istituzionale con l’avvento della Repubblica.

La memoria storica si fa così Costituzione e poi teoria costituzionale, ponendosi quale punto di riferimento per il riconoscimento e la messa a fuoco dei principi fondamentali², nei quali – per diffuso e radicato sentire – si rinviene la maggiore espressione dell’identità suddetta, punto di riferimento dunque per l’apprezzamento dei fatti di continuità come pure di quelli di discontinuità costituzionale. Sono infatti i principi a dare voce nel modo più diretto ed immediato ai valori fondamentali in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa contro il vecchio regime, riassumendo in sé e mirabilmente esprimendo tanto ciò che non più si voleva quanto ciò che invece si voleva (e si vuole).

Allo stesso tempo, è sempre la memoria del passato a dar modo di stabilire, una volta riconosciuti i principi fondamentali, quali innovazioni della Carta costituzionale, nelle forme dalla stessa prescritte come pure per via di fatto (e, segnatamente, per via d’interpretazione³), possono porsi in rottura rispetto ai principi stessi o, all’opposto, determinarne la ulteriore espansione e l’ancora più saldo radicamento nell’esperienza⁴. Gli stessi principi – come

² Un riconoscimento che è assai più disagiata e complesso di quanto a prima impressione si pensi, sol che si ammetta il carattere comunque relativo e non risolutivo del criterio dell’auto-qualificazione e il bisogno, perciò, di andare oltre la lettera degli enunciati, nell’intento di cogliere ed apprezzare la consistenza delle basi portanti dell’ordinamento.

³ Rilevano al riguardo le c.d. modifiche tacite della Costituzione che – come si viene dicendo – si fanno riconoscere senza soverchie incertezze di lettura proprio facendo saldo affidamento alla memoria storica (in tema, di recente, M. P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli 2019, p. 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, p. 415 ss.).

⁴ Secondo la tesi argomentata da un’accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano 1987, p. 1183 ss., spec. p. 1206), le sole revisioni della Costituzione non consentite sono quelle a finalità di «restaurazione»; dal mio canto, mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi che le innovazioni per via legale alla Carta si giustificano non soltanto laddove risulti provata la finalità suddetta ma si diano ragionevoli aspettative che le nuove disposizioni possano servire ancora meglio delle vecchie i principi fondamentali dell’ordinamento,

si è tentato di mostrare in altri luoghi⁵ – non si sottraggono, a mia opinione, al loro eventuale aggiornamento, sempre che, beninteso, quest'ultimo si ponga nel segno della loro promozione e valorizzazione, non già in quello dell'impoverimento, fino al punto del sostanziale smarrimento.

La storia – com'è chiaro – conosce momenti confusi ed altri chiari, alle volte tristemente chiari e dolorosi, nel corso dei quali al corpo sociale sono state inferte ferite non rimarginate, proprio perché a tenerle sempre aperte è la memoria dei fatti trasmessa e tenuta viva dalla storia. Non si contesta, ovviamente, che la verità storica possa, in relazione a taluni fatti, presentarsi incerta e controversa, alle volte purtroppo destinata a non venire mai alla luce (come in relazione a taluni episodi sui quali non s'è mai riuscito a fare chiarezza); altri fatti, tuttavia, come le camere a gas nei campi di concentramento nazisti, non sono oggettivamente suscettibili di essere messi in discussione⁶.

La disciplina legislativa del negazionismo, per quest'aspetto, risponde ad un duplice fine, ponendosi, per un verso, a presidio dell'etica pubblica repubblicana e a salvaguardia dell'onore di coloro che si sono battuti perché la stessa potesse farsi nuovo diritto costituzionale. Possiamo, dunque, dire che essa si pone in funzione servente nei riguardi della memoria individuale e collettiva avverso il *vulnus* recatole da quanti hanno dato (e danno) una rappresentazione deformata o carente dei fatti accaduti in una temperie storica particolarmente sofferta e, allo stesso tempo, a sostegno e promozione dei valori fondanti l'ordinamento repubblicano, in vista del loro sempre più saldo radicamento nel corpo sociale.

2. Il secondo piano al quale va ambientato lo studio è quello in cui prende variamente forma e si svolge il rapporto tra la memoria e le pratiche istituzionali in genere.

concorrendo alla loro ulteriore implementazione ed affermazione nell'esperienza (v., da ultimo, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 367 ss.). Ad ogni buon conto, è chiaro che è proprio la memoria storica a consentire di far luogo in modo adeguato a siffatti raffronti e, soprattutto, a mettere a nudo e denunciare le innovazioni che, sia pure abilmente e subdolamente mascherate, puntino a segare le basi portanti dell'edificio costituzionale.

⁵ V. ancora il mio scritto da ultimo richiamato.

⁶ In tema, tra gli altri, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli 2012; D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano 2012; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, n. 5, p. 85 ss.; G. E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4.

Qui, la memoria si dispone e si fa apprezzare ora come presupposto ed ora come oggetto dell'esercizio di pubbliche funzioni.

2.1. Si consideri, innanzi tutto, il ruolo dalla stessa esercitato in occasione dell'adozione degli atti di normazione, un ruolo che si articola e manifesta in plurime forme e con varietà di effetti.

In primo luogo, è grazie alla memoria storica che si ha modo di stabilire i confini del campo della «materia» costituzionale, la quale poi è soggetta ad un moto interno incessante che porta ad equilibri sempre nuovi o rinnovati tra gli elementi che ne fanno la struttura, sollecitando pertanto la produzione di atti idonei a darne la rappresentazione, la più adeguata alle complessive esigenze di contesto.

Non è di qui tornare ad interrogarsi se occorra, come a me pare, mantenere saldo il principio della corrispondenza tra materia e forma costituzionale, la seconda dovendo assecondare e rispecchiare la prima nei suoi svolgimenti storico-istituzionali apprestandone la prima ed essenziale disciplina, ovvero se possa darsi una regolazione «a prima battuta» con legge comune di tratti nuovi presentati col tempo dalla materia stessa⁷. Piuttosto, occorre chiedersi quali debbano essere i punti di riferimento idonei a mettere a fuoco i tratti in parola. È chiaro, infatti, che occasionali esperienze venute alla luce nella crosta del tessuto istituzionale della Repubblica non possono considerarsi espressive della «materia» stessa, le cui radici di contro affondano nel cuore del corpo sociale, ramificandosi quindi in seno a quest'ultimo e pervadendolo in ogni sua parte.

Il diritto in genere e il diritto costituzionale in ispecie – secondo un insegnamento risalente alla tradizione romanistica, del quale si è fatto interprete il fondatore della scienza giuspubblicistica in Italia e che ancora oggi gode dell'avallo di autorevoli studiosi⁸ – è «disvelamento» della materia sud-

⁷ Riferimenti nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4.

⁸ Si è di recente fatto il punto sul magistero orlandiano nell'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari 2018; nella dottrina di oggi esso, per il profilo ora evocato nel testo, è riproposto con originali sviluppi, part., da P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 3, p. 816, e ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017; sul pensiero di G., v. O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio AIC*, 2018, n. 1.

detta; ed è chiaro che indice eloquente della sua consistenza è dato da *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse nella società ed espressive di linee di tendenza e di sviluppo istituzionali saldamente radicate in quest'ultima. Per quest'aspetto, può dirsi che la disciplina della materia costituzionale, quale che sia la forma giuridica di cui si rivesta, è razionalizzazione della memoria storico-istituzionale.

Il riferimento alle consuetudini in parola torna, poi, preziosamente allo scopo di cogliere ed appagare i nuovi diritti fondamentali, il cui riconoscimento costituisce – come si sa – l'essenza stessa di una Costituzione di tradizioni liberali⁹.

Ancora una volta, così come per i principi fondamentali, anche i diritti in parola solo facendo richiamo alle origini della Repubblica e ponendosi rispetto ad esse in linea di continuità e di sviluppo possono aspirare ad essere, come si deve, fatti oggetto di adeguata disciplina¹⁰. La memoria, dunque, illumina il presente, lo disvela, spiana il terreno per la sua opportuna regolazione normativa, per un verso, e, per un altro verso, per l'adeguata tutela in via giurisdizionale¹¹.

È poi di tutta evidenza, sì da non richiedersi qui più di un cenno, il ruolo svolto dalla memoria nelle pratiche in genere di normazione, in ispecie al fine del disvelamento del diritto vigente e in vista delle innovazioni ad esso ritenute necessarie. Un ruolo che è di prima grandezza laddove si tratti di portare alla luce norme non scritte, in relazione alle quali ancora una volta prezioso è il riferimento a consuetudini culturali di riconoscimento della

⁹ Scontato è qui il riferimento alla ormai classica definizione di Costituzione che è nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. I non pochi e rilevanti problemi posti dal riconoscimento dei nuovi diritti sono stati fatti oggetto di un interessante confronto in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli 2017.

¹⁰ ... la quale, poi, ancora una volta, richiede, a mia opinione, di aversi «a prima battuta» con legge costituzionale. Nell'esperienza, di contro, come si sa, si fa ricorso a leggi comuni (peraltro, solo in relazione ad alcuni diritti e, comunque, solo in parte, con gravi e non rimosse carenze) e, soprattutto, ad interventi in via «sussidiaria» dei giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali). La qual cosa è foriera di incertezze e squilibri, gravidi di implicazioni a più piani di esperienza, dei quali nondimeno non può ora dirsi.

¹¹ A mio modo di vedere, la «tutela» dei diritti fondamentali da parte dei giudici dovrebbe conseguire al previo «riconoscimento» degli stessi da parte della legge. Come si diceva un momento fa, la circostanza per cui quest'ordine, non meramente temporale, non venga rispettato non rimane senza conseguenze per i diritti stessi.

loro esistenza¹², ovvero di mettere a fuoco le stesse norme scritte, in sede di raffronto tra diritto vigente e diritto vivente.

2.2. Qui, il piano della normazione s'interseca con quello della giurisdizione; è, infatti, di tutta evidenza il ruolo giocato dalla seconda al fine della incessante messa a punto semantica e della implementazione della prima, anche se quest'ultima dispone ovviamente di altri indici rivelatori dei suoi connotati e della loro complessiva consistenza, il cui congruo utilizzo peraltro richiede sovente di far capo a discipline diverse da quelle di diritto (dalla sociologia alla statistica, l'economia, ecc.) dalle quali possono venire preziose indicazioni circa il modo complessivo con cui la normazione s'invera ed afferma nell'esperienza.

La giurisdizione, al pari per questo verso dell'amministrazione con la quale – secondo un'accreditata rappresentazione teorica – condivide, come si sa, l'attributo della *legis executio* (in lata accezione)¹³, rende testimonianza di memoria della normazione e, allo stesso tempo, offre non di rado elementi utili al fine del suo aggiornamento e indicazioni circa le discipline poste in essere «a prima battuta» dai giudici (segnatamente, laddove i giudici suppliscano ad originarie carenze della legislazione, facendo leva, perlomeno fin dove è possibile¹⁴, sull'*applicazione* diretta – *rectius*, sull'*attuazione* –

¹² ... le quali poi, nel caso delle consuetudini quali fonti del diritto, fanno tutt'uno con queste, la normazione infatti prendendo forma ed esprimendosi a mezzo di pratiche culturali diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale.

¹³ In realtà, sui concetti di «esecuzione» o, come altri [v., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3, spec. al § 4, ma *passim*, e ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, *ivi*, 2014, n. 4, nonché, ora, ID., *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli 2018, p. 37 ss., spec. p. 43 ss.] preferisce dire, «applicazione» del diritto da parte dei giudici e, con peculiarità di ruolo e di effetti, degli amministratori dovrebbero farsi non poche precisazioni, di cui nondimeno è altra la sede, specie laddove si convenga che, a seconda della struttura nomologica degli enunciati espressivi di norme (e, dunque, per traslato, di queste ultime), gli operatori dispongono di margini ora più ora meno consistenti di apprezzamento, al punto che, perlomeno in alcuni casi (e, segnatamente, con riferimento a norme di principio), appare essere preferibile – come si è tentato di mostrare altrove – di scorrere non già di una mera «applicazione» bensì di una «attuazione» delle norme stesse.

¹⁴ ... e, però, alle volte, portandosi anche oltre la soglia davanti alla quale la giurisdizione dovrebbe arrestarsi, volendo restare fedele alla propria funzione. Non è, ad ogni buon conto, di qui approfondire la questione delle torsioni dei ruoli istituzionali, di cui – come si sa – si ha riscontro a tutto campo (basti solo pensare, oltre ai casi di cattivo uso degli strumenti di cui la giurisdizione dispone, alle leggi che invadono il campo riservato ai giudici).

dei principi, dai quali sono estratte, sovente con molta libertà, le regole giudicate buone per i singoli casi)¹⁵.

Uno speciale rilievo va poi dato al modo di operare della memoria nell'esercizio della funzione giurisdizionale, specificamente laddove si indirizza verso pratiche anteriori della stessa, bisognose di essere tenute in particolare conto ogni qual volta il medesimo caso torni a ripresentarsi in un tempo successivo coi medesimi connotati oggettivi complessivi. Ferma infatti la «situazione normativa» di partenza, nel *mix* degli elementi fattuali e normativi che la compongono¹⁶, la fedeltà al precedente s'impone, appunto quale fattore di riconoscimento e salvaguardia della «giurisdizionalità» della giurisdizione¹⁷. Un operatore di giustizia che dovesse trattare il medesimo caso (in senso oggettivo) in modi sostanzialmente diversi finirebbe col rinnegare sé stesso, per il fatto di rendere imprevedibile il proprio operato e, dunque, foriero di gravi incertezze.

L'idea mitica e risalente della certezza del diritto è stata – come si sa – da tempo fatta oggetto di critico ripensamento con varietà di argomenti e di accenti¹⁸. Nello stesso ambito in cui maturano le esperienze di giustizia è

¹⁵ Non poche volte, poi, la legislazione si pone quale sostanziale razionalizzazione di orientamenti giurisprudenziali dapprima affermatasi anche con carattere di rilevante innovatività rispetto al diritto previgente, seppur mascherati sotto forma di originali esiti interpretativi dello stesso. Basti solo pensare al riguardo agli usi assai vari e non di rado incisivi che si fa della tecnica della interpretazione conforme che non poche volte si risolve nella sostanziale riscrittura dei testi. Naturalmente, può anche darsi il caso di una legislazione che si ponga in funzione oppositiva o, come che sia, correttiva di indirizzi affermatasi nella pratica giuridica (specie giurisprudenziale, appunto), pur esponendosi poi al rischio della ulteriore manipolazione da parte di operatori che non la gradiscano. Sta di fatto che, in un caso e nell'altro, la memoria gioca – com'è chiaro – un ruolo di prima grandezza.

¹⁶ In questi termini se n'è in più luoghi discorso (ancora da ultimo, in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, p. 101 ss.) con specifico riferimento all'oggetto del giudizio di costituzionalità su leggi ed atti aventi forza di legge; come si vede, questa categoria teorica è ora fatta espandere e riferita altresì ai giudizi in genere (in ispecie, a quelli comuni).

¹⁷ Per altro verso, il rispetto di questo canone agevola quel ravvicinamento tra *common* e *civil law* che è da tempo in atto e fatto oggetto di plurime sistemazioni teoriche, al cui ulteriore avanzamento una spinta non da poco è venuta (e viene) per mano delle Corti europee, i cui orientamenti giurisprudenziali vistosamente risentono della loro composizione multiculturale, esprimendo una significativa capacità di vincolo nei riguardi dei giudici nazionali e concorrendo dunque alla convergenza degli indirizzi dagli stessi formati.

¹⁸ Utili indicazioni si sono di recente avute da C. CAMARDI, *Certezza e incertezza del diritto nel diritto privato contemporaneo*, Torino 2017; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, n. 2, p. 517 ss.; A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli 2018, e U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "teoria generale del diritto"*, Pisa 2019, spec. p. 146 ss.

dato riscontrare che anche istituti pensati in funzione della salvaguardia della certezza del diritto possono trovarsi obbligati, per effetto di operazioni di bilanciamento, a ripiegare ed a far posto alla certezza dei diritti (e, perciò, in buona sostanza, alla effettività della loro tutela)¹⁹.

Tutto ciò posto, non può tuttavia negarsi che proprio nella prevedibilità del giudizio riposi uno dei tratti più genuinamente espressivi ed identificanti della giurisdizione, ciò che appunto la distingue dall'attività politica (nella sua ristretta e propria accezione). Il decisore politico può, infatti, volendo, cancellare dalla lavagna tutto ciò che era stato scritto prima e, se del caso, sostituirlo con altro (facendo pertanto luogo ad abrogazione «secca» del diritto previgente ovvero alla sua, ora maggiore ora minore per consistenza, innovazione). Ha insomma campo libero, incontrando quale unico limite alla sua azione il rispetto di parametri superiori allo strumento di norma-

¹⁹ Si pensi, ad es., ai casi di superamento del giudicato conseguente all'adozione di pronunzie della Corte europea, considerato dalla giurisprudenza costituzionale possibile tanto per la materia penale (sent. n. 113 del 2011) quanto, sia pure in alternativa ad altri rimedi, per quella civile ed amministrativa (sent. n. 123 del 2017 e succ.). Ciò che, nondimeno, può aversi unicamente alla condizione che la salvaguardia apprestata dal giudice non nazionale ai beni della vita in gioco sia ritenuta maggiormente adeguata di quella apprestata in ambito nazionale. In generale, sul principio della massimizzazione della tutela e sui non pochi problemi che esso pone, specie per ciò che concerne la individuazione dei criteri e delle sedi istituzionali in cui può aversene l'adeguato riscontro, v., tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, spec. p. 222 ss., ma *passim*; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, 2018, n. 3, p. 626 ss.; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano 2018, spec. p. 60 ss.; D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in *Osservatorio fonti*, 2018, n. 3, spec. p. 10 ss.; riserve sulla operatività del principio in parola sono manifestate da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo*, 2018, n. 1, p. 272 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano 2018, p. 97 ss., spec. p. 114 ss.; in senso critico, invece, *ivi*, R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, p. 170 ss., del quale v. anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*, e, ora, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 2019, n. 1, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, in R. G. CONTI (a cura di), *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019; pure *ivi* mi sono sforzato di difendere il principio in parola, alla cui osservanza il giudice è soggetto, in quanto fatto proprio esplicitamente dalla CEDU e dalla Carta di Nizza-Strasburgo e, implicitamente, dalla Costituzione. V., infine, il mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Diritti fondamentali*, 2019, n. 1, spec. al § 4.

zione di volta in volta posto in essere e, in ultima istanza, della ragionevolezza²⁰. Non così, invece, il giudice (e, con non lievi peculiarità, l'amministratore²¹), il quale proprio nella fedeltà al precedente (in contesti rimasti oggettivamente immutati) ha uno dei punti più saldi e qualificanti ai quali far capo e dai quali tenersi al fine del mantenimento della propria natura.

Si ha così conferma del fatto che è proprio grazie alla memoria del proprio passato che la giurisdizione può rilegittimarsi senza sosta, rendendo allo stesso tempo testimonianza di quella fedeltà alla Repubblica di cui tutti gli operatori devono farsi interpreti e, sia pure nella tipicità dei ruoli e delle responsabilità, garanti²².

2.3. La memoria, poi, come si diceva, non si pone solo quale presupposto dell'esercizio delle pubbliche funzioni ma può costituire oggetto e fine allo stesso tempo. L'esempio forse più lampante è dato dalle c.d. leggi «memoriali», delle quali si è fatto un uso francamente eccessivo²³, col rischio quindi di pervenire ad un effetto *boomerang*, vale a dire allo svilimento della categoria e della relativa funzione. L'obiettivo delle stesse non è – com'è chiaro – unicamente quello della trasmissione del ricordo del fatto storico in sé ma anche, attraverso di esso, dell'esercizio di un ruolo di orientamento verso i valori che stanno a base dell'ordinamento repubblicano e perciò di rafforzamento dell'adesione individuale e collettiva agli stessi. Un ruolo, questo, che può essere esercitato al meglio selezionando i fatti da ricordare, rimarcandone il significato, il carattere eccezionale rispetto alla normalità della esistenza quotidiana e al fisiologico svolgimento delle relazioni sociali ed istituzionali. L'affollamento delle date da ricordare distoglie, infatti, dal focalizzare l'attenzione e dal tenere costantemente elevata la tensione mo-

²⁰ ... che, nondimeno, appare essere un canone o una tecnica, a seconda dei punti di vista, estremamente appannato l'uno e scivolosa l'altra, restando poi da verificare se davvero si faccia, nei singoli casi, un uso... *ragionevole* della ragionevolezza.

²¹ In realtà, anche con riguardo a quest'ultimo dovrebbe farsi luogo a non secondarie precisazioni circa il grado o l'intensità dell'apprezzamento discrezionale di cui dispone, a seconda della posizione rivestita in seno all'organizzazione, all'attività che di volta in volta è chiamato a svolgere, alla natura e al modo di essere della normazione cui è chiamato a prestare rispetto (specie per ciò che attiene alla conformazione della sua struttura, fatta a maglie ora più ed ora meno larghe), ecc.

²² In tema, di recente e per tutti, acuti svolgimenti teorico-ricostruttivi in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013.

²³ Secondo un dato riferito da A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano 2018, p. 143 ss., sarebbero – a quanto pare – circa centrotrenta. In tema, v. part. il saggio di A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, n. 1, p. 7 ss.

rale sui fatti dalle stesse evocati. D'altronde, è ciò che si ha anche con riferimento ai diritti fondamentali, in specie ai nuovi, costituzionalmente innominati. Laddove ogni bisogno individuale o collettivo dovesse ambire ad essere riconosciuto quale diritto fondamentale, l'intera categoria fatalmente perderebbe o vedrebbe comunque impoverito il proprio pregio, il tratto immediatamente espressivo e qualificante, con grave pregiudizio peraltro per i veri diritti fondamentali (a partire dai vecchi, dalle solide tradizioni storico-positive), obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento con i nuovi, alcuni dei quali però inidonei a fregiarsi del titolo che per sé rivendicano.

Sta di fatto che la scelta circa gli eventi da fare oggetto di disciplina positiva a finalità di memoria compete pur sempre agli organi della direzione politica, pur non sottraendosi, in linea di principio, a sindacato di costituzionalità (*sub specie* della ragionevolezza), un sindacato che, per un verso, dovrebbe appuntarsi sulla verità storica dell'evento regolato e, quindi, sulla meritevolezza della disciplina, assumendo a criterio di apprezzamento della stessa i principi fondamentali dell'ordinamento nei cui riguardi il fatto storico o si pone in frontale opposizione (come per il giorno della memoria dell'olocausto) ovvero ne dà l'emblematica e sintetica rappresentazione (come per il giorno della nascita della Repubblica). L'ipotesi dell'annullamento di legge «memoriale» è obiettivamente remota ma – come si viene dicendo – non può escludersi in partenza²⁴. Può al riguardo avere rilievo la circostanza per cui la legge stessa sia venuta alla luce coi più larghi consensi delle forze politiche rappresentate in Parlamento: un indizio, se non una prova certa²⁵, della condivisione della memoria; forse, in prospettiva *de iure condendo*, con riferimento alla loro formazione, al pari di quella relativa ad altri tipi di legge²⁶, potrebbe tornare utile prevedere espressamente nella

²⁴ Lo stesso può dirsi per ciò che attiene alla sua rimozione «secca», l'abrogazione di legge «memoriale» suonando quale un'auto-delegittimazione etico-assiologica per lo stesso legislatore. Anche per quest'aspetto, come si vede, si ha conferma dei rischi che fa correre un uso inflazionato della categoria cui non si saprebbe poi come porre rimedio.

²⁵ D'altronde, come si sa, le stesse leggi di forma costituzionale non si sottraggono a sindacato di costituzionalità, anche se – e il dato merita di essere sottolineato – non si conoscono casi in cui siano andate soggette ad annullamento, eccezion fatta di norme in realtà nate prima della Carta repubblicana e con essa vistosamente incompatibili, quali quelle contenute nello statuto siciliano.

²⁶ Si pensi, ad es., all'antica (e, tuttavia, di tanto in tanto ricorrente) proposta di introdurre anche da noi il tipo-legge «organica», con specifico riguardo alla disciplina di alcuni aspetti o porzioni della «materia» costituzionale. Leggi variamente tipizzate nella competenza si hanno

Carta costituzionale allo scopo novellata il ricorso a procedure aggravate²⁷. Non è poi senza significato che anche per le leggi fatte «per dimenticare» (e, segnatamente, per quelle di amnistia)²⁸ sia prescritta una procedura persino più aggravata, per certi versi, rispetto a quella stabilita per le leggi costituzionali²⁹. Sappiamo tutti che ciò è da mettere in correlazione con la specifica *ratio* delle leggi di clemenza e che costituisce un argine consistente alla loro venuta alla luce, la quale dà comunque luogo, il più delle volte se non sempre, ad un effetto di divisione o di vera e propria lacerazione in seno al corpo sociale: fa, sì, «dimenticare» il reato ma – paradossalmente – ravviva ed inasprisce il ricordo delle vittime di certi fatti delittuosi, allo stesso tempo in cui dà sollievo a coloro che se ne sono resi responsabili ed ai loro familiari. Non è, ad ogni buon conto, chi non veda la differenza che passa tra una legge «memoriale» adottata a sostegno e promozione dei valori fondanti la Repubblica ed una legge «per dimenticare» fatti comunque considerati negativi alla luce di quei valori.

3. Il cenno appena fatto alle leggi «memoriali» introduce naturalmente alla vessata questione del diritto alla verità e del corrispondente dovere. La disciplina positiva del negazionismo, cui si è dietro fatto cenno, risponde proprio allo scopo di dare appagamento al primo e di far valere il secondo.

Si tratta di situazioni soggettive che presentano plurime articolazioni a più piani di esperienza, in ambito interno come pure in ambito internazionale e sovranazionale³⁰. Perlopiù, sono viste dal punto di vista dell'individuo, in funzione cioè della salvaguardia di un bisogno intensamente avvertito dal singolo, mentre rimane nell'ombra la loro funzione servente nei riguardi della comunità statale nel suo complesso, quale istituzione repubblicana appunto. Nessuno ovviamente nega che sia necessario apprestare ogni

– come si sa – anche nella dimensione regionale, tra le quali particolare attenzione va riservata alle leggi statutarie.

²⁷ In ogni caso, mi parrebbe doversi senz'altro escludere che si utilizzi a finalità «memoriale» il decreto-legge, a motivo del difetto dei presupposti fattuali giustificativi dell'adozione dello strumento in parola.

²⁸ Vi ha fatto, ancora di recente, riferimento A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., p. 167 ss. e p. 174 ss.

²⁹ È stato infatti da tempo messo in chiaro come raggiungere la maggioranza dei due terzi, prescritta dall'art. 79 cost., possa risultare, specie in talune congiunture politiche, ben più arduo della doppia approvazione richiesta dall'art. 138, che potrebbe aversi, in prima delibera, a maggioranza semplice e, in seconda, a maggioranza assoluta, pur restando quindi soggetta la legge all'alea della eventuale prova referendaria.

³⁰ Si pensi solo, a quest'ultimo riguardo, al rilievo dato in seno alla Comunità internazionale al diritto alla verità con riferimento ai casi di violazione dei diritti umani (riferimenti ancora in A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., p. 24 ss.).

tutela possibile ai diritti dei singoli, specie di coloro che sono stati e sono direttamente colpiti dalla menzogna storica ovvero sono soffocati da una cappa di silenzio e di oscurità circa alcuni eventi sui quali non si è riuscito (e non si riesce) a fare luce. In aggiunta al diritto alla verità dei diretti interessati v'è però (e non è meno impellente e meritevole di tutela) quello della intera collettività che sempre è ferita da fatti traumatici che puntano diritto al cuore della Repubblica.

Per l'aspetto ora in rilievo, il diritto alla verità fa tutt'uno col relativo dovere e presenta carattere autoreferenziale: v'è, cioè, il dovere degli organi di apparato della Repubblica di appagare un diritto che (anche) agli stessi fa capo e, per il loro tramite, all'intera istituzione di appartenenza.

Di qui, poi, la conferma di una indicazione teorica di ordine generale, altrove rappresentata³¹, vale a dire che ogni diritto fondamentale possiede in sé una carica deontica, che è sollecitato ad esprimere e a far valere specie nelle più spinose e sofferte esperienze di vita: una componente deontica che poi incessantemente si alimenta dal dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo porsi in funzione servente nei riguardi dell'etica pubblica fondata sul fatto costituente.

Un ordinamento che non trovi dentro di sé le risorse, morali prima ancora che di altro genere, per fare chiarezza sui momenti bui della propria esistenza, che non abbia il coraggio e le capacità per farlo, è fatalmente condannato a consumarsi e a dissolversi. Acquisire la verità significa dotare la Repubblica di un patrimonio di conoscenze indispensabile ad orientare il lineare svolgimento della vita di relazione, al piano istituzionale come pure a quello sociale.

La memoria, insomma, diventa condizione stessa della trasmissione integra dell'ordinamento nel tempo, del mantenimento dei suoi valori fondanti, del loro incessante rinnovamento.

La verità ha – come si diceva – plurime articolazioni ed espressioni. V'è la verità che è compito precipuo delle istituzioni raggiungere (si pensi, ad es., alle Commissioni parlamentari d'inchiesta) e v'è la verità che può essere acquisita direttamente dai privati ma con la collaborazione delle istituzioni (ad es., attraverso l'accesso ad atti e documenti tenuti presso la pubblica amministrazione). V'è, ancora, la verità che i privati o esponenti delle istituzioni sono tenuti a dare ad altre istituzioni (ad es., le testimonianze rese in

³¹ Le basi di questa costruzione teorica si rinvencono in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss., ed hanno quindi avuto svolgimento e affinamento in altri luoghi.

processo) e v'è (ed assume crescente rilievo in molti ambiti materiali³²) la verità resa da uomini di scienza o da esperti, senza la quale l'esercizio delle pubbliche funzioni risulterebbe in alcuni casi impossibile o, comunque, fortemente ostacolato.

Su quest'ultimo punto è necessario un momento di riflessione.

Senza che se ne possa ora fare oggetto di specifico esame (richiedendosi allo scopo una sede a ciò specificamente dedicata e disponibile per un'ampia trattazione), è interessante notare come la conoscenza delle verità scientifiche esprima un vincolo – come dire? – «graduato» nei riguardi dei pubblici poteri.

Se n'è avuta conferma da una pronunzia di qualche anno addietro della Consulta, la n. 84 del 2016³³, in tema di destinazione degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Il giudice delle leggi si è, infatti, dichiarato dell'idea che, laddove – come nella specie – la scienza si presenti al proprio interno divisa, la Costituzione resti «muta» e, di conseguenza, lo stesso giudice non possa esprimersi nel merito della questione sottopostagli. Il silenzio della Costituzione, nondimeno, non fa da ostacolo a che il legislatore faccia la propria scelta traducendola in una disciplina positiva che, stante il difetto di norma-parametro con la quale potersi confrontare, non potrebbe che restare soggetta al solo sindacato secondo ragionevolezza. Detto altrimenti: se gli scienziati non hanno ancora raggiunto la verità, anche la Costituzione nulla può dire e prescrivere; ciononostante, la mancanza di conoscenze scientifiche sia pur relativamente sicure non impedisce al legislatore di parlare per tutti, ed anzi in qualche modo lo sollecita a farlo. Un esito, questo, che, astraendo ora dal caso qui non specificamente interessante, in via generale solleva non poche perplessità e, di più, desta forti preoccupazioni, specie se si considera che la materia bisognosa di regolazione normativa è, per sua natura, scientificamente sensibile: come tale, perciò, mal si presta a libere e in pratica difficilmente controllabili opzioni fatte dai decisori politici, tanto più poi laddove la disciplina verta – come nel caso sopra evocato – sulle esperienze d'inizio e fine-vita, alle quali fanno capo interessi di cruciale rilievo e suscettibili di essere fatti oggetto di decisioni praticamente irreversibili³⁴.

³² ... specificamente – come subito si dirà – laddove si tratti di far valere nuovi diritti fondamentali scientificamente sensibili.

³³ ... fatta oggetto di numerosi commenti, tra i quali quelli che sono in *Biolar Journal*, 2016, n. 2.

³⁴ Se ne ha una emblematica testimonianza laddove una nuova vita sia generata ricorrendo ad una pratica lesiva della dignità dello stesso soggetto venuto alla luce, oltre che dei protagonisti del fatto procreativo (così come si ha ricorrendo alla surrogazione di maternità, in specie laddove non effettuata a titolo gratuito) o, peggio, laddove una vita sia spenta

Al tirar delle somme, la mancanza di una «memoria scientifica» da preservare e trasmettere per il futuro parrebbe stimolare la produzione di leggi volte ad imporre una «memoria normativa», idonea peraltro a lasciare un segno marcato sullo stesso incessante progresso delle conoscenze scientifiche³⁵.

4. Riguardata dal punto di vista del soggetto e delle sue aspettative di tutela, la memoria può porsi ora quale valore, da preservare e trasmettere anche a quelli che verranno, ora invece come disvalore.

Non si dà una regola fissa al riguardo, la qualificazione presentandosi quale l'esito, astrattamente imprevedibile, di una ponderazione assiologicamente ispirata che può farsi unicamente in relazione alle complessive e peculiari esigenze del singolo caso.

Si pensi, ad es., al sofferto rapporto che viene a determinarsi tra il diritto-dovere alla verità storica, di cui si è dietro discorso, e il diritto-dovere alla sicurezza individuale e collettiva³⁶, che specie in talune circostanze imperio-

ricorrendo a pratiche di suicidio assistito (e molti altri esempi ancora potrebbero, ovviamente, farsi nel medesimo senso).

³⁵ Di qui si ha, poi, un'ulteriore conferma della bontà di una indicazione da tempo avanzata da una nutrita schiera di studiosi, secondo cui le leggi aventi ad oggetto i nuovi diritti (con particolare riferimento proprio a quelli scientificamente sensibili) dovrebbero dotarsi di una struttura agile ed essenziale, in buona sostanza *per principia*, rimettendosi quindi ai pratici (e, segnatamente, ai giudici) per il loro opportuno svolgimento e completamento a mezzo di regole adeguate ai singoli casi. Riferimenti, di recente, in M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolar Journal*, 2018, n. 1, spec. p. 12 ss.; R. G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine*, 2018, n. 1, spec. p. 235 ss., e ID., *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2019, e ID., *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018, spec. p. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, p. 407 ss., spec. p. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino 2019, p. 90 ss., e A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Stato e Chiesa*, 2019, n. 14, spec. al § 7.

³⁶ Con specifica attenzione al rapporto tra sicurezza e *privacy*, di recente e per tutti, M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in L. PANELLA (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Napoli 2018, p. 245 ss.; F. PETRUCCO, *The Right to privacy and new technologies: between evolution and decay*, in *Media Laws*, 2019, n. 1, § 3.1; utili indicazioni possono inoltre aversi da G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma 2016, nonché dai contributi alle IX Giornate

samente reclama di farsi valere. Ne dà una eloquente testimonianza la disciplina, pure – come si sa – assai discussa (e, per più aspetti, discutibile) del segreto di Stato. L'opposizione del segreto, infatti, impedisce la formazione di una memoria collettiva su fatti istituzionali la cui conoscenza pure molto potrebbe giovare all'affermazione dei valori espressivi dell'etica pubblica repubblicana; solo che, nella particolare contingenza, si ritiene che proprio questa conoscenza possa nuocere all'interesse della comunità, nulla nondimeno ostando al rinvio temporale della stessa, rimessa all'opera ricostruttiva degli storici.

Lo stesso bilanciamento tra *privacy* e memoria si apre a plurimi esiti in ragione dei casi³⁷; persino connotati di questi ultimi a prima vista oggettivamente analoghi o, addirittura, identici potrebbero richiedere trattamenti differenziati, per es. in ragione della qualità dei soggetti. Così, notizie circa lo stato di salute di candidati a cariche istituzionali di primo piano, per norma coperte da riservatezza, potrebbero rivelarsi d'interesse collettivo, sì da meritare una esposizione pubblica che altrimenti non avrebbe alcuna ragion d'essere, una esposizione che nondimeno deve pur sempre restare confinata allo stretto indispensabile e, comunque, posta in essere nel pieno rispetto della dignità della persona³⁸.

Del dovere di verità può, poi, aversi riscontro anche nei rapporti tra privati. Si pensi, ad es., al bilanciamento che occorre porre in essere tra il diritto alla non conoscenza e quello alla conoscenza, di cui si facciano portatori soggetti diversi, come in occasione delle non infrequenti vicende che abbiano per protagonisti soggetti che chiedano sia fatta luce sulle loro origini biologiche, laddove si tratti appunto di salvaguardare, a un tempo, il diritto all'anonimato del genitore che persista nel farlo valere e quello del figlio, se non altro per il caso che quest'ultimo richieda di venire a conoscenza di dati

italo-spagnolo-brasiliano di Diritto costituzionale su A. E. PERALES (a cura di), *El derecho a la intimidad*, Valencia 2018, svoltesi a Madrid il 22 e 23 settembre 2016, e, da ultimo, dagli scritti che sono nel fasc. 2019, n. 2 di *Eur. L. J.*, su *Internet and Human Rights Law*. Da una prospettiva di più ampio respiro e con specifica attenzione ai profili penalistici, v., di recente, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019. In giurisprudenza, molto importante è ora Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20.

³⁷ Come si vede, si ha ancora una volta conferma della necessità che le discipline normative riguardanti la memoria, specificamente laddove interferisca con diritti fondamentali della persona (e, sopra ogni altro, con quello alla salvaguardia della dignità), si dotino di una struttura nomologica duttile ed essenziale, rimandando per i loro opportuni svolgimenti a soluzioni «attuative» poste in essere dagli operatori (e, segnatamente, dai giudici) in ragione dei peculiari caratteri dei casi.

³⁸ Riprendo qui un esempio che è già nel mio *Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)*, in *Consulta OnLine* 2016, n. 3, p. 374 ss.

relativi alle condizioni di salute del genitore (con specifico riguardo a malattie geneticamente trasmissibili), a presidio della propria salute e di quella dei propri discendenti.

La memoria, insomma, come in un ideale caleidoscopio si compone, scompone e ricompone di continuo, ora espandendosi e mirando alla propria formazione ed affermazione, ora contraendosi e ritraendosi a fronte del bisogno opposto a quello della conoscenza. D'altronde, i medesimi beni della vita, col variare dei casi, possono ricevere punti di equilibrio assai diversi, senza che si dia alcun ordine precostituito tra di essi posto in essere in applicazione di criteri di formale fattura.

L'unico punto fermo che si ha, in un quadro connotato da fluidità e mobilità degli elementi che lo compongono e fortemente impressionato da fattori di contesto, è dato dal rispetto della dignità della persona: un autentico «metaprincipio», alla cui luce può farsi luogo alla ponderazione dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei beni della vita che ad essi fanno capo, o – come pure è stato efficacemente detto³⁹ – la «bilancia» su cui i beni stessi si dispongono.

La memoria ha dunque, come la luna, doppia faccia: l'una illuminata, l'altra nascosta, o meglio, dalla prospettiva del diritto, sull'una c'è l'obbligo di fare luce, sull'altra quello di lasciarla in ombra. A seconda dell'angolo visuale adottato, essa è perciò ora valore ed ora disvalore.

La relatività della qualificazione dispone di numerose testimonianze. Si pensi, ad es., ai casi di abuso nell'esercizio del diritto di cronaca, quali si hanno laddove la medesima notizia, già legittimamente resa nota, sia replicata a distanza di anni con grave pregiudizio della persona, della sua dignità appunto⁴⁰. Non è, nondimeno, agevole stabilire quando il diritto all'oblio meriti di essere tutelato e quando, di contro, debba soggiacere a bilanciamento con altri diritti o doveri costituzionalmente riconosciuti, fino al punto di dover essere talora sacrificato⁴¹. Il diritto di cronaca è infatti, senza

³⁹ La felice immagine della bilancia si deve – come si sa – a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 2014, n. 1, p. 3 ss. Vi hanno, tra gli altri, fatto richiamo G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma 2015, e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano 2015, p. 205 ss.; altri riferimenti, ora, in V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano 2018, p. 41 ss., spec. p. 44 ss.

⁴⁰ Tra i molti che ne hanno variamente trattato, di recente, v. S. PIETROPAOLI, *La rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars interpretandi*, 2017, n. 1, p. 71 ss.

⁴¹ In tema si è assistito ad un'autentica messe incontinibile di studi di vario segno: solo per alcune prime indicazioni, v. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli 2009; F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino 2013; G.

alcun dubbio, strumento vitale per la ricerca della verità ma la dignità della persona non fa sconti, specie laddove la prima sia strumentalmente piegata a finalità di spettacolarizzazione gratuita di eventi che invece dovrebbero svolgersi esclusivamente presso sedi istituzionali (e con le garanzie ad esse connesse)⁴² e, comunque, andrebbero ben altrimenti rappresentati⁴³.

La memoria, poi, è disvalore laddove risulti provata la torsione del reale che ad essa è consegnato in custodia, una torsione che dunque fatalmente ridonda a danno della memoria stessa⁴⁴, determinando peraltro effetti difficilmente e alle volte non del tutto sradicabili (come nel caso delle *fake news* diramate via internet⁴⁵).

FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, nn. 4-5, p. 591 ss.; AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma 2015; A. VESTO, *La tutela dell'oblio tra intimità e condivisione senza filtri*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani*, cit., p. 177 ss.; F. PETRUCCO, *The Right to privacy and new technologies: between evolution and decay*, cit., § 3.3; F. SICURO, *Libertà di informazione e diritto all'oblio (breve osservazioni a margine di Cass. civ., sez. un., ord. interlocutoria, 26 giugno - 4 luglio 2018, n. 28086)*, in *Diritti fondamentali*, 2019, n. 8; E. CURRAO, *Diritto all'oblio, stigma penale e cronaca giudiziaria: una memoria indimenticabile*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 6, p. 157 ss. Opportunamente rimarcato è, poi, il collegamento con la dignità, nella quale una sensibile dottrina rinviene il fondamento del diritto in parola (T. E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in *Federalismi*, 2014, n. 12).

⁴² Si pensi, ad es., all'innaturale celebrazione dei processi in forma mediatica, in relazione alla quale nondimeno si pongono delicate questioni che ad oggi sono in attesa di adeguata soluzione (in tema, per i profili penalistici, per tutti, V. MANES, *La vittima del processo mediatico: misure di carattere rimediabile*, in *Pol. dir.*, 2018, n. 3, p. 359 ss.).

⁴³ Se n'è avuta, ancora di recente, conferma in occasione del ritorno in Italia del terrorista Battisti, dopo quasi quarant'anni di latitanza, sul quale si sono accesi i riflettori persino nel momento in cui era sottoposto ad esame dattiloscopico che – come si sa – avrebbe dovuto essere effettuato in modo riservato.

⁴⁴ ... ponendo peraltro delicati problemi non facilmente risolvibili (come a riguardo della rettifica dei dati *on line*: in tema, tra gli altri, F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino 2018).

⁴⁵ Nella ormai copiosa messe di scritti venuti alla luce sul tema, v., almeno, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere, libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017; M. BASSINI, G. E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Media Laws*, 2017, n. 1, p. 11 ss., e F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, *ivi*, p. 48 ss.; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, *ivi*, 2018, n. 3, e, con specifico riguardo all'esperienza tedesca (e all'adozione del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, *ivi*, v., inoltre, quanto alla Gran Bretagna, House of Commons, *Digital, Culture, Media and Sport Committee, Disinformation and 'fake news': Final Report (Eighth Report of Session 2017-19)*, e E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *Media Laws*, 2019, n. 1; v, poi, i rapporti di Facebook, *Facebook February update on implementation of the Code of Practice on Disinformation*; Google, *EC Action Plan on Disinformation Google February 2019*, e Twitter, *Twitter February*

Il riferimento alla memoria ed al suo porsi in rapporto con la dignità torna prezioso al fine di cogliere un aspetto al quale ancora oggi non si è prestata la dovuta attenzione. Proprio dal rapporto in parola, infatti, si apprezza il profilo diacronico della memoria stessa, il suo appuntarsi sulla persona e, allo stesso tempo, il suo portarsi oltre la sua esistenza. Si pensi, ad es., alla salvaguardia della memoria di persone che non ci sono più. Proteggendone l'onore e la dignità avverso dichiarazioni nei loro riguardi offensive, non si tutela unicamente la dignità dei loro cari ma anche – a me pare

update: Code of Practice on Disinformation, nonché il documento dell'AGCOM, Servizio Economico Statistico, Osservatorio sulla disinformazione on line, tutti in *Astrid rass.*, 2019, nn. 1-2; O. POLLICINO, *Fundamental Rights as Bycatch – Russia's Anti-Fake News Legislation*, in *Verfassungsblog.de*, 28 marzo 2019; C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum quad. cost.*, 4 aprile 2019. Inoltre, la *Relazione sull'attuazione del piano d'azione contro la disinformazione*, oggetto della Comunicazione congiunta resa, in data 14 giugno 2019, dalla Commissione europea e dall'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica della sicurezza, in *Astrid rass.*; G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi*, 2019, n. 11; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Diritti fondamentali*, 2019, n. 1. Il prepotente ed incontrollato sviluppo avuto da internet pone formidabili problemi, della cui consistenza peraltro non si ha ancora piena avvertenza ed ai quali non si è riusciti a dare una complessivamente appagante risposta, specie per ciò che attiene al controllo nella immissione e nell'utilizzo dei dati suscettibili di incidere in modo diretto sulla dignità e i diritti fondamentali in genere della persona. Si ha, nondimeno, consapevolezza del bisogno di dar vita ad una regia internazionale e sovranazionale da cui si attendono soluzioni idonee a mediare efficacemente tra le crescenti e diffuse aspettative di conoscenza, la verifica della veridicità dei dati, la salvaguardia della *privacy*, il diritto all'oblio. Per quest'aspetto, la regolamentazione dei dati sensibili apprestata dall'Unione europea (e prontamente annotata da un'accreditata dottrina: per tutti, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, e ID., *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino 2016; E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare e, infine, cui prodest?*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4; S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi*, 2018, n. 15; G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e Lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 2019, n. 2) si pone quale un passo rilevante lungo una via erta e disseminata d'insidie, al quale peraltro molti altri ancora devono seguire prima di raggiungere la meta. In questo senso, è da valutare l'ipotesi, prospettata da una sensibile dottrina (E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, 2019, n. 1) di istituire un organismo indipendente dotato di poteri sia di regolazione che paragiurisdizionali e di *adjudication*.

– quella degli stessi defunti che sopravvive alla loro scomparsa⁴⁶, custodendo e preservando di tali persone l'immagine complessiva⁴⁷.

5. L'analisi rapidamente compiuta porta naturalmente – a me pare – ad una «non conclusione». La memoria, specificamente nelle sue più salienti espressioni di rilievo costituzionale, esibisce una straordinaria duttilità strutturale che poi si converte in una pari duttilità funzionale, prestandosi – a mo' di sostanza gommosa – a farsi docilmente manipolare in ragione degli obiettivi di volta in volta prefissati.

In via generale, come si è tentato qui di mostrare unicamente con alcuni tra i molti esempi che possono farsi, è mezzo al servizio di fini sia individuali che collettivi ed istituzionali, ma può essere essa stessa fine, specificamente laddove sia fatta oggetto d'iniziative dei pubblici poteri volte a ravvivarla e trasmetterla anche alle generazioni che verranno (l'esempio forse maggiormente emblematico al riguardo – come si è veduto – è dato dal ricordo cocente degli eventi maturati nel corso del secondo conflitto bellico e di quelli che hanno portato all'avvento della Repubblica).

In realtà, anche in siffatta sua forma, la memoria è sempre mezzo e fine allo stesso tempo, a motivo del suo fare tutt'uno con l'etica pubblica repubblicana testimoniata dalla Carta costituzionale, specie (ma non solo) nei suoi principi fondamentali⁴⁸. Nella memoria, insomma, è assai problematico (forse, davvero impossibile) tenere separato ciò che è mezzo da ciò che è fine, entrambi compresenti nella sua stessa struttura costitutiva.

⁴⁶ Spunti in tal senso si rinvergono peraltro nella più avvertita dottrina penalistica, tra gli altri, F. P. GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano 1961; G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII (1990); A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX (1995).

⁴⁷ Che la dignità faccia tutt'uno con la *humanitas* del soggetto si è già fatto in altri luoghi notare, tra i quali il mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, 2018, n. 2, p. 392 ss.

⁴⁸ I principi, nondimeno, hanno la loro naturale proiezione anche nella disciplina relativa all'organizzazione in cui, per la sua parte, si rispecchia la riconquista della libertà e della democrazia. Non si dimentichi, d'altro canto, la mirabile lezione impartita dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, con il riferimento congiuntamente fatto alla libertà ed alla separazione dei poteri quali elementi costitutivi dello Stato costituzionale ed espressivi dell'idea di Costituzione nella sua accezione liberale. È poi pur vero – come si sa – che l'assetto dei poteri è in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali; ed è anche vero che – secondo la comune dottrina – l'organizzazione può essere anche profondamente cambiata, sempre che si mantenga (ed anzi risulti ulteriormente rinvigorita e promossa) la sua naturale vocazione a dare voce ai valori fondamentali per la cui affermazione la Repubblica e la Costituzione sono venute alla luce.

Nella sua essenza e nella sua più qualificante espressione la memoria, al piano delle dinamiche che connotano la forma di governo e, ancora più a fondo, la forma di Stato, è condizione di un loro fisiologico svolgimento ed orientamento verso i valori fondamentali positivizzati, in vista della loro ottimale implementazione alle condizioni oggettive di contesto. Quanto meno, così è secondo modello. Non si può tuttavia far passare sotto silenzio che non di rado si mettono in moto processi, ora alla luce del sole ed ora per via sotterranea (ed abilmente mascherati), volti a distogliere la memoria dal suo lineare percorso, vale a dire a forzarne e in varia misura manipolarne la formazione. Ed è di tutta evidenza che siffatte torsioni producono poi l'effetto di far deviare le pubbliche funzioni dai binari lungo i quali dovrebbero scorrere in vista del conseguimento dei fini avuti di mira. Dove non c'è giusta memoria, specie dei fatti passati di maggior rilievo costituzionale, diventa assai problematico gestire come si conviene il presente e, perciò, porre le basi su cui edificare il futuro.

Ciò che maggiormente difetta è un livello minimo diffuso, accettabile, di cultura: non soltanto – si badi – di cultura istituzionale ma di cultura *tout court*. La classe politica – è ormai da tempo acclarato – è lo specchio della società, la riproduce in scala, esattamente come fa una carta geografica rispetto ai luoghi in essa descritti. Come si sa, la più avvertita dottrina ha da tempo segnalato con dovizia di argomenti che la crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività) è, *in nuce*, crisi dei rappresentati, ancora prima (e di più) che dei rappresentanti⁴⁹. La crisi della cultura dei governanti è, dunque, figlia di quella dei governati e – come si è venuti dicendo – trova un terreno fertile su cui radicarsi e crescere in una memoria afflitta da vizi occulti strutturali dei quali portano quindi il segno tanto le relazioni in seno al corpo sociale quanto quelle che vengono a formazione in seno all'apparato.

⁴⁹ Il riferimento è ad una nota riflessione teorica di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, p. 109 ss. Sulla crisi della rappresentanza politica la letteratura è ormai sterminata: di recente e tra i molti altri, P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 2018, n. 1, p. 95 ss., e, ora, *amplius*, ID., *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà"*. Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione, Napoli 2018; infine, G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta OnLine*, 2019, n. 2, p. 249 ss. e ID., *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi*, 2019, n. 12.

Non è di qui (non dico svolgere ma neppure) avviare una nuova riflessione a riguardo dei possibili rimedi a questo stato di cose che, in fin dei conti, minaccia la stessa lineare, integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo e, con essa, della Costituzione che ne è alla base. È però chiaro che se, al fondo della situazione qual è, si danno gravi carenze di cultura, è specificamente sul terreno della formazione di quest'ultima che va ambientata la ricerca dei possibili rimedi. Solo così si può infatti tentare di spezzare il circolo perverso, che da sé medesimo si ricarica senza sosta, in cui si si dispongono governati e governanti di poca e difettosa memoria, convertendolo in uno invece virtuoso, in seno al quale possa finalmente prendere forma un fisiologico svolgimento della vita di relazione, idoneo a consentire una soddisfacente implementazione dei valori costituzionali.

Per l'aspetto ora considerato, molto a me pare possono (e devono) fare le formazioni sociali in cui l'individuo si riunisce al fine della compiuta soddisfazione di elementari bisogni e, in ultima istanza, della realizzazione della propria personalità, a partire da quella primigenia – la famiglia – e, quindi, dalla scuola, le confessioni religiose, i partiti politici (già nelle loro formazioni giovanili), e via dicendo.

Certo, con specifico riguardo ai partiti, c'è il rischio di cadere vittime di un autentico ossimoro, dal momento che proprio le formazioni sociali nelle quali maggiormente evidente è stata (ed è) la crisi culturale, di cui si viene dicendo, dovrebbero essere quelle al cui interno rinvenire le risorse adeguate a superarla o, quanto meno, a contenerne gli effetti.

Il timore ora manifestato non è, invero, infondato; ugualmente vero è però – a me pare – che solo attraverso risoluti ed incisivi interventi tanto al piano delle regole eteroprodotte quanto a quello delle regole di autonomia si può coltivare la speranza che, grazie appunto al loro sforzo congiunto e sinergico, possa invertirsi il *trend* fin qui invalso (ed anzi crescente). Occorre insomma puntare sia all'autorigenerazione etica (nel senso appunto dell'etica costituzionale) della politica, nei metodi e nei canoni che ne governano i più salienti svolgimenti, e sia pure ad iniziative provenienti *ab extra*. D'altro canto, è ormai provato che partiti ed istituzioni hanno bisogno di darsi mutuo sostegno concorrendo ad un'opera di bonifica interna ispirata dai (e costantemente volta verso i) valori costituzionali, nel loro fare «sistema». Ove ciò non dovesse aver luogo, fatalmente difetti e squilibri esibiti dagli uni contagerebbero le altre fino, appunto, a coinvolgere l'ordinamento nella sua interezza, pregiudicandone – come si diceva – la stessa idoneità a trasmettersi integro nel tempo. È dunque di cruciale rilievo che si ponga mano ad ogni iniziativa ritenuta adeguata a segnare una svolta rispetto al preoccupante presente ed a gettare le basi per un futuro che non ne riproduca i guasti e le complessive carenze.

DIRITTI COSTITUZIONALI

MASSIMO CAVINO

Il lavoro nella Costituzione repubblicana

SOMMARIO: 1. Un concetto unitario – 2. La concezione politica del lavoro – 3. Doveri inderogabili di solidarietà ed efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare – 4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti – 5. Doveri di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali – 6. Il diritto al lavoro – 7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e politiche attive – 8. Il lavoro degli stranieri

1. I termini lavoro e lavoratori, nonché il riferimento a specifiche situazioni lavorative, compaiono in diverse disposizioni costituzionali, così che la dottrina fu originariamente impegnata nella identificazione di una concezione unitaria del fondamento stesso della nostra democrazia.

La riflessione sulla definizione del concetto di lavoro accolto dalla nostra Costituzione si è sviluppata, come è noto, intorno alla contrapposizione tra un significato ampio, comprensivo di ogni attività rivolta al progresso materiale o spirituale del paese, ed uno ristretto, che lo riduce alla prestazione d'opera in condizioni di subordinazione economica¹.

Per giungere ad una concezione unitaria del concetto di lavoro si è reso quindi necessario stabilire quale, tra i due significati, sia assiologicamente prevalente e qualifichi l'altro in termini di specialità.

Com'era ovvio sono state proposte due soluzioni² fortemente influenzate dalla posizione pregiudiziale degli interpreti: se propensi ad affermare

¹ C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano 1958, p. 50 ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 339 e ss.

² Estranea all'una e all'altra è la posizione di Giuseppe Ugo Rescigno che prende le mosse da una sua definizione di lavoratori ricomprendendo nella categoria quanti «patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a se stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico» (*Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 34 ss.; *Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, p. 1062). Non si tratta di una concezione del lavoro e dei lavoratori necessariamente collegata alla condizione di soggetti economicamente deboli (Rescigno vi riconduce i dirigenti al vertice delle grandi imprese), ma piuttosto molto vicina a quella propria dei fisici che per lavoro intendono il dispiego di energia.

la priorità del concetto di lavoro limitata alla posizione subordinata del prestatore d'opera, contrapposta al capitale, essi hanno stabilito una relazione stretta tra l'art. 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 3³; se orientati a concepire il lavoro come qualsivoglia attività diretta al progresso sociale del paese, essi hanno ricondotto il fondamento lavoristico della Repubblica al contenuto del secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di agire in tal senso.

Così, tra i primi interpreti della Costituzione, Ugo Natoli prende le mosse dalla considerazione della natura del nuovo regime repubblicano⁴ per sostenere la prevalenza assiologica del «fatto lavoro» inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato. Ciò lo porta a concludere che «non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell'art. 1, comma 1, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell'art. 3, comma 2, anziché alla generica nozione di attività socialmente utile delineata nell'art. 4, comma 2. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immediatamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle, cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il fatto lavoro»⁵.

Sulla stessa posizione si colloca Luciano Micco: «Dire che è fondata sul lavoro, pur non smentendo che al lavoro in senso lato possa ridursi il contributo sociale di altre (rispetto agli *économiquement faibles*) fasce di soggetti, significa operare una scelta, acquisire, coerentemente con i fondamenti materiali del nostro assetto costituzionale, un determinato valore (che ha improntato peculiarmente di sé gli indirizzi direttivi, costituzionalmente fissati, dell'azione dello Stato) il quale appartiene ad una certa esperienza storica e non ad altre, e che anzi serve come valutazione della rilevanza costituzionale di queste ultime, a cui è storicamente estraneo, ma al quale esse sono normativamente ricondotte dalla nostra Carta»⁶. Sarebbe quindi l'emancipazione delle classi sociali economicamente svantaggiate e «la funzione assegnata al lavoro come centro motore di mobilità sociale» l'aspetto positivo

³ C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Artt. 1-12*, Bologna 1975, p. 11 e ss., spec. p. 13.

⁴ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano 1955, p. 62 e ss.

⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁶ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino 1966, p. 161 ss.

dell'articolo 1 della Costituzione, e in questo senso si potrebbe immaginare che l'attribuzione di significato proceda dall'art. 3, comma 2, all'art. 1 e poi conclusivamente all'art. 4 Cost.⁷: i valori emancipatori del lavoro subordinato (art. 3, comma 2) fondano la Repubblica (art. 1) e diventano l'unità di misura per valutare il rilievo costituzionale delle altre forme di lavoro (art. 4, comma 2)⁸.

La seconda ipotesi di lettura stabilisce, come abbiamo detto, un collegamento diretto tra il contenuto dell'art. 1, comma 1, e quello dell'art. 4, comma 2, Cost.

Da subito Carlo Esposito chiarisce che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 Cost. assuma una colorazione pubblicistica. Infine, la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art. 4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi»⁹.

È questa l'interpretazione che ha finito col prevalere. Fedele all'intenzione del Costituente, essa è coerente con l'impianto complessivo della Carta costituzionale di cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dall'art. 3, comma 2.

Questo, infatti, non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole.

⁷ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale*, cit., p. 162.

⁸ F. MANCINI, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, in *Mulino*, 1975, p. 166 e s., vede nel secondo comma dell'art. 4 la sintesi dell'accordo politico tra le «forze del lavoro e le forze del privilegio economico» (riprendendo la definizione di M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, p. 1 ss.).

⁹ C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948 e in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, da cui traggio la citazione a p. 12.

Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica¹⁰.

Sono quindi lavoratori non soltanto i prestatori d'opera dipendenti, ma anche gli imprenditori (artigiani e non), i liberi professionisti.

Ma lo sono senz'altro anche gli studenti, siano essi minorenni o maggiorenni, posto che lo studio, come avremo di precisare, costituisce la stessa premessa del lavoro.

Sono lavoratori i disoccupati senza colpa (concetto sul quale torneremo a riflettere), purché in cerca di occupazione, posto che la ricerca di occupazione è attività di per sé funzionale al raggiungimento delle finalità indicate dall'art. 4, comma 2, Cost.

Devono poi essere compresi nella categoria anche i pensionati, che non possono e non devono essere considerati nella nostra società come popolazione inattiva, e che sono chiamati ad assolvere compiti di solidarietà sociale non necessariamente collegati alla logica del mercato del lavoro (sostegno alla famiglia, impegno nel volontariato, partecipazione politica etc.).

E per quanto possa apparire provocatorio, devono essere considerati lavoratori anche i cittadini che traggono il loro reddito esclusivamente dal capitale.

Secondo Rescigno questi ultimi, la categoria dei *rentier*, sono esclusi dal diritto di partecipare alla organizzazione del Paese perché non producono beni o servizi per il mercato e la «loro disuguaglianza è pienamente gradita perché li rende ricchi senza necessità di dare nulla in cambio»¹¹.

Essi sono compresi nella definizione più ampia di lavoratori semplicemente perché non corrispondono alla descrizione di essi fornita da Rescigno che rimane ancorato alla concezione marxista della contrapposizione tra lavoro e capitale.

L'immagine del capitalista col cilindro, l'idea per cui il godimento della rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose. Non è possibile che la rendita del capitale (ove il termine rendita e capitale paiono essere utilizzati da Rescigno più in una prospettiva ideologica che macroeconomica) si esaurisca

¹⁰ F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna 1974, p. 68 ss.

¹¹ G. U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto*, cit., p. 1064 ss.

nel mero consumo da parte del *rentier*, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società.

2. Il concetto unitario di lavoro come «attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia», attiva partecipazione di tutti i lavoratori, ha una evidente connotazione politica¹². Essa presuppone però una concezione etica del lavoro che deve essere precisata. Per coglierne pienamente le implicazioni non è sufficiente dire che essa non è limitata alla contrapposizione tra lavoro e capitale: occorre definirla.

Così è utile prendere le mosse dalla riflessione di Felice Battaglia che nel 1951 scriveva che «tra le due concezioni del lavoro che oggi si dividono il campo, quella idealistica e quella marxistica per cui il lavoro è attività compiuta dell'uomo in un mondo suscettivo di essere razionalizzato, e quella più problematica e critica, per cui il lavoro come l'uomo che lo esprime presenta tutte le antinomie e i contrasti di un'essenza duplice e ambigua, abbiamo mostrato di preferire quest'ultima»¹³.

Il lavoro viene concepito da Battaglia come manifestazione della personalità: «lavoro è ogni esplicamento dello spirito, in quanto attività, siano i suoi fini meramente teoretici o altrimenti pratici. L'atto dello spirito che comunque intenda sé o le cose, che le cose ponga o trasformi, è lavoro»¹⁴.

Con il lavoro ciascuno manifesta la sua «individualità profonda ed etica»; indica il posto che desidera occupare nel mondo: «il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita». Muovendo da questa premessa possiamo pienamente comprendere il senso della concezione del lavoro come partecipazione, accolta dalla nostra Costituzione.

Quando fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e sancisce il dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, la Costituzione repubblicana disegna l'orizzonte verso il quale deve svolgersi la personalità di ognuno. Essa impone ad ogni cittadino di scegliere il proprio posto nella costruzione della Repubblica.

Nel quadro della Costituzione repubblicana il lavoro è azione politica, è manifestazione pratica della cittadinanza. Il lavoro è lavoro politico perché

¹² F. SANTORO, PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1954, p. 16.

¹³ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Bologna 1951, p. 253.

¹⁴ Ibidem, p. 173. Si vedano anche le riflessioni di V. POSSENTI, *Lavoro, "lavorismo", Otium*, in *Filosofia*, 1990, p. 140.

la Costituzione, nella valutazione della eticità dei suoi fini particolari, impone di partecipare attivamente e consapevolmente ad un progetto politico, nel quale quegli stessi fini particolari si fondono in un orizzonte di senso generale.

Si tratta di una specificazione della natura etica del lavoro. Il lavoro politico non è infatti soltanto proiezione della personalità del cittadino nella società; è manifestazione della volontà di mutamento, di progresso della società. Esso non può cioè esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale comunque immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso.

3. Il concetto di lavoro come attiva partecipazione alla realizzazione del progetto politico costituzionale determina la specifica posizione soggettiva del cittadino che trova la sua disciplina all'art. 4 Cost.

Essa è unitaria malgrado la duplice prospettiva nella quale è calata dalla disposizione costituzionale, sul piano dei diritti e su quello dei doveri.

È anzi tale duplicità che permette di cogliere nella sua unità la posizione soggettiva del cittadino, che ha il diritto di esprimere il contenuto etico della sua personalità e il dovere di metterlo a disposizione della collettività.

Nella nostra riflessione pare utile prendere le mosse dalla doverosità del lavoro, poiché essa definisce gli ambiti di esercizio del diritto.

Una prima questione, che pure aveva suscitato dibattito, può dirsi superata: quella relativa alla natura giuridica dei doveri costituzionali¹⁵, e quindi del dovere di lavorare.

¹⁵ Per quanto concerne la definizione del concetto aderiamo alla posizione di G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano 2002, p. 360 ss. per cui devono essere intesi come doveri costituzionali in senso proprio solo quelli in capo agli individui, non invece quelli degli organi costituzionali che dovrebbero essere definiti come «competenze» o come *officia*. Lombardi riconduce ai doveri in senso proprio anche quelli in capo ai titolari degli organi costituzionali. Sul tema cfr. B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustizia dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino 2007, p. 232 ss. che invece non distingue tra doveri degli organi costituzionali e dei titolari degli organi considerandoli unitariamente come doveri funzionali.

La giuridicità dei doveri costituzionali¹⁶ si può dire definitivamente riconosciuta nel momento in cui si afferma il valore normativo di tutte le disposizioni costituzionali, abbandonando la distinzione, sotto questo profilo, tra principi e regole, tra norme programmatiche e norme immediatamente efficaci¹⁷.

Più complesso e non del tutto risolto è il dibattito¹⁸ intorno al rapporto tra il dovere di lavorare, posto al secondo comma dell'art. 4, e i doveri inderogabili di solidarietà sanciti all'art. 2 Cost.

La dottrina costituzionalistica ha assunto posizioni differenti sulla natura delle disposizioni costituzionali di cui all'art. 2 Cost.: se esse debbano essere intese come espressione di norme di apertura piuttosto che di chiusura, rispetto al catalogo dei diritti e dei doveri.

Alla prima posizione aderisce Augusto Barbera che muovendo da una interpretazione aperta dell'art. 2 per quanto concerne i diritti giunge a sostenere che: «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'art. in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà».

In tale prospettiva i doveri vengono rappresentati come un limite generale funzionale al godimento dei diritti¹⁹.

¹⁶ Contro la natura giuridica del dovere di lavorare G. D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano 1958, p. 24. Nel dibattito sulla giuridicità del dovere di lavorare ha assunto un peso rilevante il tema della sua sanzionabilità (G. F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Principi fondamentali*, Bologna 1975, p. 257 ss.) Anche in Assemblea costituente: il testo dell'art. 4 proposto dalla Commissione dei settantacinque (art. 31 del progetto) prevedeva in effetti un terzo comma in forza del quale «L'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei diritti politici». La stessa commissione non si dichiarò contraria alla soppressione, chiesta da più parti. Cfr. però P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, p. 151 per il quale «l'interprete deve oggi ritenere che gli oziosi possano essere privati del diritto di voto, in quanto moralmente indegni, ai sensi dell'art. 48 Cost.». In argomento C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 63; G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 361.

¹⁷ Cfr. da ultimo G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 23 ss.

¹⁸ Per una ricostruzione puntuale cfr. A. CERRUTI, *Il dovere di concorrere al progresso materiale o spirituale della società nello Stato costituzionale di diritto*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna 2013, p. 189 ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014, p. 52 ss.

¹⁹ Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova 1966, p. 51 ss. Rispetto a questa posizione si ricordi l'invito alla cautela di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1962, p. 887: «Molta cautela deve mettersi quando ci si richiama al dovere di fedeltà

Giorgio Lombardi mostra però come questa proposta interpretativa nasconda un'insidia: sostenere che il catalogo dei doveri sia aperto quanto quello dei diritti rischia di compromettere il confine tra clausola di doverosità e clausola di libertà senza giungere «ad una sorta di funzionalizzazione immanente dei diritti, perché con questo ci si limiterebbe ad aprire uno spazio “conformativo” al legislatore, risolvendo la doverosità in una apertura tendenzialmente illimitata al potere discrezionale del detentore momentaneo della maggioranza. Da un'attribuzione di competenza si passerebbe insensibilmente ad una frustrazione dello spazio di garanzia che la costituzione, invece, dovrebbe rappresentare, e da un fondamento di legittimità collegato al modo d'essere dell'obbligo politico, ci si ridurrebbe a mera legalità. La clausola di doverosità renderebbe operanti a vuoto (*leerlaufende*) i diritti che la costituzione, enunciandoli, vorrebbe, invece, garantire»²⁰.

Secondo Lombardi l'impostazione criticata deve essere respinta «poiché il *proprium* dei doveri costituzionali, come del resto è caratteristica comune di tutte le situazioni limitative, è quello di una serie di precetti che la costituzione contiene per permettere la loro attuazione evitando il pericolo di una serie di interventi lasciati all'arbitrio del legislatore». E ciò lo porta a concludere per la posizione costituzionale «tendenzialmente illimitata» dei diritti e per la tipicità dei doveri²¹: la prestazione di doverosità descritta genericamente all'art. 2 Cost. «diviene determinabile soltanto in relazione alla puntuale individuazione di specifici e tassativi doveri [...]. La conseguenza è dunque che i doveri riconosciuti nella Costituzione sono quelli di cui agli artt. 4, 30, 48, 52, 54 e 53»²².

Ma se questo è il rapporto che intercorre tra libertà e doverosità, se non esiste una clausola aperta di doverosità capace di conformare in via generale i diritti perché i doveri costituzionali sono solo quelli stabiliti espressamente dalla Costituzione, questi ultimi devono essere concepiti *magis ut valeant*.

come fonte diretta di limitazioni alle situazioni di vantaggio dei cittadini; esso può piuttosto valere quale criterio di interpretazione di norme particolari onde poterne dedurre motivi circa la loro estensibilità in via di analogia».

²⁰ G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 360.

²¹ Alla impostazione di Lombardi aderisce M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, in particolare p. 781. La tipicità dei doveri costituzionali è invece argomento che ha portato A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 14 ss., a sostenere la tesi, contraddetta dallo sviluppo della realtà costituzionale, della chiusura del catalogo dei diritti.

²² G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 362 ss., *passim*. Con particolare riferimento al dovere di lavorare cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, p. 457.

Se si deve respingere l'idea di una generale funzionalizzazione dei diritti come conseguenza di una lettura aperta del catalogo dei doveri, non si può d'altro canto negare la portata conformativa di quei doveri²³ che sono stati l'oggetto di una precisa scelta costituyente.

Diversamente da quanto viene generalmente affermato, i doveri costituzionali possono avere una immediata efficacia normativa che si manifesta, in termini negativi, nella possibilità di stabilire limiti al godimento di diritti dei consociati.

Ferma la distinzione tra doveri e obblighi, vero che solo i secondi sono strutturalmente idonei ad imporre prestazioni, non si deve trascurare la forza conformativa che i primi possono esercitare negativamente sulle libertà.

Così l'intervento del legislatore, come prescritto dall'art. 23 Cost., occorre per definire, se necessario²⁴, contenuti obbligatori del dovere; quando cioè ai consociati sia positivamente richiesta una prestazione personale o patrimoniale.

Non quando il dovere, di per sé, costituisce il limite negativo che conforma il godimento di un diritto.

4. L'immediata efficacia del dovere di lavorare si misura concretamente in relazione a specifiche fattispecie. Si consideri il diritto al mantenimento dei figli maggiorenni da parte dei genitori.

L'art. 337 septies, comma 1, c.c. stabilisce che «il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto»²⁵.

Questa disposizione, in relazione alla situazione dei figli di genitori separati, specifica un principio che la giurisprudenza ha affermato come diritto vivente in termini generali: l'obbligo di concorrere al mantenimento ex

²³ Che G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., (ma anche in *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi Trib.*, 1964) riconduce al principio di solidarietà.

²⁴ La possibilità di imporre obblighi in applicazione del dovere di lavorare è limitata ad ipotesi eccezionali, o comunque speciali. Rispetto al dovere di lavorare riesce quindi difficile seguire qui il pensiero di G. LOMBARDI, *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giur. it.*, 1967, I, Sez. I, p. 14 dell'estratto, che rileva «a proposito della nota di *inderogabilità*, propria dei doveri costituzionali, come essa determini la necessità di attuazione del dovere, in modo completo e senza residui, attraverso *obblighi* stabiliti da leggi».

²⁵ La disposizione, introdotta dall'art. 55, comma 1, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, riproduce il contenuto dell'art. 155 quinquies c.c., a sua volta introdotto dall'art. 1 l. 8 febbraio 2006, n. 54.

artt. 147 e 148 c.c., come adempimento del dovere imposto dall'art. 30, comma 1, Cost., non viene meno col raggiungimento della maggiore età dei figli, ma permane fino a quando essi non abbiano raggiunto l'indipendenza economica.

La giurisprudenza civile è però costante anche nell'affermare che il diritto al mantenimento viene meno quando il figlio, messo nelle condizioni di poter accedere alla indipendenza economica opponga un rifiuto ingiustificato; oppure quando il figlio manifesti una inerzia colpevole (protraendo senza profitto gli studi nel tempo)²⁶.

I giudici civili non si riferiscono esplicitamente al dovere di lavorare; pare però evidente che il giudizio sul rifiuto del figlio o sulla sua inerzia possono essere connotati giuridicamente solo in relazione ad esso.

Particolare attenzione merita poi la disciplina introdotta, all'art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300, dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, per la quale, nel caso di licenziamento senza giustificato motivo o senza giusta causa, il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, “dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”».

Il legislatore del 2012 ha recepito il principio della deducibilità dell'*aliunde perceptum* che la giurisprudenza aveva elaborato sulla base dell'interpretazione dell'art. 1223 c.c. e costantemente applicato.

Ma la novella del 2012 ha ampliato l'ambito della deducibilità a quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire «dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione»: non solo quindi l'*aliunde perceptum* ma anche l'*aliunde percipiendum*.

Anche la deducibilità dell'*aliunde percipiendum* era stata elaborata dalla giurisprudenza del lavoro sulla base di una interpretazione degli artt. 1175 e 1227 c.c. Essa è stata però applicata con cautela²⁷ e, comunque, nella ricostruzione sistematica del quadro normativo, non è mai stato preso in considerazione l'art. 4, comma 2, Cost.

Anche la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della norma su cui stiamo riflettendo, non ha ritenuto di prendere in considerazione il dovere costituzionale di lavorare. Con la sent. 23 aprile

²⁶ Da ultimo cfr. Cass., sent. 5 marzo 2018, n. 5088.

²⁷ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, 2013, n. 180, p. 19.

2018, n. 86, ha affermato – non considerando la differenza concettuale che distingue l'*aliunde perceptum* dall'*aliunde percipiendum* – «Ed è appunto (e solo) in tale prospettiva risarcitoria (ed in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*) che si spiega e si giustifica l'ulteriore previsione della detrazione, dall'indennità dovuta dal datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno, di quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché di quanto il medesimo avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione».

Ciò dipende dal disagio che la dottrina e la giurisprudenza (comune e costituzionale) hanno sempre manifestato rispetto ad una interpretazione del dovere di lavorare che potesse condurre all'affermazione di un obbligo positivo²⁸.

Si è così preferita una interpretazione sistematica fondata sui principi di correttezza del diritto civile che male si adattano al rapporto tra datore di lavoro e lavoratore licenziato senza giustificato motivo o giusta causa.

La diligente ricerca di una nuova occupazione non è tuttavia imposta da alcun obbligo: essa deve però essere valutata al fine di definire l'operatività del limite che il dovere costituzionale di lavorare pone al diritto al risarcimento del danno.

5. Disponendo che ogni cittadino ha il dovere di lavorare secondo le sue possibilità e la sua scelta (cfr. § 7) l'art. 4, comma 2, Cost. stabilisce che, generalmente, non possa essergli imposto alcun obbligo.

Il diritto alla scelta impedisce di configurare l'imposizione dell'obbligo a svolgere una attività determinata; e l'ipotesi che non si presentino concrete occasioni di lavoro, contemplata dall'art. 38 Cost., impedisce di stabilire un obbligo a svolgere qualsivoglia attività (§ 7).

Questo rapporto tra doverosità e libertà disegnato dalla norma costituzionale può però essere alterato in casi eccezionali ed essere declinato in forme diverse in relazione a situazioni speciali.

Si può certamente immaginare che un obbligo di lavorare, spinto fino all'imposizione di una determinata mansione, possa essere imposto dalla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere²⁹.

Come abbiamo detto il legislatore, nel rispetto dell'art. 23 Cost., può però stabilire un obbligo di lavoro anche in relazione a situazioni che si

²⁸ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi*, cit., p. 20.

²⁹ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna 2004, p. 231 ss.

presentano, non già eccezionali, ma speciali, nel quadro dei normali rapporti tra autorità e libertà.

Era questo il caso del lavoro dei detenuti.

«Con l'espressione "lavoro dei detenuti", "lavoro carcerario" e "lavoro penitenziario" si intende, tradizionalmente, l'attività – consistente nello svolgimento di compiti strumentali al funzionamento delle carceri o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori – imposta con finalità rieducativa ai soggetti in stato di detenzione in istituti penitenziari per adulti, cioè i condannati e gli internati»³⁰.

Conformemente ai principi sanciti dall'art. 27 Cost.³¹, la l. 26 luglio 1975, n. 354, (c.d. ordinamento penitenziario) orienta il trattamento del condannato e dell'internato al suo reinserimento sociale. Così all'art. 15 dispone che «1) Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. 2) Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

E all'art. 20 disciplinava puntualmente il lavoro carcerario stabilendo che esso fosse obbligatorio (comma 3), non avesse carattere afflittivo e dovesse essere remunerato (comma 2), che dovesse essere organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera (comma 5).

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che i principi costituzionali sul lavoro devono trovare applicazione anche in relazione a quello svolto in regime carcerario, pur nella specificità che lo caratterizza.

Con la sent. 22 maggio 2001, n. 158, la Corte costituzionale ha affermato che la stessa obbligatorietà, che rappresentava evidentemente il carattere oggettivo di maggiore differenziazione rispetto al lavoro nella società libera, «si pone come uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo. La legge prevede, perciò, che al condannato sia assicurato un lavoro, nella forma consentita più idonea, ivi

³⁰ F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, in *WP CSDLE "Massimo D'antona".IT*, 2014, n. 234, p. 2.

³¹ Per una ricca ricostruzione del dibattito sulla evoluzione del modo di concepire il lavoro carcerario cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 4, nota 13. Sulla compatibilità della disciplina del lavoro carcerario con le norme di diritto internazionale cfr. le considerazioni critiche di G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo*, 2015, n. 2.

comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali ed artistiche (art. 49 d.P.R. 431 del 1976) o quella del tirocinio retribuito (art. 20, commi 14 e 15)».

L'obbligatorietà del lavoro carcerario incontrava per altro limiti significativi.

L'art. 15, comma 2, dell'ordinamento penitenziario subordina l'assicurazione di un lavoro ai detenuti alle concrete possibilità dell'amministrazione penitenziaria; non sono poi previste sanzioni per il detenuto che rifiuti di adempiere all'obbligo di lavoro.

Per questo, a oggi, i detenuti lavoratori non superano il 25% della popolazione carceraria³².

Alla luce di queste criticità deve essere letta la nuova disciplina del lavoro carcerario introdotta con il d.l. 2 ottobre 2018, n. 124, in attuazione della l. 23 giugno 2017, n. 103. L'art. 2 del decreto riscrive l'art. 20 dell'ordinamento penitenziario confermando che il lavoro carcerario non ha carattere afflittivo, deve essere remunerato e organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera.

Viene però eliminata l'obbligatorietà muovendo dalla considerazione che l'efficacia del trattamento volto al reinserimento sociale sia fortemente condizionata dalla adesione spontanea del condannato.

Altra ipotesi di lavoro obbligatorio è quella che concerne le prestazioni di pubblica utilità, ovvero prestazioni di attività non retribuite in sostituzione di pene detentive.

L'istituto trova la sua disciplina nell'art. 54, comma 2, d.l. 28 agosto 2000, n. 274, che dispone «Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato».

Inizialmente limitato alle fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità è stato esteso a diverse ipotesi³³.

³² Cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 9.

³³ Nei casi di violazione del Codice della strada, previsti all'art. 186, comma 9 bis, e art. 187, comma 8 bis, d.lg. 30 aprile 1992, n. 285; nei casi di violazione della legge sugli stupefacenti, ai sensi dell'art. 73, comma 5 bis, d.P.R. 31 ottobre 1990, n. 309; come obbligo dell'imputato in stato di sospensione del processo e messa alla prova, ai sensi dell'art. 168 bis c.p., introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67; congiuntamente alla pena dell'arresto o della reclusione domiciliare, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. i) della l. n. 67 del 2014, ancora in attesa

Il lavoro di pubblica utilità, nella sua originaria concezione, rappresentava esclusivamente una forma di esecuzione della pena: per questo motivo esso non è remunerato e la sua applicazione è subordinata alla volontà dell'imputato. E per la stessa ragione esso deve essere svolto con «modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato» (art. 54, comma 3, d.l. n. 274 del 2000).

A questa impostazione è però stata affiancata la concezione del lavoro di pubblica utilità come forma di trattamento carcerario.

Il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, all'art. 2, comma 1, lett. a), ha infatti introdotto il comma 4 ter all'art. 21 dell'ordinamento penitenziario in forza del quale i detenuti e gli internati di norma possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività. Norma ripresa dal d. lg. n. 124 del 2018.

L'efficacia di queste misure pare essere molto al di sotto delle aspettative³⁴.

6. Nella relazione al progetto di Costituzione Ruini sottolineava che «l'affermazione del diritto al lavoro, e cioè ad una occupazione piena per tutti, ha dato luogo a dubbi da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto non si tratta di un diritto già assicurato e provvisto di azione giudiziaria; ma la commissione ha ritenuto, e anche giuristi rigorosi hanno ammesso, che, trattandosi di un "diritto potenziale", la Costituzione può indicarlo, come avviene in altri casi, perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che la Repubblica nella Costituzione stessa si assume»³⁵.

della regolamentazione prevista dai decreti legislativi in corso di emanazione; come obbligo del condannato ammesso alla sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 c.p. e art. 18 bis delle «Disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale: modalità di attuazione del programma di trattamento del detenuto ammesso al lavoro all'esterno» ai sensi dell'art. 21, comma 4 ter, dell'ord. penit. introdotto dal d.l. n. 78 del 2013.

³⁴ Nel dossier del Servizio studi del Senato del giugno 2018, relativo allo schema del d.lg. n. 124 del 2018, reperibile al seguente link http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/gi0012.pdf?_1540874164316 (ultimo accesso il 30 ottobre 2018) si legge «il lavoro di pubblica utilità, come modalità di trattamento penitenziario sembra aver trovato fino ad oggi scarsa attuazione pratica. Come mostrano le statistiche, infatti, dal 2013 ad oggi i lavori pubblica utilità sono svolti a titolo di sanzione accessoria per i reati stradali».

³⁵ Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. M. SALVATI, *Art. 4*, Roma 2017, p. 59 ss., e, ancora assai utile, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma 1949, p. 26 ss.

Pertanto, che il diritto al lavoro, sancito dal primo comma dell'art. 4 Cost., non rappresenti il fondamento per positive pretese individuali ad ottenere un posto di lavoro è chiaro fin da subito³⁶. Contrastano con una lettura di questo tipo ragioni di carattere materiale ma, evidentemente, anche ragioni di carattere politico-costituzionale che discendono dal modello economico scelto dai costituenti.

Non possono quindi essere condivise quelle ricostruzioni che, recentemente, hanno tentato di affermare una «necessità costituzionale» del reddito di cittadinanza facendola discendere da un presunto inadempimento della Repubblica³⁷.

Non è compito della Repubblica creare lavoro, ma promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale capace di rendere effettivo il diritto al lavoro per tutti³⁸.

L'orizzonte nel quale deve collocarsi la sua azione è dunque la piena occupazione. Si faccia però molta attenzione: essa, teoricamente inaccettabile e concretamente irrealizzabile in una economia di mercato, rappresenta, appunto, un orizzonte.

³⁶ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, IV, Roma 1953, p. 81; G. F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, cit., p. 203 ss.

³⁷ Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino 2013, in particolare p. 251 ss.; ID., *Reddito di cittadinanza come «risarcimento per mancato procurato lavoro». Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 1; ID., *Ius existentie et reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e Reddito di cittadinanza a confronto*, in *Cittadinanza europea*, 2018, n. 1, p. 40 ss.

³⁸ È questa la lettura che la giurisprudenza costituzionale fornisce fin da subito. Si veda la sent. 30 dicembre 1958, n. 78, della Corte costituzionale in tema di imponibile di mano d'opera nelle aziende agricole. Sul punto cfr. però L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano 1984, p. 75 ss. che sottolinea come «Le “condizioni” che rendono effettivo il diritto al lavoro sono infatti anzitutto di ordine economico, ma possono essere anche di ordine giuridico e di conseguenza tra esse vanno ricomprese le previsioni contenute non solo nelle norme che garantiscono o facilitano l'accesso al lavoro di particolari categorie protette, come quelle della l. 482/1968, ma anche nelle norme che vietano ogni discriminazione nell'accesso al lavoro, come l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, o nelle norme che sono volte a promuovere un'equa ripartizione delle occasioni di lavoro, come quelle contenute nella l. 264/1949». In effetti la promozione delle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non può non esplicarsi che sul piano giuridico normativo. Particolarmente interessante è, da questo punto di vista, la sent. 7 febbraio 2000, n. 49, della Corte costituzionale con la quale essa ha dichiarato inammissibile un referendum abrogativo della l. 18 dicembre 1973, n. 877, recante la disciplina del lavoro a domicilio.

Le politiche per il lavoro dovranno quindi essere orientate alla piena occupazione ma potranno dirsi efficaci quando riusciranno a mantenere la disoccupazione entro i limiti fisiologici che impediscono di considerare i disoccupati come definitivamente estromessi dal mercato del lavoro.

Nella interpretazione del primo comma dell'art. 4 Cost. sono così emersi, fin dalle prime letture, due temi: quali dovessero essere le politiche di favore alla piena occupazione, e in quale misura potessero limitare l'iniziativa privata³⁹; se accanto ad una pretesa alla creazione di condizioni favorevoli alla instaurazione di rapporti di lavoro fosse possibile ricavare dalla disposizione costituzionale il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro⁴⁰.

Occorre peraltro chiarire che il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fu il modello ritenuto più idoneo per realizzare le finalità sancite dalla Costituzione; possiamo anzi dire che quel modello fu presupposto dallo stesso costituente, così che i due temi di cui abbiamo detto sono stati declinati nel dibattito pubblico in modo specifico: come incrementare l'accesso dei disoccupati ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; come tutelare i lavoratori occupati nell'ambito di quel rapporto.

La prima questione è stata oggetto di particolare attenzione nei primi anni della storia repubblicana.

Nel corso della prima legislatura la disoccupazione rappresentava un problema drammatico. In tal senso deve essere letta l'istituzione della Commissione Parlamentare di Inchiesta sulla Disoccupazione presso la Camera dei Deputati dal 21 giugno 1952 al 24 giugno 1953. La dottrina costituzionalistica notava come l'attuazione del diritto al lavoro, di cui al primo comma dell'art. 4 Cost. e il corrispondente obbligo dello Stato a renderlo effettivo, non avessero senso se non in presenza di una pianificazione economica. Si sottolineava come l'art. 4 Cost. ponesse il lavoro tra le finalità preminenti dello Stato, e che pertanto la piena occupazione dovesse essere inclusa tra i «fini sociali» rispetto ai quali l'attività economica pubblica e privata avrebbe dovuto essere indirizzata e coordinata per mezzo dei programmi stabiliti dal legislatore, secondo quanto dispone l'art. 41, comma 3, Cost.⁴¹.

³⁹ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

⁴⁰ Cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema*, cit., p. 63 ss. Sul tema cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967, p. 27 ss.

⁴¹ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 75.

La prospettiva è però mutata rapidamente con il boom economico. La capacità di assorbire manodopera da parte del sistema industriale, l'ottimismo generato dalla possibilità di creare posti di lavoro con una razionale politica del reddito, illustrata nel piano presentato al Parlamento da Ezio Vanoni nel 1955, hanno fortemente sdrammatizzato il tema della disoccupazione nel dibattito pubblico; anche presso la dottrina costituzionalistica e giuslavoristica.

Ciò ha spostato l'interesse prevalentemente sull'altra questione, ovvero sul diritto alla tutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro, e quindi sul necessario⁴² superamento della disciplina codicistica del licenziamento individuale che consentiva il libero recesso unilaterale da parte del datore di lavoro; anzi, come avremo modo di vedere, il tema della conservazione del rapporto di lavoro finirà per assorbire quello delle politiche per la piena occupazione.

Il primo tentativo di superare la disciplina codicistica si deve, come è noto, all'iniziativa dei sindacati che stipularono, il 7 agosto 1947, l'accordo confederale sulla disciplina dei licenziamenti nell'industria, seguito dagli accordi confederali del 21 aprile 1950 sui licenziamenti per riduzione del personale e del 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali, recepiti dai d.l. 1011 e 1019 del 1960, ai sensi della l. 14 luglio 1959, n. 741, cosiddetta «Legge Vigorelli», e infine modificati con gli accordi del 5 maggio e del 29 aprile 1965.

Ma certamente in questo percorso riveste una importanza decisiva la sent. 9 giugno 1965, n. 45, della Corte costituzionale che ha chiarito (punti 3 e 4 del Considerato in diritto) come «dal complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 Cost. [...] si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di

⁴² Per il vero, il superamento della disciplina codicistica del licenziamento *ad nutum* non è stato considerato unanimemente necessario dalla nascente dottrina giuslavoristica. Così R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Torino 1950, p. 145 ss., riteneva utile che tale superamento fosse assistito da importanti cautele per non «irrigidire eccessivamente la struttura economica delle imprese, togliendo la possibilità di mantener fermo il rapporto fra produzione e consumo». Si tratta di posizioni fortemente influenzate dal pensiero di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901. Sul tema cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano 1985, in particolare p. 179 ss.

porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 Cost. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro».

Il legislatore ha seguito il monito della Corte costituzionale con la l. 15 luglio 1966, n. 604, accogliendo il principio della necessaria giustificazione del licenziamento e riconoscendo il diritto del lavoratore di adire il giudice avverso un licenziamento arbitrario. Ma anche la soluzione adottata con l'art. 8 l. n. 604 del 1966, l'alternativa tra la riassunzione o il risarcimento, non è stata ritenuta sufficiente e ha portato la dottrina giuslavoristica a sostenere che «la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto restava pur sempre assai scarsa»⁴³. Solo con l'art. 18 l. n. 300 del 1970, lo «Statuto dei lavoratori», con l'introduzione della tutela reale, si ritenne che tale interesse avesse trovato un effettivo riconoscimento.

Si faccia però molta attenzione: la Corte con la sent. 9 giugno 1965, n. 45, aveva definito l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti come uno strumento per «assicurare a tutti la continuità del lavoro».

La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica della piena occupazione. E in

⁴³ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, II, Padova 1971, p. 697.

effetti, a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, giungendo al culmine con l'approvazione dello Statuto, le politiche di piena occupazione si sono risolte nella tutela dei lavoratori occupati.

Ma «Come mai nell'alternativa tra una regolamentazione del mercato del lavoro basata sulla tutela dei lavoratori occupati (ostacolandone il licenziamento) e una basata sul sostegno dei lavoratori disoccupati (con sussidi di disoccupazione e agenzie per il *matching*) in Italia, nel 1970, si è scelto di tutelare gli occupati?»⁴⁴.

Le risposte non possono che essere molteplici; pare tuttavia di poter affermare che quella più convincente debba essere trovata nella particolare congiuntura economica e sociale.

Abbiamo già detto che il ventennio che precede l'approvazione dello Statuto è una stagione di grande crescita economica nella quale, sia pure con drammatiche differenze tra nord e sud del Paese, la domanda di lavoro è pari, e spesso superiore, all'offerta, così che il problema dell'accesso al rapporto di lavoro sostanzialmente non si pone.

È però anche un ventennio che evolve verso forti tensioni sociali, in un clima di conflittualità permanente, così che sul versante delle imprese la stabilizzazione del rapporto di lavoro viene accolta come un utile strumento di pace sociale.

Il modello di tutela apprestato dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è un prodotto della storia, e nella storia deve essere correttamente collocato.

Con il superamento del contesto economico e sociale in cui era maturato, già a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, esso mostrò i suoi limiti strutturali che consistevano: «a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico); c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l. 11 maggio 1990, n. 108), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria»⁴⁵.

L'art. 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e

⁴⁴ Cfr. G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in www.pietroichino.it, 29 aprile 2015, p. 9 ss.

⁴⁵ S. B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.DLE "Massimo D'Antona".it, 2015, n. 265, p. 7 ss.; nello stesso senso v. P. ALBI, *La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e «interpretazione costituzionalmente orientata»*, in *Law. dir.*, 2014, p. 526 ss.

all'uso del licenziamento come strumento di pressione nelle relazioni sindacali. Ma con la piena legittimazione della presenza dei sindacati in azienda, e più in generale con le trasformazioni delle relazioni sindacali, anche il valore simbolico della norma si è progressivamente dissolto, giustificando sempre meno i costi che imponeva alle imprese in termini di rigidità nella gestione delle risorse umane.

Così il modello costruito essenzialmente sulla tutela reale del lavoratore ha iniziato ad essere messo in discussione.

Emblematica è la vicenda del referendum abrogativo del 15 e 16 giugno 2003.

Il quesito referendario concerneva le norme relative all'ambito (volendolo ampliare) e ai limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. Esso ha rappresentato, con la partecipazione del solo 25,7% dell'elettorato, un clamoroso insuccesso⁴⁶.

L'esito di quella vicenda referendaria ha mostrato con chiarezza che le politiche orientate a rendere effettivo il diritto al lavoro dovevano cambiare segno: che il problema non era rappresentato dalla necessità di estendere le tutele dei lavoratori occupati ma di ridurre il numero dei disoccupati.

Problema posto drammaticamente dalla inadeguatezza del sistema produttivo italiano a reggere la competizione su un mercato di cui il nuovo secolo aveva concluso la globalizzazione.

Il sistema produttivo italiano è costituito nella sua quasi totalità da microimprese e da piccole e medie imprese⁴⁷ che faticano a raggiungere la soglia della competitività⁴⁸. E certamente la rigidità del «modello articolo 18», inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento di quella soglia. L'effetto complessivo della rigidità del sistema era quello di rendere difficili le nuove assunzioni e di mettere a rischio – in ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti.

In questa prospettiva si devono leggere gli interventi legislativi della «riforma Fornero» (l. 28 giugno 2012, n. 92) e del «Jobs Act» (d.l. 4 marzo

⁴⁶ A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2003, n. 3, p. 597 ss.

⁴⁷ V. il report ISTAT *Struttura e competitività del sistema delle imprese industriali e dei servizi*, anno 2013.

⁴⁸ V. ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2017, reperibile al link www.istat.it/storage/settori-produttivi/2017/Rapporto-competitivita-2017.pdf.

2015, n. 22, d.l. 4 marzo 2015, n. 23, d.l. 14 settembre 2015, n. 150, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183)⁴⁹ quali misure⁵⁰ adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro in relazione alle mutate esigenze di competitività del sistema produttivo⁵¹ tutelando la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro. Rispetto a queste ultime si manifestano però i limiti di quello che potrebbe essere definito come il peccato originale delle politiche del lavoro in Italia.

⁴⁹ Sul tema v. P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, in *Federalismi*, 8 aprile 2015.

⁵⁰ La Corte costituzionale, con la sent. 8 novembre 2018, n. 194, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lg. n. 23 del 2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». La Corte ha ritenuto che il meccanismo di protezione a tutele crescenti sia illegittimo in ragione della disparità di trattamento realizzata dall'automatismo su cui si fondava. Tale automatismo rappresentava l'elemento qualificante della riforma (non a caso ad esso si è ispirato anche il legislatore francese con l'ord. 1387 del 2017, ratificata dalla l. 217 del 2018). Pare di poter affermare che la Corte abbia trascurato il profilo della effettività del meccanismo risarcitorio, sul piano della certezza, che il criterio delle tutele crescenti assicurava e che aveva visto precipitare il numero dei processi, con indubbio vantaggio per le imprese, ma anche per i lavoratori. Gli unici lavoratori che trarranno un beneficio dalla sent. 8 novembre 2018, n. 194, sono gli avvocati lavoristi. In argomento sulla ordinanza di remissione del Tribunale di Roma cfr. V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, p. 333 ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piove: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *ADL*, 2017, I, p. 1039 ss.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la remissione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, p. 902 ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di Un'ordinanza ... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2174 ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. relazioni industriali*, 2017, p. 1195 ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, n. 2, p. 228 ss. Sulla sentenza sia consentito rinviare a M. CAVINO, *La illegittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti: una conclusione coerente a premesse sbagliate*, in *Studium iuris*, 2019, n. 7.

⁵¹ Sulla efficacia del Jobs Act sul piano dell'incremento della occupazione e della competitività delle imprese il dibattito è aperto. Trattandosi di una riforma strutturale pare ragionevole rinviare al medio periodo il giudizio sulla sua efficacia (v. I. FELLINI, *Jobs Act e contratto a tutele crescenti: alcuni effetti attesi sul mercato del lavoro*, in *Pol. Soc.*, 2015, p. 331 ss). Non mancano però elementi che permettono di formulare un giudizio positivo sulla riforma (G. CROCE, *Il Jobs Act due anni dopo: obiettivi, fatti, prospettive*, in *Econ. lav.*, 2017, n. 2, p. 23 ss.). Risulta di particolare interesse lo studio di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Graded Security and Labor Market Mobility. Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, pubblicato il 19 febbraio 2018 sul sito dell'INPS e reperibile al link seguente: https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/InpsComunica/WorkInps_Papers/10_WorkINPS_Papers_19febbraio_2018.pdf e sintetizzato dagli stessi autori nel breve articolo *Effetto Jobs Act: cosa dicono i dati*, ne *lavoce.info*, del 27 marzo 2018.

La disattenzione per le politiche attive, determinata, come abbiamo detto, dall'enfasi per la tutela dei lavoratori occupati, ha avuto conseguenze di lungo periodo che si traducono nella inadeguatezza delle strutture che dovrebbero assicurare l'incontro tra la domanda e l'offerta, rispetto alla quale anche gli ultimi interventi normativi paiono insufficienti⁵².

Ciò ha condotto il dibattito più recente sulle politiche del lavoro verso esiti paradossali. Anziché insistere sulla necessità di procedere ad un generale ripensamento delle strutture di gestione dell'entrata⁵³, si è tornati ad invocare la rigidità normativa dell'uscita: l'atteggiamento di chi, per non perdere tempo, decide di fermare le lancette dell'orologio.

7. L'art. 4, comma 2, Cost. stabilisce che ogni cittadino ha il dovere di svolgere una attività che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e la propria scelta.

La scelta del cittadino non è libera; il dovere di lavorare la condiziona, conformando il diritto al lavoro, sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Rispetto al primo il cittadino deve comprendere quali sono le sue attitudini e in base ad esse valutare la direzione del suo contributo al progresso della società; se agire nell'ambito materiale o spirituale trovando un proprio spazio di azione nell'uno o nell'altro⁵⁴.

Sotto il profilo oggettivo egli dovrà considerare quali sono le concrete occasioni che il mercato del lavoro gli offre e riguardo ad esse operare la sua scelta.

Le possibilità del lavoratore dipendono dal combinarsi di questi profili soggettivi e oggettivi che delimitano l'ambito della sua scelta.

Il cittadino è quindi chiamato a scegliere rispetto a ciò che concretamente può fare: se il mercato del lavoro non gli consentirà di occuparsi nell'attività che egli vorrebbe svolgere non potrà comunque rimanere inoperoso.

⁵² Cfr. M. AIMO, *Contratto di lavoro «dominante» e flessibilità in entrata: qualche riflessione a margine della legge n. 92/2012*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, *Lavoro e Costituzione*, cit., p. 219 ss.; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro» transizionali*, in RDSS, 2012, in particolare p. 561 ss.; ID., *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 249.

⁵³ In tal senso è significativa la disciplina introdotta con il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, cosiddetto «decreto dignità» che intervenendo sui contratti a termine e sulla somministrazione ha determinato una significativa perdita di posti di lavoro. In argomento cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, n. 377, in particolare p. 11 ss.

⁵⁴ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., p. 149 ss.

Egli potrà pertanto essere considerato disoccupato involontario, e beneficiare della tutela accordata dall'art. 38, comma 2, Cost., solo quando, malgrado la sua disponibilità, non gli sia concretamente possibile svolgere alcun tipo di lavoro.

In tale prospettiva deve essere letta la definizione dello stato di disoccupazione accolta dal legislatore, anche sulla base delle sollecitazioni ricevute sul piano internazionale⁵⁵ e sovranazionale.

L'art. 1 d.l. 21 aprile 2000, n. 181, definiva «c) “disoccupati di lunga durata”, coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di nuova occupazione da più di dodici mesi; » « d) “inoccupati di lunga durata”, coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi;» «f) “stato di disoccupazione”, la condizione del disoccupato o dell'inoccupato che sia immediatamente disponibile allo svolgimento di un'attività lavorativa»⁵⁶.

È la disponibilità allo svolgimento di una attività lavorativa che permette di qualificare il cittadino come disoccupato.

Essa ha il suo fondamento nel dovere di lavorare.

Ed è sempre nel dovere di lavorare che si giustifica il regime della condizionalità e della decadenza dei benefici di sostegno al reddito, predisposti dal legislatore in applicazione del secondo comma dell'art. 38 Cost., così come delle misure di politica attiva adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro⁵⁷.

⁵⁵ Cfr., sui contributi forniti dall'ILO, E. VIVIANO, *Un'analisi critica delle definizioni di disoccupazione e partecipazione in Italia*, in *Pol. econ.*, 2003, p. 161 ss. Sugli inputs dell'Unione Europea cfr. A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione*, cit., p. 557 ss.

⁵⁶ L'art. 19 d.lg. n. 150 del 2015, nel fare salvi (comma 2) i riferimenti normativi allo stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. c), del d.lg. n. 181 del 2000, fornisce una ulteriore definizione (comma 1, come modificato dal d.lg. 24 settembre 2016, n. 185) per la quale «Sono considerati disoccupati i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego».

⁵⁷ Si veda l'art. 4 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, recante «Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni» che subordina il godimento delle misure di sostegno al reddito alla sottoscrizione di un «patto per il lavoro» e di un «patto per l'inclusione sociale»; nello stesso senso l'art. 7 d.lg. n. 22 del 2015, in relazione alla nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (NASpI) che ne condiziona l'erogazione alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professio-

8. Abbiamo già avuto modo di ragionare intorno al rapporto tra dovere di lavorare, diritto al lavoro e cittadinanza quando abbiamo definito il concetto di lavoro politico (§§ 1 e 2).

Alla luce di quelle considerazioni possiamo affermare che, se per lavoro politico intendiamo la fusione tra l'orizzonte etico del lavoratore e l'orizzonte di valore espresso dal progetto costituzionale, la limitazione ai soli cittadini del diritto al lavoro e del dovere di lavorare compiuta all'art. 4 Cost. deve essere intesa in senso stretto.

La posizione del lavoratore straniero trova il suo fondamento costituzionale altrove: per il lavoratore extracomunitario all'art. 10, comma 2, come elemento della sua condizione giuridica rimessa alla disciplina del legislatore, in conformità delle norme e dei Trattati internazionali; per il lavoratore comunitario all'art. 117, comma 1, che impone all'attività legislativa dello Stato e delle regioni il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne la posizione del lavoratore extracomunitario la giurisprudenza della Corte costituzionale ha distinto i due momenti, precedente e successivo all'ingresso dello straniero, affermando (sent. 24 febbraio 1994, n. 62, p.to 4 cons. dir.), rispetto al primo, che «da diversa posizione dello straniero, caratterizzata dall'assoggettamento, in via di principio, a discipline legislative e amministrative, che possono comportare, in casi predeterminati, anche l'espulsione dallo Stato, ha una ragione nel rilievo, [...] secondo il quale la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. 26 giugno

nale; e l'art. 4, commi 41 e 42, l. 28 giugno 2012, n. 92, (riprendendo la disciplina già contenuta nel d.l. 5 ottobre 2004, n. 249) in relazione a indennità di mobilità o di indennità o di sussidi, la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o di inoccupazione. In argomento cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2012, p. 479 ss.; F. LISO, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, *ivi*, 2013, p. 1 ss.; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs act*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 287 ss.; F. SCUTO, *«Reddito minimo», contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra «Pilastro» europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 2018, n. 4, p. 167 ss.; F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, *ivi*, 2019, n. 5, spec. p. 21 ss.

1969, n. 104, e 16 luglio 1970, n. 144)». Rispetto al secondo ha però riconosciuto (sent. 26 maggio 2006, n. 206, p.to. 6 cons. dir.) che «qualora “i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso rilasciato a tale scopo [...] e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani [...] essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani” (sent. 454/1998, relativa al caso di un extracomunitario aspirante al collocamento obbligatorio)».

La condizione del lavoratore comunitario è disciplinata dall'art. 45 TFUE che sancisce il principio di libera circolazione (par. 1), implica l'abolizione di ogni forma di discriminazione (par. 2) e importa il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente, a tal fine, nel territorio degli Stati membri, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego (par. 3).

Il par. 4 dello stesso articolo stabilisce però che le norme relative all'applicazione del principio di libera circolazione non si applicano agli impieghi nella pubblica amministrazione.

Rispetto a tale ultima disposizione si pone la questione relativa alla interpretazione dell'art. 51 Cost.: se esso stabilisca o meno una eccezione di nazionalità rispetto all'assunzione di incarichi nella pubblica amministrazione.

Il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, «Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche», ha operato una distinzione stabilendo (art. 1) che il possesso della cittadinanza italiana sia imprescindibile solo in relazione a: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa e del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato. Esso ha inoltre stabilito (art. 2) che le funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono le seguenti: a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione,

l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; b) funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Le norme del d.P.C.M. n. 174 del 1994 sono state oggetto di recenti pronunce da parte del giudice amministrativo in relazione alla vicenda del conferimento a cittadini stranieri dell'incarico di direttore di importanti musei italiani.

Con la sent. 24 luglio 2017, n. 3666, la Sesta sezione del Consiglio di Stato, riprendendo l'orientamento già manifestato in sede consultiva (Cons. St., parere 20 giugno 1990, n. 234), ha stabilito che l'art. 51 Cost. non deve essere interpretato nel senso dell'esclusione dei cittadini stranieri dal conferimento di incarichi pubblici, ma piuttosto nel senso di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di accedervi senza discriminazioni. Per quanto poi concerne l'eccezione di nazionalità, di cui all'art. 45, par. 4, TFUE, il giudice amministrativo ha affermato che il concetto di pubblica amministrazione al quale esso si riferisce non deve essere inteso in senso «strutturale e statico», ma piuttosto «funzionale e dinamico», considerando la natura e le caratteristiche delle attività effettivamente svolte.

E con sent. 25 giugno 2018, n. 9, l'Adunanza Plenaria, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, ha affermato che nella valutazione delle funzioni attribuite con l'incarico dirigenziale deve essere considerata la prevalenza tra quelle, autoritative o gestionali: qualora le seconde prevalgano sulle prime l'esclusione dall'incarico dirigenziale non può essere giustificata.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI*

I diritti sociali nel costituzionalismo della crisi: una prospettiva comparata

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive – 2. Gran Bretagna – 3. Stati Uniti – 4. Germania – 5. Francia – 6. Spagna – 7. Portogallo – 8. Alcune conclusioni

1. L'equilibrio tra diritti sociali e risorse finanziarie, tra la definizione della consistenza e della protezione della cittadinanza sociale, da un lato, e limiti della finanza pubblica, dall'altro, è una questione fondamentale nella vita e nel funzionamento dello Stato sociale di diritto. In quanto tale si è manifestata in differenti epoche e in maniera problematica in tutti gli ordinamenti che si ispirano a questo modello e che ne hanno adottato principi. Le forme utilizzate sono dipese dalla struttura costituzionale dei sistemi giuridici, dall'interpretazione del principio della separazione dei poteri, dalla organizzazione delle loro fonti, dal ruolo tradizionale del potere giudiziario e da molti altri fattori che possono manifestarsi con differente forza in vari tempi e luoghi. Solo con molta difficoltà è possibile sintetizzarne la varietà di soluzioni. Pertanto, in questa sede, si può solo proporre una rassegna di alcuni tra i principali ordinamenti occidentali e della loro posizione nei confronti di questo nodo della crisi economico-finanziaria che si è manifestata negli ultimi dieci anni nella totalità degli ordinamenti. I principali studi dedicati a questo tema¹ sono stati effettuati in anni in cui la crisi non era ancora emersa in tutta la sua gravità. Questa breve rassegna si propone di svolgere un'indagine sul trattamento dei diritti sociali in contingenze di straordinaria austerità.

* Relazione presentata presso l'Università degli Studi di Milano, nell'ambito del convegno *La Costituzione spagnola, 40 anni dopo* (Milano, 13-14 dicembre 2018).

¹ Come quello di M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge 2008; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008. Più di recente si occupano della crisi del costituzionalismo e della crisi in generale X. CONTIADES, *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham 2013 e T. BEUKERS, B. DE WITTE, C. KILPATRICK, *Constitutional Change through Euro-crisis Law*, Cambridge 2017.

2. L'ordinamento inglese offre l'esempio più tipico della resistenza a lasciare ai giudici la ricerca del punto di equilibrio tra distribuzione di risorse limitate, rivendicazione di diritti di prestazione e obblighi positivi. La classica dottrina britannica sulla sovranità del Parlamento costituisce ostacolo ad un intervento dei giudici troppo attivista o penetrante e, molto spesso, impone di lasciare alle assemblee legislative qualunque operazione di redistribuzione delle risorse, limitandosi ad un *self-restraint*, comportamento giustificato dallo sviluppo della «*non-justiciability-doctrine*», con la possibile eccezione di casi di manifesta irragionevolezza.

In primo luogo, l'assenza di una costituzione formale impedisce al potere giudiziario di scrutinare la razionalità dei criteri di scelta legislativa nella distribuzione delle risorse tra i differenti canali di spesa necessari al *welfare state*. La sovranità parlamentare non permette una invasione da parte dei giudici in ambiti riservati alle decisioni politiche.

Di conseguenza, la politica economica nazionale non può essere scrutinata dal punto di vista dei conti dell'amministrazione², a meno che non possa essere evidente una macroscopica irragionevolezza³. La proibizione include decisioni amministrative tanto di autorità locali quanto sanitarie o assistenziali⁴. Un'eccezione può essere ammessa quando il tema delle risorse finanziarie non sia rilevante⁵ in virtù di un riconoscimento, contenuto nella motivazione dell'atto, da parte dell'autorità interessata. Può anche ammettersi il controllo giurisdizionale di una attività amministrativa la cui natura

² Si v., per esempio, *Nottinghamshire CC v Secretary of State for the Environment and another appeal*, [1986] e *R v Secretary of State for Environment, ex p Hammersmith and Fulham LBC*, [1991] AC 521.

³ Si parla, in questo caso di «*Wednesbury review*» o di «*rationality review*», dal precedente *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp.*, [1948] K.B. 223, da parte di Lord Greene M.R. Tutti i manuali di diritto amministrativo e pubblico trattano in modo diffuso di questo principio: si veda, ad esempio, H. W. R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, IX ed., Oxford 2004, p. 233 ss.; C. LEWIS, *Judicial Remedies in Public Law*, III ed., London 2004, cap. 1; T. A. O. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford 2009, cap. 7.; P. CANE, L. McDONALD, *Administrative Law. Legal Regulation of Governance*, Oxford 2009, p. 179 ss.

⁴ Come la decisione di rifiutare terapie anticancro ad una bambina di nove anni adducendo la motivazione che le risorse limitate devono essere utilizzate per il beneficio del massimo numero di pazienti «giudizio che non compete ai giudici»: *R v Cambridge Health Authority, ex p B*, [1995] All ER 129 (CA).

⁵ Come in *R (on the Application of Anne Marie Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, [2006] EWCA Civ 392. In questo caso il *Primary Care Trust* voleva negare l'uso di un farmaco anticancro di tipo sperimentale ancora non autorizzato dalla *European Medicine Agency*.

paia più burocratica che politica («*distinction between policy and operational decisions*»)⁶. In altre parole, la discrezionalità amministrativa, a meno che possa dedursi in modo chiaro dalla lettera della legge, si configura come limite al controllo giurisdizionale⁷. I criteri generali di interpretazione della legge condizionano la misura della discrezionalità amministrativa e, di conseguenza, l'ampiezza della revisione giudiziale dell'azione amministrativa⁸.

Molto differente è la disciplina dei danni che il potere giudiziario può riconoscere al titolare dei diritti sociali. In questo ambito, tuttavia, i tribunali⁹ e la dottrina invitano a un controllo attento e moderato, fondandosi su considerazioni abbastanza simili a quelle tradizionali¹⁰.

Un altro ambito più aperto all'intervento del potere giudiziario nell'attività amministrativa per garantire il godimento dei diritti sociali è quello della protezione di alcune aspettative legittime, vale a dire fondate su precedenti atti amministrativi. È il caso di una persona anziana accolta in una casa di riposo, considerata come titolare di una aspettativa di vita che non le si può non riconoscere¹¹. In altri casi analoghi, tuttavia, la presenza di una aspettativa legittima può non bastare per garantire una prestazione di natura sociale, quando ad esempio l'impatto rispetto a terzi non rappresentati nel giudizio possa essere eccessivo¹².

Inoltre, ogni volta che la lettera della legge che disciplina un servizio sociale sia formulata in termini ampi, vaghi o imprecisi, bisogna intendere che il mandato legislativo all'amministrazione sia discrezionale e non ci sia spazio per dedurre diritti individuali¹³. Questa dottrina prende il nome di «*target or general duties doctrines*»¹⁴.

⁶ Come in *Anns v Merton LBC*, [1978] AC 728.

⁷ Si veda, ad esempio, in dottrina, F. A. R. BENNION, *Judgment and Discretion Revisited: Pedantry or Substance?*, in P. L., 2005, p. 707.

⁸ M. HERTOUGH, S. HALLIDAY, *Judicial Review and Bureaucratic Impact*, Cambridge 2002.

⁹ V., per esempio, *Anufrijeva and Another v Southwark London Borough Council* e casi collegati, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] QB 1124.

¹⁰ Come C. HARLOW, *State Liability: Tort Law and Beyond*, Oxford 2004, p. 56 ss. e LORD WOOLFE, *The Human Rights Act 1998*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Judicial Review in International Perspective*, II, Deventer 2000, p. 433 ss.

¹¹ Come in *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, [2001] Q.B. 213.

¹² V. *R v London Borough of Newham, ex p Bibi and Al-Nashed*, [2002] 1 WLR 237.

¹³ *R v Inner London Education Authority, ex parte Ali*, (1990) 2 Admin LLR 822 e *R (A) v Lambeth LBC* [2001] EWCA Civ 1624.

¹⁴ Questa teoria è ben descritta in J. A. KING, *The Justiciability of Resource Allocation*, in 70 *Mod. L. Rev.*, 2007, p. 214 ss.

3. Nel sistema giuridico statunitense non esiste un consenso generalizzato riguardante l'esistenza di veri diritti sociali, e, di conseguenza, manca nel panorama giurisprudenziale e dottrinale una analisi del problema della stabilità del bilancio nei confronti dei diritti sociali.

In una fase del diritto costituzionale, due dei docenti più significativi della scuola di Harvard, Franck I. Michelman e Lawrence H. Tribe, hanno tentato di rileggere in modo sistematico le norme costituzionali, proponendo una interpretazione forzata di varie linee di casi di argomentazione complessa e di dubbio significato per arrivare alla conclusione che fosse conveniente utilizzare un'interpretazione post-liberale del principio di uguaglianza e spingere verso una transizione della democrazia americana al modello del *welfare State*.

Nel 1969, Michelman¹⁵ formulò la teoria secondo la quale la «rivoluzione egualitaria» dell'era Warren avrebbe introdotto, in una società costruita intorno ai valori della libertà del mercato e dell'individualismo competitivo il riconoscimento di una aspettativa di livelli minimi di benessere adeguati a «alcune necessità giuste». L'eliminazione della povertà, fonte primaria delle disuguaglianze sociali, sarebbe stata elevata ad obiettivo costituzionale, con ovvie implicazioni per il regime dei servizi sociali. Questa formulazione, già realizzata prima dell'avvento alla presidenza della Corte Suprema di Warren E. Burger nel 1969, era già stata precisata – alla ricerca di basi teoriche più stabili – nel neo-contrattualismo di Rawls, che nel frattempo aveva sviluppato in forma definitiva la teoria politica della giustizia distributiva¹⁶. Il «*difference principle*» della concezione di Rawls, che fonda un equilibrio tra libertà ed uguaglianza, tipico dello Stato sociale, è stato utilizzato come guida per alcune azioni di riforma sociale che si sviluppano attraverso la consacrazione dei *welfare rights*¹⁷.

Nella sua versione più sviluppata, la tesi dell'incorporazione dei diritti sociali nel contesto costituzionale¹⁸ ha legittimato la garanzia costituzionale dei diritti all'istruzione, alla abitazione, al trattamento sanitario e all'assistenza sociale. Tutto ciò in accordo non soltanto con le partite di bilancio, in realtà sempre labili, ma in virtù di abbondante giurisprudenza della Corte

¹⁵ F. I. MICHELMAN, *The Supreme Court, 1968 Term-Forward: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, in 83 Harv. L. Rev., 1969, p. 7-59.

¹⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge 1971.

¹⁷ F. I. MICHELMAN, *In pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, U. Pa. L. Rev., 1973, p. 962 ss.

¹⁸ V., per esempio, F. I. MICHELMAN, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, in Wash. U. L. Q., 1979, p. 659; ID., *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in J. PENNOCK (a cura di), *Due Process*, New York 1977, p. 126 ss., e ID., *States' Rights and States' Roles: Permutations of "Sovereignty" in National League of Cities v. Usery*, in Yale L. J., 1977, p. 1165 ss.

Burger, che ha trovato nella famosa nota a piè di pagina del caso *Carolene Products*¹⁹ un solido fondamento, così come nel modello di rafforzamento della rappresentanza proposto da Ely²⁰. Grazie alla loro connessione all'argomento storico-sistematico, i diritti sociali hanno potuto essere concepiti come «*background rights*», secondo la terminologia di Dworkin²¹, condizione presupposto della democrazia rappresentativa, ed essere inclusi nel nucleo dei diritti pienamente giustiziabili e esigibili dalla Corte Suprema nel corso della presidenza di Burger, ampliando l'elenco delle posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette.

Questa teoria della formalizzazione dei diritti sociali ha trovato adesioni²², ma anche profondi dissensi. I critici hanno posto l'accento sul problema della riconduzione dei diritti sociali alle norme costituzionali formali²³, negando l'interpretazione delle disposizioni del XIV emendamento come clausola aperta, suscettibile di includere aspettative differenti da quelle enumerate nel testo originario, anche quando l'interprete si allontanasse dall'interpretazione tradizionale dell'emendamento che ne limitava la portata alle garanzie meramente negative²⁴. Si è anche sottolineato come questo rinnovato attivismo della Corte l'avrebbe obbligata a fare ricorso a valori metagiuridici, non solo quelli della «*social statics*» di Spencer – secondo le celebri parole di Holmes²⁵ – ma quelli della filosofia morale di Rawls²⁶. Altri critici sono tornati all'argomento classico che tende a negare la legittimità della «*constitutional adjudication*» quando da questa possa derivare un'interferenza con l'indirizzo politico²⁷.

¹⁹ U.S. v. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁰ J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980.

²¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977.

²² Soprattutto, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola 1978 e ID., *Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, in *Harr. L. Rev.*, 1977, p. 1065; T. C. GREY, *Procedural Fairness and Substantive Rights*, in J. PENNOCK (a cura di), *Due Process*, cit. p. 182 e ID., *Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice*, in *Stan. L. Rev.*, 1976, p. 877; K. L. KARST, *The Supreme Court, 1977 Term-Forward: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, in *Harr. L. Rev.*, 1977, p. 1 ss.

²³ Per esempio, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston 1977, p. 503 ss.

²⁴ Per esempio, H. P. MONAGHAN, *Commentary: The Constitution Goes to Harvard*, in *C. R.-C. L. L. Rev.*, 1978, p. 117 ss.; R. K. WINTER JR., *Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State*, in *Wash. U. L. Q.*, 1979, p. 741 ss.

²⁵ In *Lochner v. New York*, 198 U.S. 90 (1905, *dissenting opinion*).

²⁶ R. H. BORK, *Commentary: The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, in *Wash. U. L. Q.*, 1979, p. 695 ss.; H. P. MONAGHAN, *Commentary*, cit., p. 119.

²⁷ R. K. WINTER JR., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1972, p. 41; G. E. FRUG, *The Judicial Power of the Purse*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1978, p. 715 ss.

Alla Corte Burger, infine, mancarono la volontà di realizzare un maggiore interventismo e la capacità di rimodellare interi settori dell'ordinamento che sarebbero state necessarie. Essa si limitò a decisioni molto prudenti, artigianali, tanto dettagliate da svilupparsi in una pluralità di opinioni, ritardando la costituzionalizzazione di nuovi diritti sociali ogni volta che ci si avvicinava a riconoscerli.

Da un lato, la Corte Burger continuò nel cammino delle restrizioni procedurali all'azione amministrativa di soggetti federali e statali che avrebbero potuto ledere la «libertà» e la «proprietà» e non semplici «privilegi» che possono essere limitati in modo pienamente discrezionale. Per esempio, la Corte Suprema aveva proibito l'interruzione o la sospensione di prestazioni di assistenza sociale senza forme di contraddittorio con la parte privata²⁸, ricordando che «dalla sua fondazione la nazione si è imposta l'obbligo di promuovere la dignità ed il benessere delle persone che vivono entro i suoi confini» e che «assistenza non è semplicemente beneficenza, ma piuttosto una maniera per rendere possibile la benedizione della libertà a noi e ai nostri discendenti»²⁹. Essa ha anche dichiarato illegittime la revoca di pensioni di vecchiaia senza previa audizione del beneficiario³⁰, la revoca di pensioni di invalidità senza escutere i testimoni in contraddittorio³¹, l'interruzione di nuove terapie farmacologiche³², il carattere di parte di un parere medico³³, il sequestro parziale della retribuzione di un lavoratore dipendente senza ascoltarlo³⁴ o di beni essenziali per assicurare una abitazione degna alla persona e ai componenti della sua famiglia³⁵. Il punto di massima esposizione della retorica della Corte verso il pieno riconoscimento dei diritti sociali è stata l'affermazione del giudice Stewart³⁶ secondo la quale bisogna ripudiare come falsa la «dicotomia tra libertà personali e diritti», «la proprietà può consistere in un sussidio di assistenza, un tetto o un conto corrente». Questa giurisprudenza aveva fatto credere a molti che una effettiva estensione delle posizioni legittimanti fosse imminente e che la protezione del *procedural due*

²⁸ Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

²⁹ 397 U.S. 264-5.

³⁰ Wheeler v. Montgomery, 397 U.S. 280 (1970).

³¹ Richardson v. Wright, 405 U.S. 208 (1972).

³² Weinberger v. Hymson, Westcott and Dunning Inc., 412 U.S. 609 (1973).

³³ Withrow v. Larkin, 421 U.S. 35 (1975).

³⁴ Snaidach v. Family Finance Corp., 395 U.S. 337 (1969).

³⁵ Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972).

³⁶ Lynch v. Household Finance Corp., 405 U.S. 538 (1972).

process avrebbe potuto far emergere aspettative di natura sostanziale³⁷ od un concetto di *new property*.

Ben presto una retromarcia graduale si tradusse in una completa sconfitta. Decisioni come *Board of Regents v. Roth*³⁸, *Bishop v. Wood*³⁹, *Meachum v. Fano*⁴⁰ e molte altre⁴¹ hanno chiarito che non c'è spazio per l'estensione della protezione di aspettative o *entitlements* di natura sociale e che l'interesse privato minacciato deve essere sottoposto ad un procedimento di ponderazione di fronte agli interessi pubblici coinvolti, includendovi gli oneri finanziari e amministrativi.

Un'altra via indiretta verso la costituzionalizzazione dei diritti sociali avrebbe potuto essere quella della *equal protection clause* del XIV Emendamento sotto il profilo del controllo della logica di relazione nel trattamento da parte delle norme legislative di gruppi o categorie di individui nella distribuzione di benefici o nella misura del godimento di interessi fondamentali. L'arbitrarietà delle classificazioni legislative secondo parametri sensibili, come la razza o la condizione economica, era già stata utilizzata dalla Corte Warren soprattutto nel settore della disciplina elettorale⁴² e del diritto penale⁴³. La Corte Burger iniziò il suo percorso dando l'impressione di voler aumentare il numero delle aree sensibili e dei criteri di classificazione sospetti, con speciale attenzione al parametro ricchezza/povertà. Per esempio, la Corte invalidò la legislazione statale sui vagabondi⁴⁴, estese l'assistenza

³⁷ V., per s., J. J. GRAHAM, *Poverty and Substantive Due Process*, in *Ari. L. Rev.*, 1970, p. 1 ss.; R. M. O'NEIL, *Of Justice Delayed and Justice Denied: The Welfare Prior Hearing Cases*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1970, p. 160 ss; NOTE, *The Growth of Procedural Due Process into a New Substance: An Expanding Protection for Personal Liberty and a "Specialized Type of Property ... in Our Economic System"*, in *Nw. L. Rev.*, 1971, p. 502 ss.

³⁸ 408 U.S. 564 (1972): il diniego di una università a riassumere di nuovo un professore non può essere subordinato a formalità procedurali se la legge statale non lo imponga in modo esplicito.

³⁹ 426 U.S. 341 (1976): in materia di pubblico impiego la protezione di natura procedurale abbisogna di una norma di legge.

⁴⁰ 427 U.S. 215 (1976): il trasferimento di un detenuto ad un carcere di regime più duro non implica il sacrificio di una condizione di libertà.

⁴¹ Come *Vitek v. Jones*, 445 U.S. 480 (1979); *Hughes v. Rowe*, 449 U.S. 5 (1980); *Cuyler v. Adams*, 449 U.S. 433 (1981); *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

⁴² Per es., in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

⁴³ Come in *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963), *Anders v. California*, 386 U.S. 738 (1967), *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁴⁴ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

giuridica gratuita⁴⁵, vietò la sostituzione di pene pecuniarie con la detenzione nei confronti di persone indigenti⁴⁶ e il recupero di spese processuali o di difesa anticipate nei loro confronti⁴⁷, eliminò i requisiti patrimoniali per le elezioni dei distretti scolastici⁴⁸ e l'obbligo di effettuare depositi per la presentazione delle candidature⁴⁹. Nell'ambito dei servizi sociali, invalidò il *Federal Food Stamp Act* per migliorare il diritto all'alimentazione delle classi meno elevate, perché escludeva conviventi non legati da vincoli di parentela o affinità⁵⁰ o anziani che nell'anno precedente avessero vissuto in altro nucleo familiare⁵¹; sanzionò l'invalidità di programmi statali di assistenza a famiglie con figli illegittimi⁵²; utilizzò il diritto alla libera circolazione per evitare che l'assistenza sanitaria fosse negata a coloro i quali non avessero vissuto in uno Stato per un minimo di tempo⁵³.

Dal 1973, se non in precedenza⁵⁴, la Corte costruì una parabola discendente verso la negazione dell'esistenza di diritti sociali pieni e l'affermazione della necessità di valorizzare la stabilità di bilancio e i problemi finanziari degli enti pubblici. Ad esempio:

Ross v. Moffitt⁵⁵ ha dichiarato che non esiste obbligo per gli Stati di concedere assistenza gratuita ai detenuti indigenti per gli appelli la cui presentazione dipende dalla discrezionalità delle corti;

United States v. Kras⁵⁶ non ha sanzionato l'esistenza di barriere economiche al ricorso a procedure di fallimento;

Ortwein v. Schwab⁵⁷ ha dichiarato tollerabile la presenza di ostacoli economici ai ricorsi giurisdizionali nei confronti del diniego o della sospensione di prestazioni assistenziali o di previdenza sociale;

Mitchell v. Grant⁵⁸ ha attenuato le garanzie del debitore nell'esecuzione forzata su beni di importanza primaria;

⁴⁵ *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

⁴⁶ *Williams v. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970) e *Tate v. Short*, 401 U.S. 395 (1971).

⁴⁷ *James v. Strange*, 407 U.S. 128 (1972).

⁴⁸ *Turner v. Fouche*, 396 U.S. 346 (1970).

⁴⁹ *Bullock v. Carter*, 405 U.S. 134 (1972).

⁵⁰ *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973).

⁵¹ *United States Department of Agriculture v. Murry*, 413 U.S. 508 (1973).

⁵² *New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill*, 411 U.S. 619 (1973).

⁵³ *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 (1974).

⁵⁴ V. la descrizione di G. F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova 1983, p. 399 ss. e ID., *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1896 ss.

⁵⁵ 417 U.S. 600 (1974).

⁵⁶ 409 U.S. 434 (1973).

⁵⁷ 410 U.S. 656 (1973).

⁵⁸ 416 U.S. 600 (1974).

in materia elettorale *Salyer*⁵⁹ è ritornata ad ammettere il requisito della titolarità di proprietà immobiliare per l'elezione di organi locali di governo delle acque;

*Lubin v. Panish*⁶⁰ ha dichiarato ammissibile il requisito del deposito a carico dei candidati purchè non sanzionato con l'esclusione totale.

Altre decisioni hanno confermato la revoca di sussidi di assistenza sociale a coloro i quali non abbiano provato la periodica ricerca di lavori, evidenziando i problemi di disponibilità di risorse da parte dello Stato⁶¹; hanno legittimato la perdita di benefici assistenziali in caso di emigrazione⁶²; hanno avallato definizioni restrittive del nucleo familiare per l'assegnazione di alloggi economici⁶³; hanno mantenuto in vita una norma federale che assicura la reversibilità della pensione a favore del coniuge solo dopo un periodo minimo di matrimonio⁶⁴; hanno approvato separazioni rigide tra zone urbanistiche di edilizia popolare e di edilizia residenziale non sovvenzionata⁶⁵. Soprattutto la Corte ha adottato un linguaggio che non fa nascere dubbi sulla sua disponibilità ad utilizzare un livello di scrutinio severo o stretto con riguardo alle norme in materia di servizi sociali, stabilendo, ad esempio, che «non si trova nella Costituzione [...] un rimedio giurisdizionale per qualunque male sociale ed economico»⁶⁶.

Con questa giurisprudenza pare essersi conclusa la possibilità di costituzionalizzare diritti sociali sia attraverso la via del *procedural due process* che per la via della *equal protection clause*. Al Congresso e ai legislativi statali compete l'esclusiva responsabilità di modellare il sistema del benessere con ampia discrezionalità, con la possibile eccezione di esclusioni grossolane o di clamorosi vizi di procedimento.

Da allora, la sensibilità della Corte Suprema per le aspettative sociali non è cresciuta, ma al contrario è diminuita, anche se con oscillazioni e incertezze. Per esempio, dalla fine degli anni '80 essa ha iniziato a respingere la

⁵⁹ *Salyer Land Corporation v. Tulare Water District*, 410 U.S. 719 (1973); ma v. anche *Ball v. James*, 451 U.S. 355 (1981).

⁶⁰ 415 U.S. 709 (1974).

⁶¹ *New York State Department of Social Services v. Dublino*, 413 U.S. 405 (1972).

⁶² *Califano v. Gautier Torres*, 435 U.S. 1 (1978).

⁶³ *Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S. 11 (1974).

⁶⁴ *Weinberger v. Salfi*, 422 U.S. 749 (1975).

⁶⁵ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 U.S. 252 (1977).

⁶⁶ *Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 74 (1974).

maggioranza dei ricorsi in materia di assistenza e previdenza contro le agenzie indipendenti⁶⁷. La tendenza si è rafforzata negli anni '90⁶⁸ anche se non sono mancate eccezioni quando si è trattato della proprietà⁶⁹ o di definire il concetto di famiglia a fini assistenziali⁷⁰. Verso la fine degli anni '90 si è manifestato un orientamento favorevole agli aiuti per gli handicappati⁷¹. All'inizio del nuovo secolo la Corte Suprema ha utilizzato a volte la *equal protection clause* per definire l'ampiezza della protezione garantita dall'*Americans with Disabilities Act*⁷², definendo il livello di invalidità necessario per godere di vantaggi lavorativi⁷³ e i poteri del datore di lavoro quando stipuli un contratto con un dipendente⁷⁴. Ha anche usato la stessa clausola per definire in modo restrittivo l'ambito di copertura della pensione secondo il parametro dell'età⁷⁵, per permettere di non applicare l'immunità degli Stati prevista dal IX emendamento, nei confronti di azioni civili presentate di fronte a corti federali da portatori di handicap che richiedano danni per motivi di discriminazione⁷⁶ e per limitare la riduzione dei finanziamenti statali ai distretti scolastici locali che già godano di sussidi federali⁷⁷.

Negli ultimi anni la Corte Suprema non ha trovato nuove occasioni per occuparsi dell'equilibrio tra aspettative sociali e risorse finanziarie. Ma già

⁶⁷ Come *Sullivan v. Everhart*, 494 U.S. 83 (1990) e *Sullivan v. Stoop*, 496 U.S. 478 (1990); *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990); *Irwin v. Veterans Administration*, 498 U.S. 89 (1990).

⁶⁸ Si vedano, per esempio, *Reno v. Flores*, 502 U.S. 292 (1993), 508 U.S. 182 (1993), *Sandin v. Conner*, 515 U.S. 472 (1995), secondo la quale l'aggravamento del regime carcerario non configura un *liberty interest* che esiga un contraddittorio.

⁶⁹ Come in *Honda Motor Co. Ltd. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994), che impone limiti ai danni punitivi in favore dei consumatori.

⁷⁰ Come in *Anderson v. Edwards*, 514 U.S. 143 (1995) e *City of Edmond, Wash. v. Oxford House, Inc.*, 514 U.S. 725 (1995).

⁷¹ Si vedano, per esempio, *Cleveland v. Policy Management Systems Corp.*, 526 U.S. 795 (1999); *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999); *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999); *Albertsons, Inc. v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555 (1999); *Olmstead v. L.C.*, 527 U.S. 581 (1999); *Cedar Rapids Community School District v. Garret*, 526 U.S. 66 (1999). Nello stesso anno, *Roberts v. Galen of Virginia, Inc.*, 525 U.S. 249 (1999) si occupa di alloggi di emergenza, *Hughes Aircraft Co. v. Jacobson*, 525 U.S. 432 (1999) di fondi non contributivi per pensionati, *Geissal v. Moore Medical Corp.*, 524 U.S. 74 (1998) del continuativo godimento dei fondi di assistenza sanitaria.

⁷² 104 Stat. 328, 42 U.S.C. § 12101 ss.

⁷³ *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002). V. anche *Clackamas Gastroenterology Associates PC v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003).

⁷⁴ *Chevron USA Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73 (2002).

⁷⁵ Come in *General Dynamics Land Systems, Inc. v. Cline*, 540 U.S. 81 (2004).

⁷⁶ *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).

⁷⁷ *Zuni Public School District No. 89 v. Department of Education*, 550 U.S. 81 (2007).

essa era arrivata a soluzioni abbastanza consolidate. Le due clausole «oracolari» del XIV emendamento hanno prodotto risultati in campi differenti, dal trattamento delle relazioni omosessuali⁷⁸ sino al ritorno all'avvicinamento «colorblind» nella coesistenza delle razze⁷⁹.

4. L'ordinamento tedesco si è contrapposto con la sua tradizionale e geometrica scrupolosità alla situazione di crisi economico-finanziaria, anche se questa lo ha colpito meno seriamente di quanto non abbia fatto in altri Paesi. I valori in gioco continuano ad essere la dignità umana e la natura sociale dello Stato, consacrati negli articoli 1, 20 e 28 del GG. L'equilibrio tra questi valori si ricerca da parte del Tribunale costituzionale mediante strumenti elaborati in più di mezzo secolo di giurisprudenza.

Innanzitutto, in presenza di aspettative in conflitto, il giudice costituzionale si preoccupa di definire correttamente la misura delle necessità secondo il principio di reale effettività, elaborato da Habermas⁸⁰. Questa valutazione compete in primo luogo al legislatore, la cui discrezionalità, tanto nell'apprezzare la portata delle necessità come nell'identificare e ponderare i mezzi finanziari e organizzativi idonei, deve essere rispettata «nella misura del possibile». Il procedimento non deve essere viziato dalla mancanza di trasparenza o di ponderazione tra mezzi e fini e deve considerare il concreto grado di sviluppo (*Entwicklungsstand des Gemeinwesens*) della comunità di riferimento e delle condizioni reali di vita (*bestehenden Lebensbedingungen*). Questa tecnica di valutazione si è consolidata nei decenni più fortunati della storia del diritto costituzionale tedesco⁸¹ e il Tribunale costituzionale la ha utilizzata in anni recenti, in particolare nel celebre caso Hartz IV, del 2010⁸², con riferimento al sussidio di disoccupazione (*Arbeitslosengeld*) e alla sua entità dall'inizio del 2005.

La riforma Hartz, approvata nel 2002 e così denominata dal cognome del ministro del Governo Schroeder, ex direttore del personale della Volkswagen – possibile ragione della sconfitta della SPD nel 2005 –, aveva modificato il Codice del lavoro. In concreto, la riforma aveva unificato il sussidio di disoccupazione di lunga durata e l'aiuto sociale e riguardava circa 6,7 milioni di beneficiari. Si era così ridotta in modo significativo la spesa

⁷⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015); United States v. Windsor, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675 (2013); Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2652 (2013).

⁷⁹ Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. (2016).

⁸⁰ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992.

⁸¹ BVerfGE, 22, 180 (224); 29, 221 (235) e varie altre decisioni. V. per esempio, *Beck's Kompakt – Kommentare, Grundgesetz*, 3. Auflage, 2015, p. 8 ss.

⁸² BvL 1/09, 3/09, 4/09, del 9 febbraio 2010.

sociale. Il Tribunale costituzionale aveva già dichiarato in parte incostituzionale nel 2007 la legge Hartz IV per violazione dell'autonomia comunale, dopo la riforma costituzionale del 2006 che aveva proibito interventi federali diretti nell'ambito di autonomia dei Comuni⁸³. Nuovamente invitato a pronunciarsi da alcuni tribunali del lavoro nel 2009 per presunta violazione del principio di ragionevolezza e del minimo che assicuri una vita degna, il Tribunale di Karlsruhe⁸⁴ dichiarò corretto il modello statistico utilizzato per la definizione degli importi, ma incostituzionale la sua applicazione concreta, a motivo dell'incorporazione nel «paniere» di beni e servizi estranei alla *ratio* degli interventi sociali. In termini più espliciti, la riforma non aveva come obiettivo una vera definizione del minimo vitale per un'esistenza degna ma piuttosto una riduzione della spesa sociale.

Dopo Hartz IV, il Tribunale di Karlsruhe è ritornato varie volte ad occuparsi di diritti sociali, ma sotto profili non direttamente connessi all'emergenza economica, come per esempio in materia di pensioni⁸⁵ e di salari⁸⁶.

La regola fondamentale è in ogni modo il rispetto della riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) in favore del potere legislativo, come livello massimo esigibile dai cittadini e dagli utenti dei servizi sociali.

5. Nel diritto costituzionale francese il controllo di costituzionalità è limitato dagli articoli della Costituzione del 1958 che lo disciplinano⁸⁷. Le norme sui diritti sociali nel Preambolo della Costituzione del 1946, in vari paragrafi tra il quinto e l'undicesimo, anche se formano parte del «*bloc de constitutionnalité*», non possono essere facilmente utilizzate come strumenti per la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi. Le radici nella solidarietà rivoluzionaria della Carta del 1795⁸⁸ non hanno contribuito ad ottenere il pieno riconoscimento dei diritti sociali. L'idea condivisa dalla quasi totalità degli autori⁸⁹ è che la povertà ha cause sociali e deve avere rimedi di carattere economico e che i diritti sociali sono strumenti di trasformazione sociale e

⁸³ BVerfG, 2 Senat, sent. 20.12.2007. 2 BVR 2433/04 e 2434/04.

⁸⁴ BVerfG 125, 175, I. Senat, sent. 9.2.2010 - 1 BUL 1/09, 3/09, 4/09. Tra i diversi commentari, U. SARTORIUS, *Verfassungswidrigkeit der Regelleistung des SGB II*, Zeitschrift für die Auwaltspraxis, 2010, p. 279 ss..

⁸⁵ BVerfG, 3 Senat, ord. 28.4.2011 e BVerfG, 2 Senat, ord. 2.5.2012- 2 BvL 5/10.

⁸⁶ BVerfG, 2 Senat, sent. 14.2.2012-2BvL 4/10.

⁸⁷ V. per esempio F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, XXXVIII ed., Paris 2017, p. 785 ss.; M. A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, III ed., Paris 2017, p. 647 ss.; J. GICQUEL, J. É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, XXXI ed., Rennes 2017, p. 83 ss.

⁸⁸ M. BORGETTO, *La fraternité en droit public français*, Paris 1993.

⁸⁹ Dal classico G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VI, *La démocratie gouvernante*, Paris 1956, p. 465, a D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris 2002.

di correzione del liberalismo economico, nonostante non siano formalmente azionabili di fronte ai tribunali, indipendentemente dal fatto che si tratti del *Conseil Constitutionnel* (secondo l'art. 61 della Costituzione vigente), del Consiglio di Stato o dei tribunali amministrativi. Il primo afferma costantemente che le norme del Preambolo del 1946 impongono la creazione di servizi pubblici, lasciati alla discrezionalità del potere legislativo⁹⁰, che è solo obbligato a realizzare gli obiettivi di solidarietà senza che il *Conseil* possa rivedere le decisioni del Parlamento, soprattutto quando queste implichino un considerevole sforzo finanziario.

Il carattere positivo e giuridicamente vincolante dei diritti sociali (*droits-créances*) non è in dubbio, ma non raggiunge il livello della piena giustiziabilità, qualificandosi come un obiettivo costituzionale⁹¹. Quando il *Conseil* deve valutare l'importanza di un diritto sociale, si preoccupa prima di tutto che questo diritto non comprima o freni in maniera non necessaria o sproporzionata altri diritti⁹²; ma poi può occuparsi di assicurare che la misura legislativa in esame non lasci il diritto sociale senza sufficienti garanzie giuridiche⁹³, vale a dire che non annulli la sua efficacia. Anche se mai si è data una definizione dei contenuti minimi.

Non è neppure chiaro se, in presenza di un obiettivo costituzionale, il legislatore possa ridurre il livello di qualità o la quantità di un servizio sociale, come a volte pare essersi affermato⁹⁴ («*effet cliquet*»), o se, al contrario, una regola con questo contenuto non esista.

È pacifico, tuttavia, secondo il *Conseil*, che un errore evidente delle previsioni legislative, dovuto al trasferimento di flussi finanziari, in prospettiva temporale, possa condurre alla dichiarazione di incostituzionalità⁹⁵. Il Consiglio di Stato, a sua volta, può vagliare la legittimità di atti amministrativi puntuali contrari a norme legislative o regolamentari che prevedano la pre-

⁹⁰ Si vedano, per esempio, le decisioni n° 2008-569, del 21 agosto 2008; n° 2007-553, del 3 marzo 2007; n° 96-387 del 21 gennaio 1987.

⁹¹ B. MATHIEU, M. VERPAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, in LGDJ, 2002, p. 425 ss.; M. P. DESWARTE, *Droits sociaux et État de droit*, in RDP, 1995, p. 975 ss.; D. ROMAN, *La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social*, in *Rev. des droits de l'homme*, 2012, p. 9 ss.; V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (a cura di), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris 2008; *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris 2010, p. 6 ss.

⁹² Come nelle decisioni n° 83-156, del 13 gennaio 2000 (riduzione dell'orario di lavoro contro libertà di impresa) o n° 90-283, dell'8 gennaio 1991 (diritto alla salute contro libertà di impresa).

⁹³ Come nella sentenza n° 2003-483, del 14 agosto 2003.

⁹⁴ Sentenza n° 84-181, dell'11 ottobre 1984.

⁹⁵ Sentenza n° 2001-456, del 27 dicembre 2001.

stazione di servizi pubblici o anche valutare violazioni di principi del Preambolo da parte di norme regolamentari, sempre che queste non costituiscano applicazione diretta di una legge. In nessun caso, ancora, può non applicare o annullare atti solo per contrasto con diritti sociali⁹⁶. La dottrina specializzata, di fatto, così come i manuali di diritto della protezione sociale, neppure menzionano possibili tensioni nella giurisdizione amministrativa tra aspettative sociali e limitazioni finanziarie⁹⁷.

6. La dottrina spagnola ha dedicato le sue migliori energie alla natura giuridica, all'efficacia, al contenuto e alla protezione dei diritti sociali sin dai primi anni di vigenza della Costituzione⁹⁸. Questo interesse è stato frutto della quasi assoluta novità delle previsioni costituzionali contenute nelle Carte del ciclo costituzionale degli anni Settanta e, tra le altre cose, della quasi contemporanea crisi energetica che ha bloccato lo sviluppo economico delle democrazie occidentali, ha creato seri problemi alla soddisfazione dei diritti economico sociali di prestazione – o almeno ai livelli raggiunti negli anni precedenti – e ha posto a rischio lo stesso modello di Stato del benessere, favorendo l'emergere delle teorie neo-liberali ancora dominanti. Pertanto, quando è arrivata la nuova ed ancora più grave crisi economica del 2008, il diritto pubblico spagnolo non è stato preso alla sprovvista dalle limitazioni di bilancio imposte sia da fattori interni che dalle pressioni dell'Unione europea, anche se il loro impatto sull'erogazione delle prestazioni è stato molto forte⁹⁹.

Nei primi anni della crisi, vale a dire tra il 2007 ed il 2010, i problemi del diritto costituzionale della crisi si sono presentati sotto la forma di tensioni tra lo Stato e gli enti territoriali. Mentre in Italia il problema è stato quello della diminuzione delle risorse finanziarie trasferite agli enti territoriali per i servizi sociali, in Spagna, invece, si è presentato il problema degli Statuti di

⁹⁶ Si vedano alcuni esempi in L. PECH, *Rethinking "Droits-Créances"*, in M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence*, cit., p. 267 ss.

⁹⁷ Si vedano, per esempio, F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, VI ed., Paris 2017 e M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, VIII ed., Paris 2014.

⁹⁸ Si vedano, per esempio, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, III ed., Madrid 1983; J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid 1988; J. R. COSSIO DIAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid 1989; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid 1994; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid 1999, p. 121 ss.; Y. SÁNCHEZ-URÁN, *Seguridad social y Constitución*, Madrid 1995; E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid 2000.

⁹⁹ Gli effetti della crisi sono analiticamente descritti nell'*Informe conjunto al Comité de derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, marzo 2018. Le politiche di austerità fiscale sono iniziate nel 2010 e si sono rafforzate nel 2012, con un crescendo di tagli alla spesa sociale.

autonomia attraverso i quali le Comunità autonome hanno tentato di introdurre veri diritti sociali, a fronte della necessità di accrescere le prestazioni sociali concesse secondo i parametri nazionali. Il Tribunale costituzionale ha ridotto questa tendenza con due famose sentenze, molto commentate dai costituzionalisti¹⁰⁰, chiarendo che gli Statuti non possono creare nuovi diritti soggettivi, ma piuttosto introdurre obiettivi e direttive e non possono neppure qualificare come veri diritti fondamentali i diritti sociali riconosciuti negli Statuti, ma solo attribuire mandati di implementazione rivolti ai pubblici poteri.

Dopo la riforma dell'art. 135 della Costituzione, avente come fine l'incorporazione dei principi relativi alla stabilità di bilancio¹⁰¹, il Tribunale costituzionale è tornato ad occuparsi, nella sent. n. 134 del 2011¹⁰², dell'equilibrio tra Stato e Comunità autonome con riguardo a leggi del 2001¹⁰³, confermando le sue precedenti decisioni secondo le quali lo Stato può introdurre limitazioni alla spesa delle amministrazioni pubbliche, incluse quelle regionali, ma allo stesso modo precisando che queste esigenze di bilancio non accrescono in alcun modo le competenze dello Stato¹⁰⁴.

Dopo il 2010, nella fase più acuta della crisi, il Governo spagnolo ha iniziato ad adottare misure abbastanza drastiche con particolare riguardo alla spesa sanitaria, ritenendo che il consumo farmaceutico nel paese fosse

¹⁰⁰ La 247/2007, del 12 dicembre, sul nuovo Statuto di Autonomia della Comunità autonoma di Valencia e la 31/2010, del 28 giugno, sul nuovo Statuto di autonomia della Catalogna. Si vedano, per esempio, F. LÓPEZ MENUDO, *Los derechos sociales en los Estatutos de autonomía*, in *AEPDA, Derechos sociales y Estatutos de Autonomía*, Valladolid 2009, p. 13 ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L.M. MACHO, *Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial*, *ivi*.

¹⁰¹ Si vedano V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, in *Rev. der. europeo*, 2012, n. 41; J. GARCÍA ROCA, M.A. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid 2013. Più di recente, E. ARANDA ÁLVAREZ, *Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales*, in *Rev. der. pol.*, 2017, p. 883.

¹⁰² Sentenza del 20 luglio.

¹⁰³ Più precisamente la legge 18 del 12 dicembre 2001, *general de estabilidad presupuestaria* e la legge organica n. 5 del 13 dicembre 2001, di riforma della legge organica sul finanziamento delle Comunità autonome.

¹⁰⁴ Un commento analitico in T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*, in *Informe CC. AA.*, 2016, p. 77 ss. Dello stesso autore, *El Estado autonómico social y el efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*, in *Rev. gen. der. adm.*, 2017, n. 46.

troppo elevato¹⁰⁵. Il Regio decreto legge n. 16 del 2012¹⁰⁶, da un lato, ha reintrodotto l'assicurazione come requisito per il godimento delle prestazioni sanitarie, riducendo la copertura universale del Sistema Nazionale di Salute ed escludendo gli stranieri senza autorizzazione di soggiorno dalle prestazioni e, dall'altro lato, ha imposto ai pensionati il pagamento o il copagamento di varie prestazioni. Il *Defensor del Pueblo* ha denunciato la lesione del principio di universalizzazione e il Tribunale costituzionale ha emesso importanti sentenze.

In sintesi, il Tribunale ha ammesso la possibilità che alcune prestazioni non essenziali, ma piuttosto supplementari o accessorie, «possano essere soggette ad un finanziamento aggiuntivo posto a carico dell'utente del servizio»¹⁰⁷; ma ha anche affermato che le Comunità autonome, «rispettando il minimo rappresentato dai livelli essenziali comuni, potranno stabilire servizi aggiuntivi per i loro residenti. Vale a dire [...] potranno andare oltre il minimo garantito dallo Stato, ma non potranno in nessun caso scendere al di sotto»¹⁰⁸. Come contropartita, le Comunità autonome non possono introdurre tasse «su prestazioni sanitarie che, secondo il quadro fondamentale fissato dallo Stato, [...] devono essere finanziate con denaro pubblico o essere, eventualmente, solo in parte soggette ad apporti aggiuntivi dell'utente, senza che possa ripercuotersi sul loro costo integrale nei confronti dei soggetti ai quali il servizio viene prestato»¹⁰⁹.

Nel 2012 un'altra sentenza del *Pleno* del Tribunale costituzionale ha confermato, con varie opinioni dissenzienti, alcune disposizioni della legge n. 3 dello stesso anno, che aveva introdotto misure urgenti in materia di mercato del lavoro. In questo caso, il Tribunale costituzionale non ha riscontrato lesioni né del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), né dei diritti all'associazione sindacale e alla negoziazione collettiva (artt. 28.1 e 37 Cost.).

¹⁰⁵ V. J. J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud en la actual crisis económica; los límites constitucionales a los recortes de prestaciones sanitarias y las exigencias de sostenibilidad del gasto social*, in S. GAMBINO (a cura di), *Dossier DPCE*, VI, *Diritti sociali e crisi economica*, Torino 2015 e G.G. CARBONI, *La risposta della Spagna alla crisi: economia e istituzioni scelgono la strada delle riforme costituzionali*, in G. CERRINA FERONI, G. F. FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino 2012, p. 211 ss.

¹⁰⁶ Del 20 aprile. Decreto rettificato dal Regio Decreto n. 1192 del 3 agosto 2012. Si v. J. PICATOSTE, I. PICATOSTE, M. A. LÓPEZ ARRANZA, *Las políticas públicas de austeridad: efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril en España*, Cizur Menor 2016.

¹⁰⁷ STC n. 136 del 19 giugno 2012. Nello stesso senso STC n. 22 del 16 febbraio 2012.

¹⁰⁸ STC nn. 84, del 29 maggio 2014 e 71 del 2014.

¹⁰⁹ STC n. 136 del 2012, cit. V. J. TORNOS MAS, *Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica*, in *VI Foro de la Autonomía*, 2017, p. 59.

La giustificazione delle misure si fondava sull'emergenza economica che permetteva allo Stato un ampio margine di apprezzamento e la possibilità di introdurre condizioni lavorative più flessibili¹¹⁰.

Non hanno diretto collegamento con la tensione tra diritti sociali e risorse finanziarie le sentenze degli anni 2013 e 2014¹¹¹, che si riferiscono alla pensione di reversibilità, nelle quali il Tribunale ha dichiarato la costituzionalità di varie condizioni riguardanti il suo godimento e ha considerato ragionevole, secondo il principio costituzionale di uguaglianza, l'esercizio della libertà di configurazione normativa del legislatore.

Negli anni seguenti, il Tribunale costituzionale si è occupato altre volte di diversi decreti-legge in materia di servizi sociali¹¹², come nelle sentenze nn. 49 del 2015¹¹³ e 26 e 139 del 2016¹¹⁴. In tutti i casi il Tribunale ha stabilito che i diritti sociali, in quanto principi direttivi, non hanno contenuto essenziale, in modo che non possono essere violati dalla legislazione d'urgenza, non affrontando, però, i problemi centrali della questione. Per esempio, in tema di salute (art. 43 Cost.), il Tribunale ha ritenuto che, per la sua ubicazione sistematica (cap. III della Costituzione che contiene i «principi direttivi» della politica sociale ed economica), «l'art. 43 si configura come un principio direttivo, ragion per cui esso manca di contenuto fondamentale sotto il profilo costituzionale che possa essere violato dalla legislazione d'urgenza»¹¹⁵.

A fronte di questo nuovo equilibrio tra diritti sociali e misure di riduzione della spesa finanziaria, la dottrina è tornata a porsi domande che parevano superate da molto tempo. Per esempio, si è chiesta se sia possibile pensare ad una «riserva del possibile» come fa la dottrina tedesca¹¹⁶; se sia necessario «esplorare nuove vie per soddisfare i diritti socioeconomici di

¹¹⁰ Si veda, per esempio, il commento di I. GARCÍA-PERROTE, *La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC8/2015, de 22 de enero*, in *Rev. esp. der. const.*, 2015, p. 239.

¹¹¹ Come le sentenze n. 41 del 14 febbraio 2013 e la n. 92 del 10 giugno 2014.

¹¹² Come il n. 16 del 2012 relativo al *Sistema Nacional de Salud*, il n. 14 del 20 aprile 2012 sulle misure urgenti nell'ambito dell'istruzione, il n. 28 del 30 novembre 2012, sulle misure di consolidamento e garanzia del sistema della *Seguridad Social*.

¹¹³ Del 5 marzo 2015.

¹¹⁴ Rispettivamente del 18 febbraio e del 21 luglio 2016.

¹¹⁵ Sent. n. 139 del 2016.

¹¹⁶ Si vedano, per esempio, L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica*, in *Estudios de Deusto*, 2013, p. 43 ss; J. GARCÍA ROCA, *Constitutional Principles Regarding the Spanish Social Security System: A Citizen's Right*, in *Rev. der. pol.*, 2014, p. 65, p. 83.

prestazione»¹¹⁷; se «la vecchia costruzione dottrinale civilistica dei diritti acquisiti» possa «servire per fondare una irreversibilità o una blindatura dei diritti a prestazioni sociali già consolidati»¹¹⁸ o se almeno si possano impiegare i principi dello Stato sociale di diritto, di proporzionalità e del valore della dignità umana per arrivare alla «proibizione dell'insufficienza» delle prestazioni¹¹⁹; sino al se sia possibile recuperare la democrazia pluralistica e relativizzare la normatività della Costituzione¹²⁰.

7. Anche l'ordinamento portoghese ha conosciuto il costituzionalismo della crisi. I diritti sociali hanno incontrato seri problemi, soprattutto quando la Troika ha condizionato gli aiuti finanziari concessi alla realizzazione di misure di forte impatto per contenere la spesa, misure incluse nel Programma di stabilità e crescita (PAEF). In applicazione di questo piano, la legge di bilancio dello Stato del 30 dicembre 2011¹²¹ ha sospeso il pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità dei funzionari pubblici e dei pensionati di importo superiore a 600 euro. Il Tribunale costituzionale ha affrontato il testo di questa legge con l'*Acórdão* n. 353 del 2011, pubblicato agli inizi del luglio 2012. La decisione, adottata con una maggioranza di nove a tre, non disconosce la necessità di tenere in considerazione l'equilibrio finanziario e l'eliminazione del deficit. Tuttavia, essa afferma che i diritti sociali fondamentali, come il diritto ad una vita degna (art. 59, comma 1, Cost.) e il principio della responsabilità statale nella promozione di un livello adeguato di vita per i cittadini (art. 9), non possono essere sacrificati sino al 14,3% della retribuzione annuale senza violare il principio di uguaglianza (art. 13) tra il lavoro privato e quello pubblico, percentuale ancora più rilevante in situazione di crisi, come pure il principio di proporzionalità (artt. 2, 18, comma 2, 19, comma 8, 266, comma 2, e 272, comma 2). D'altra parte, il Tribunale si assume il compito di modulare nel tempo gli effetti della pronuncia, come è consentito dall'art. 282, comma 4, della Carta costituzionale, disponendo l'applicazione della sentenza a far tempo dall'anno 2013, per non ledere la sostanza dell'accordo finanziario europeo. L'*Acórdão*

¹¹⁷ Come J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. MIGUEZ MACHO, *Servicios sociales y crisis económica*, cit.

¹¹⁸ J. J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud*, cit., p. 739 ss.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 740.

¹²⁰ Come F. BALAGUER CALLEJÓN, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in RDCE, 2013, p. 449 ss. Altre prospettive generali, per esempio, in M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Constitución española y gobernanza económica europea: desnudez y crisis del Estado constitucional*, in R.V.A.P., 2017, n. 109-II, p. 21 e ID., *Austerity Measures and Welfare Rights: The Spanish constitutional system under pressure*, in EJSL, 2014, n. 1-2.

¹²¹ 64-B/2011.

n. 353 del 2011 è stato il più importante, ma non l'unico, emesso nel periodo della crisi finanziaria. La misura delle riduzioni delle pensioni aveva già formato oggetto di un altro *Acórdão*, il n. 188 del 2009, nel quale il Tribunale aveva dichiarato non lesi i principi di uguaglianza, di proporzionalità e di affidamento con riguardo ad una legge che aveva imposto limiti massimi alle pensioni, con impatti più sensibili per coloro i quali programmavano di andare in quiescenza nei successivi sette anni, vale a dire i più anziani e i più vicini alla pensione. La motivazione era fondata sui principi di giustizia intergenerazionale e di sostenibilità: le aspettative degli interessati si erano formate sulle esigenze di equità contributiva e di permanenza del sistema.

Un altro *Acórdão*, il n. 396 del 2011, ha rigettato il ricorso di incostituzionalità nei confronti di un'altra riduzione tra il 3,5% ed il 10% delle retribuzioni dei dipendenti pubblici superiori a 1.500 euro. In questo caso il Tribunale aveva considerato più importanti le ragioni della eccezionale congiuntura economica e della strategia globale delineata a livello europeo, in assenza di una assoluta garanzia di irriducibilità delle retribuzioni. Allo stesso modo l'*Acórdão* n. 399 del 2010 aveva considerato ammissibile l'aumento delle aliquote dell'imposta diretta sul reddito in assenza di una lesione del principio di irretroattività fiscale e della «*proteção de confiança*».

Dopo il 2012, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, sia come conseguenza del superamento della fase più acuta della crisi sia della ripetizione di misure di grande impatto, ha modificato la tendenza abbastanza radicalmente favorevole ai diritti sociali. Il pacchetto di «*Acórdãos de austeridade*», anche definiti «*Acórdãos orçamentais*», dedicato alle leggi di bilancio degli anni 2013 e 2014 (n. 187 del 2013 e n. 413 del 2014), con motivazioni molto prolisse e estremamente frammentate, utilizza il principio della «*proteção de confiança*» (simile al principio dello Stato di diritto democratico dell'art. 2 Cost.), il diritto alla retribuzione proporzionata (art. 59, comma 1, Cost.), il diritto alla previdenza sociale (art. 63), la responsabilità statale nel promuovere un adeguato livello di vita in favore dei cittadini (art. 9), i principi di uguaglianza e proporzionalità (artt. 2 e 13) e, anche, la regola dell'annualità del bilancio statale (art. 105, comma 2). Il risultato è stato l'incostituzionalità della soppressione totale o parziale del pagamento delle ferie non godute, dei tagli delle retribuzioni ai lavoratori impiegati in attività di insegnamento o di ricerca, la riduzione del «*subsídio de férias*» di pensionati e «*reformados*», la riduzione tra il 5% e il 6% dei sussidi di disoccupazione e di malattia¹²².

¹²² Una descrizione analitica delle decisioni citate e di altre in A. CIAMMARICONI, R. ORRÙ, *Vicende e attività del Tribunal constitucional portoghese nel biennio 2013-2014*, in *Giur. cost.*,

L'unica decisione degli ultimi anni è l'*Acórdão* n. 574 del 2014 riguardante una riduzione delle retribuzioni dei dipendenti di imprese a capitale in maggioranza pubblico, che il Tribunale costituzionale ha giudicato non in contrasto con il principio di proporzionalità (*proibição do excesso*) né con il principio di uguaglianza. Questa sentenza, molto criticata in dottrina, pare un ritorno all'antico, come se la crisi fosse qualcosa che appartiene al passato.

8. La crisi economica più grave degli ultimi cento anni ha messo a prova i sistemi di benessere degli Stati democratici, il cui equilibrio si basa tradizionalmente sui servizi sociali e sulla loro capacità di consolidare il consenso sociale. I paesi del sud Europa sono stati i primi ad accusare il colpo e ad essere obbligati ad adottare misure, spesso dolorose ed impopolari, capaci di colpire grandi segmenti della cittadinanza, ponendo a rischio il consenso sulle stesse basi dello Stato sociale. La capacità di assorbire gli effetti della crisi è dipesa in parte dalla solidità dei differenti modelli di benessere¹²³ e, per il resto, da variabili di natura economica, come sono la dimensione del debito pubblico, la struttura del lavoro e la sua distribuzione tra il settore privato e quello pubblico. I tagli dei diritti sociali sono stati inevitabili e si sono ripetuti ad ondate successive.

Era inevitabile che le Corti costituzionali e supreme, in pochissimo tempo, partecipassero alla revisione delle decisioni dei governi e dei legislatori sui tagli e i sacrifici, spesso molto significativi. Questa giurisprudenza del costituzionalismo della crisi ci ha permesso, in certo modo, di porci in una prospettiva genuinamente comparativa, per valutare le differenti prospettive adottate e i metodi di argomentazione, le loro indiscutibili affinità, ma anche le loro profonde differenze.

La Corte Suprema degli Stati Uniti già aveva superato, dall'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, linee giurisprudenziali che si muovevano nel senso del timido riconoscimento di veri *social rights*. Essa, pertanto, non ha dovuto passare attraverso una prova troppo difficile. La principale decisione di questo ciclo giurisprudenziale è stata, dunque, la decisione sulla *Obamacare*, per molti aspetti quasi indipendente dal fattore della crisi, essendo legata al sistema delle relazioni tra i due livelli di governo. La Corte ha limitato il potere dell'amministrazione federale di penalizzare gli Stati

2015, p. 1883 ss. V. anche M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Constitutional Courts before Euro-crisis Law in Portugal and Spain: A comparative prospect*, in *Rev. el. direito púb.*, 2017, p. 111.

¹²³ Si veda la classificazione di P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick 1981; J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, Frankfurt am Main 1982.

contrari ad estendere il *Medicaid*, tenendo in conto che il Congresso non ha l'autorità per ordinare ai membri della Federazione di eseguire le previsioni dell'*Obamacare*.

Come si è visto, la Corte Suprema britannica ha mantenuto un atteggiamento estraneo agli schemi ideologici, confermando la giurisprudenza tradizionale sulla *review of administrative action* e assorbendo le recenti tensioni, secondo la più classica continuità.

Il Tribunale costituzionale tedesco, che già disponeva di strumenti esecutivi molto raffinati, li ha applicati in modo assai pragmatico, impiegando la teoria della riserva del possibile in contesti concreti di carattere, in gran misura, federale.

Il *Conseil constitutionnel*, seguito come sempre dal Consiglio di Stato, ha fluttuato con prudenza tra la non azionabilità dei *droits-crédances* e la possibilità di riconoscere e di sanzionare errori manifesti di natura tecnica e di raccolta dei dati della legge o nel calcolo in materia di benefici di solidarietà.

I giudici costituzionali spagnoli hanno affrontato la questione dei diritti sociali principalmente dal punto di vista delle relazioni Stato/Comunità autonome, tentando di sviluppare equilibri accettabili tra la riduzione delle risorse finanziarie disponibili per le politiche del benessere e il sistema regionale. Il Tribunale costituzionale portoghese ha seguito l'esempio di quello spagnolo, ma è stato obbligato, a causa del minore livello di decentramento del sistema costituzionale, ad affrontare direttamente il contenuto delle opzioni legislative.

In questo contesto non è possibile formulare conclusioni più specifiche. Le convergenze tra i giudici supremi degli ordinamenti costituzionali più importanti dell'Occidente sono più rilevanti dal punto di vista metodologico che sotto il profilo sostanziale.

Una verifica induttiva delle diverse situazioni negli Stati analizzati conferma ciò che era possibile forse predire a partire da un giudizio sintetico a priori. Questo è un esempio di come il metodo comparato non si possa definire una volta per tutte in astratto, ma di come si debba piuttosto adattare di volta in volta alla tipologia dei temi in esame.

SILVIO GAMBINO

Verso lo statuto europeo dei diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Origini giurisprudenziali risalenti dei diritti europei – 2. Valore e forza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE) – 3. L'incorporazione della CDFUE nei Trattati dell'Unione – 4. Diritti fondamentali e spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia

1. Alla carenza dei Trattati europei originari in tema di diritti «fondamentali» ha inizialmente fatto fronte la Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE), successivamente Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), con una giurisprudenza dai contenuti innegabilmente creativi¹.

Tali origini e la relativa evoluzione saranno ora richiamati unitamente ai contenuti più significativi che li connotano (sia dal punto di vista materiale che della stessa effettività delle tutele). Dopo una prima fase di sostanziale indifferenza al tema, in tal senso, è solo negli anni '60 – con le sentenze van Gend en Loos (causa 26-62 del 5 febbraio 1963), Stauder (causa 29/69 del 12 novembre 1969) e, soprattutto, Internationale Handelsgesellschaft (causa 11/70, del 17 dicembre 1970) – che la CGCE riconosce pienamente che la «tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza» e che «la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». In tale ultima pronuncia, la CGCE ricorre alla nozione (centrale ancorché sostanzialmente indeterminata) di «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» per determinare il contenuto materiale dei principi generali del diritto comunitario, riconoscendo, per la prima volta, che di essi fa parte integrante la tutela dei diritti fondamentali. Con successiva sentenza (Nold, causa 4/73, del 14 maggio 1974), il Giudice dell'Unione completerà il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni incorporando gli strumenti internazionali di protezione dei diritti

¹ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea*, Padova 2000; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali"*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 1; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 4.

dell'uomo e delle libertà fondamentali (cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito). A seguito di questa, per molti versi essenziale (e invero poco argomentata) giurisprudenza della CGCE, si riconosce come pienamente conseguita l'incorporazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, almeno nel senso che tale giurisprudenza può essere estesa, oltre che alle istituzioni e agli atti di tale ordinamento sovranazionale (fra le altre, nella sent. Wachauf, causa 5/88 del 13 luglio 1989), alla stessa normativa degli Stati membri attuativa del diritto dell'Unione. Un assunto – quest'ultimo – dal quale rimaneva preclusa la sola normativa nazionale priva di qualsiasi legame con quest'ultimo ordinamento (sent. Kremzow, causa 299/95 del 29 maggio 1997), conseguendone che i diritti fondamentali di cui la CGCE assicura la tutela sono «sì libertà fondamentali ma [...] in quanto strumentali agli obiettivi economici dei trattati, cioè come garanzie proprie del sistema comunitario». Già altri hanno osservato come il metodo seguito dalla CGCE nel suo riconoscimento pretorio dei diritti fondamentali dell'Unione sollevi più di qualche perplessità. In assenza di stringenti previsioni dei Trattati, quanto al loro ruolo di garanti del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del [...] Trattato» (art. 220 e 230 TCE), infatti, il Giudice dell'Unione aveva operato una interpretazione estensiva delle disposizioni contenute negli stessi in tema di responsabilità extra-contrattuali – vera e propria creazione pretoria di diritti – utilizzando, come è stato argomentato in modo convincente, «il riferimento ai principi generali anche nelle materie per le quali esso non è previsto, quanto meno esplicitamente, nei trattati istitutivi quale modo per elaborare regole concrete muovendo dalla considerazione degli ordinamenti degli stati membri»².

È seguendo tale indirizzo giurisprudenziale che la CGCE – dai primi anni '60 del secolo scorso fino al Trattato di Lisbona (13 dicembre 2007) – ha elaborato un vero e proprio catalogo di diritti fondamentali, benché limitato nella sua estensione rispetto alle previsioni oggetto della positivizzazione nei «nuovi» Trattati dell'Unione e rispetto alle previsioni costituzionali delle carte costituzionali del secondo dopoguerra. Una previsione normativa – questa, per come si osserverà meglio in seguito – che positivizza una risalente giurisprudenza comunitaria (sent. Van Gend & Loos, Causa 26-62 del 5 febbraio 1963), secondo la quale i diritti soggettivi dei cittadini degli Stati membri sussistono – e in quanto tali sono tutelabili innanzi al giudice nazionale e a quello comunitario – «non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menzioni, ma anche come contropartita di precisi obblighi

² G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano 1986, p. 543.

imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie». In assenza di una compiuta previsione originaria dei diritti fondamentali dell'Unione (che avverrà, sia pure in forme non comparabili con la disciplina degli stessi positivizzata nelle costituzioni del secondo dopoguerra, con le innovative previsioni dei «nuovi» Trattati dell'Unione), la disciplina positiva di tali diritti ha costituito sicuramente parametro per assicurare l'apertura al bilanciamento fra valori economicistici e valori sociali dell'originario ordinamento comunitario³. Questi ultimi, in tal modo, registrano una novità particolarmente significativa, almeno sotto il profilo della loro visibilità, connotandosi quale contenuto fondamentale del «patrimonio costituzionale comune» europeo⁴. La stessa dottrina, che era stata impegnata nel sostenere le ragioni della necessità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), aveva sottolineato come lo stesso art. 136 TCE (ora art. 151 TFUE) – ove si prevedeva che la Comunità e gli Stati membri s'impegnano a «tenere presenti» i diritti sociali nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale definiti nella medesima disposizione – escludeva «tassativamente dalle competenze comunitarie le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero, ecc.»⁵.

In tale quadro, ancora prima della sua (sostanziale) incorporazione nei «nuovi» Trattati eurounitari, il tema della collocazione della CDFUE nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione ha costituito un problema centrale nell'approfondimento dottrinario e nella stessa giurisprudenza costituzionale⁶. Benché la volontà della Commissione, del Parlamento europeo e di alcuni Stati (tra cui l'Italia) fosse quella di un inserimento della CDFUE nel *corpus* dei Trattati, e malgrado che l'organo costituito per la sua «scrittura» avesse lavorato sul presupposto della sua efficacia vincolante, il Consiglio europeo, a Nizza, si era limitato a «proclamare» solennemente la CDFUE senza assumerne ancora la forza giuridica e con essa

³ C. PINELLI, *La Carta dei diritti, la cittadinanza, la vita democratica dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna 2004; G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, n. 3; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzionale-comparatistica*, Milano 2009.

⁴ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002; M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova 2000.

⁵ A. MANZELLA, *Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma 2003; S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001.

⁶ G. U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino 2003.

l'integrazione nei Trattati. Pur nella mancata qualificazione giuridica e in assenza di efficacia vincolante fino alla ratifica dei «nuovi» Trattati, così, occorre chiedersi quale ruolo fosse stato riservato nella prassi applicativa alla CDFUE⁷. Se, infatti, in quest'ultima, e soprattutto nella giurisprudenza della CGUE, si fossero individuate concrete modalità applicative, la CDFUE – a mo' di *Bill of rights* del costituzionalismo europeo (sia pure in senso sostanziale) – avrebbe già potuto rappresentare un passo importante ancorché non ancora risolutivo per l'adozione di una costituzione dell'Unione, rendendo in tal modo più chiara l'esigenza di ripensare, se non ancora a forme di costituzionalismo compiuto, almeno a un nuovo e peculiare costituzionalismo inclusivo della relativa legittimazione costituzionale di tipo sostanziale⁸. In diversa ipotesi, la CDFUE avrebbe corso il rischio di atteggiarsi a mera dichiarazione d'intenti o di diritti non cogenti, di cui è ricca la storia delle organizzazioni internazionali, e che spiega in modo semplificato diritti, del resto già riconosciuti in tutti gli Stati membri dell'Unione⁹. In tale quadro era stato osservato come la CDFUE, in quanto «ricognizione» di un patrimonio costituzionale comune europeo, avesse già iniziato a costituire un parametro di riferimento, soprattutto in sede giurisdizionale¹⁰. Nelle conclusioni nella causa BECTU vs. Secretary of State for Trade and Industry (causa C-173/99 del 26 giugno 2001), in tal senso, si ricorda come l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia (Antonio Tizzano), fondandosi sull'art. 31.2 della CDFUE («condizioni di lavoro giuste ed eque»), restituisse piena conferma della natura di diritto sociale con riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite. In precedenza, specifici riferimenti alla CDFUE erano stati operati dal *Tribunal Constitucional* spagnolo e dalla Corte costituzionale italiana (ad es. Corte Cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, p.to 2.1 del cons. dir.). Sebbene tale orientamento non fosse stato seguito dalla CGCE, che in merito si era attenuta ad un prudente *self-restraint*, esso offriva il vantaggio di consentire una individuazione chiara dei diritti

⁷ A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza Italiana*; M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002; AA.VV., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna 2001.

⁸ L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013.

⁹ A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001.

¹⁰ G. PISTORIO, A. CELOTTO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005; G. PISTORIO, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *European Rights.eu*, 2007.

fondamentali, assicurandone l'indivisibilità (fra diritti civili, economici e sociali) e l'inscindibilità rispetto ai valori e alla pregressa esperienza europea, in maniera tale da permettere di stabilizzare il processo, a volte tumultuoso, che aveva permesso al Giudice dell'Unione di travalicare i limiti dei Trattati e, quindi, di spingersi oltre, attraverso un procedimento d'interpretazione evolutivo, di tipo «progressivo».

Tuttavia, una fissazione rigida dei diritti fondamentali nella CDFUE analizzata da una simile prospettiva, avrebbe potuto comportare, secondo parte della dottrina, una riduzione di tutela, in quanto limitata a quanto espressamente stabilito nella CDFUE; secondo un diverso indirizzo, la CDFUE non incorreva in tale rischio in quanto la stessa si riduceva ad una elencazione di diritti, senza alcuna previsione di doveri o quantomeno di limiti all'esercizio degli stessi (ad es., nel caso del diritto di proprietà e di iniziativa economica, non era stato previsto il limite della «funzione sociale», necessario a legittimare gli interventi legislativi di conformazione dei diritti medesimi a finalità sociali, per come previsto nelle costituzionalismo sociale post-bellico). A fronte di tale orientamento, infine, non mancava chi si richiamasse alle origini per così dire giusnaturalistiche dei diritti nell'ambito del costituzionalismo europeo. In tale contesto, i diritti erano da cogliere come un *acquis* consolidato «che limita e relativizza qualsiasi sovranità ... essi sono per così dire l'antisovrano»¹¹, ed ecco perché «scrivere una Carta europea dei diritti significa (ha significato) non tanto redigere un testo su cui dovesse esprimersi una volontà legislativa, ma trovare e raccogliere, nel secolare 'deposito' della tradizione costituzionale – fatta di carte, di testi, ma anche e soprattutto di giurisprudenza, sia essa dei giudici nazionali o comunitari o della Corte di Strasburgo – ciò che vi è di essenziale e di comune: un'opera, appunto, prevalentemente ricognitiva»¹². Le disposizioni della CDFUE, nel documento approvato a Nizza, pertanto, avevano (ed hanno ancora alla luce della sua odierna incorporazione sostanziale nei Trattati dell'Unione, a Lisbona) un ambito di applicazione limitato agli atti delle istituzioni e degli organi dell'Unione e agli atti degli Stati membri che danno attuazione al diritto dell'Unione, così come previsto espressamente all'art. 51, par. 1, della stessa CDFUE, mentre il par. 2 della medesima disposizione afferma che la CDFUE non introduce nuove competenze per la Comunità e per l'Unione, né apporta modifiche ai compiti e alle competenze definiti dai Trattati. Fino alle più recenti riforme dei Trattati adottate a Lisbona, così, si assumeva che la CDFUE non richiedesse modifiche delle costituzioni degli Stati membri,

¹¹ V. ONIDA, *Il difficile compito della Convenzione sull'avvenire dell'Europa*, in *Forum quad. cost.*, 2004.

¹² *Ibidem*, p. 2.

né (naturalmente) si sostituisse a esse, limitandosi a proporre una sistemazione (con finalità di visibilità) che offrisse uno spazio comune di diritti, un denominatore comune fra tradizioni giuridiche e sensibilità diverse, diventando, in tal modo, premessa di una (quasi ma non certo compiuta) «cittadinanza europea»¹³. In ogni caso, per come osservato, sia pure in modo essenziale, la CDFUE si era vista già riconoscere un suo valore, a testimoniare quel sentimento comune europeo che è costituito da diritti e da importanti conquiste civili e a manifestare quello che è il carattere profondo di una Europa non solo economica ma sempre più aperta alla ricerca di «tradizioni costituzionali comuni» che possano costituire l'*ethos* condiviso dei diversi popoli europei riuniti giuridicamente attraverso le istituzioni dell'Unione.

2. Le scelte operate dai «nuovi» Trattati dell'Unione in tema di diritti offrono una nuova soluzione, che, pur senza incorporare formalmente la CDFUE al loro interno, si limita ad assegnarle la medesima «forza» giuridica di questi ultimi (art. 6 TUE)¹⁴. Una soluzione che appare atta a farsi carico delle esigenze di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali dell'Unione, offrendo alla CDFUE parametri più saldi rispetto a quelli di cui disponeva fin qui, e che l'avevano già portata alla vera e propria formulazione di una «Costituzione giurisdizionale» dei diritti fondamentali europei. Parametri che, al contempo, consentiranno lo sviluppo di un più appropriato sistema di protezione *multilevel* dei diritti, nell'ottica suggerita dalla dottrina interna e da quella europea¹⁵, che non potrà che portare le istituzioni europee, in un futuro più o meno prossimo, a rivedere la CDFUE per arricchirla con cataloghi di diritti maggiormente aderenti alle più avanzate tradizioni costituzionali europee (soprattutto in materia di diritti sociali e di diritti politici), volti

¹³ C. AMIRANTE, *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. Giur.* (agg. XII), Roma 2004; V. LIPOLIS, *La cittadinanza europea*, in *Quad. cost.*, 1993, n.1.

¹⁴ V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, T. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello"*, ambedue in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma 2011; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli 2018.

¹⁵ M. MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano 2002; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari 2003; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005; AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, in *La Costituzione europea, Annuario 1999*, Padova 2000.

a conseguire una evoluzione più netta verso un costituzionalismo europeo maggiormente compiuto¹⁶.

Tanto richiamato in via generale circa la forza giuridica della CDFUE, piuttosto ambigua fino alla ratifica definitiva dei «nuovi» Trattati, in quanto fondata (fino a tale data) sulla sua proclamazione quale documento politico ricognitivo dei diritti corrispondenti alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione, rievocati altresì gli indubbi progressi segnati in materia dai «nuovi» Trattati, occorre ora interrogarsi sulla natura, sulla tipologia e sulla stessa esigibilità giuridica dei diritti accolti nella CDFUE (sia sociali che civili). Pur potendosi evidenziare cospicue discontinuità rispetto alle previgenti previsioni in tema di riconoscimento e di protezione dei diritti fondamentali europei, per molto tempo non è sembrato potersi affermare che le soluzioni accolte nella CDFUE (dopo il Trattato di Lisbona nuovamente proclamata dal Consiglio, dalla Commissione e dal Parlamento europeo¹⁷) potessero ancora ritenersi adeguate rispetto all'esigenza di un definitivo superamento delle asimmetrie nella tutela dei diritti fondamentali europei rispetto alle omologhe previsioni nella Costituzione italiana e nelle maggioritarie esperienze costituzionali europee.

La mancata ratifica del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e la sottoscrizione dei «nuovi» Trattati (a Lisbona il 13 dicembre 2007) avevano fatto ritenere che le soluzioni accolte nell'art. 6.1 del TUE potessero costituire, con riguardo al riconoscimento e alla tutela giurisdizionale dei diritti europei, una situazione diversa rispetto a quanto assunto nel (più visibile) processo d'incorporazione della CDFUE all'interno dei Trattati, per come previsto dal Trattato costituzionale (non ratificato) e in ogni caso con un'effettività non dissimile della relativa protezione giurisdizionale ivi assicurata. Nella stessa disposizione sancita all'art. 6, comma 1, del TUE si prevede che le «disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». In tal senso, invero, appare quanto meno incerta quella previsione sancita all'art. 1 del protocollo n. 7, relativa all'applicazione della CDFUE alla Polonia e al Regno Unito (regime accordato anche alla Repubblica Ceca, poco prima della ratifica). Come sappiamo ormai da più anni, per il Regno Unito, la questione centrale si ridefinisce attualmente come (volontà di) recesso dalla Unione (c.d. *Brexit*). Se, infatti, risulta poco comprensibile la *ratio* posta alla base dell'*opting-out* dei

¹⁶ S. GAMBINO, *Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: 'nuove' frontiere per 'nuovi' diritti*, Milano 2008.

¹⁷ E. PACIOTTI, *La seconda 'proclamazione' della Carta dei diritti e il trattato di riforma*, L. S. ROSSI, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, ambedue in *European Rights.eu*, 2008.

Paesi prima richiamati, pare comunque innegabile la forza novatrice da assegnare all'art. 6.1, nel senso del riconoscimento alla CDFUE della medesima forza giuridica dei Trattati. Pur assumendo come di dubbia effettività quelle disposizioni che, in modo più che discutibile, si propongono di orientare l'interpretazione della CDFUE da parte della CGUE – «i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità alle disposizioni generali del titolo VII della Carta ... e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni» (art. 6.1., terza frase normativa, del TUE) – nonostante la «decostituzionalizzazione» fattane nei nuovi Trattati¹⁸, più che nelle costituzioni e nelle prassi nazionali (ovvero nell'ambito di applicazione della CEDU), la principale acquisizione della novellata disciplina dei Trattati è stata individuata nella sua applicazione alle stesse istituzioni dell'Unione. Se non può dubitarsi che le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, soprattutto agli Stati dell'Unione provenienti dalla vecchia conformazione dell'Europa, costituiscano un'esperienza di costituzionalismo avanzato, si tratta, come è stato già sottolineato, della previsione che disciplina un evidente «*habeas corpus* contro l'Unione ... Le istituzioni europee sono chiaramente vincolate al rispetto della Carta e si potrà chiedere l'annullamento di un atto dell'Unione che sia con essa incompatibile ... allo stato attuale le Costituzioni nazionali e la CEDU difficilmente raggiungono il campo di applicazione del diritto comunitario»¹⁹.

Si può certo discettare circa la natura di *Bill of rights* per l'Unione di una simile scelta operata dai «nuovi» Trattati, ma, se si fa eccezione per le limitazioni imposte dai protocolli aggiuntivi per il Regno Unito, la Polonia e la Repubblica Ceca, non può che prendersi atto della considerazione secondo cui, in tal modo, si pone fine a una situazione d'incertezza circa la natura e l'efficacia giuridica da riconoscere alla CDFUE, che si era protratta per un tempo indubbiamente lungo.

Un tempo – quest'ultimo – che aveva comunque consentito quelle innovative letture giurisprudenziali che, pur a fronte della dichiarata natura di documento politico della CDFUE, la individuavano comunque come parametro di riferimento nella tutela dei diritti fondamentali, ancorché unitamente ad altri parametri di protezione²⁰. Dopo la stagione di dibattito nel

¹⁸ L. S. ROSSI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1.

²⁰ S. GAMBINO, *La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de los derechos del hombre*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, p. 8.

quale la CDFUE veniva individuata come il *Bill of rights* del costituzionalismo europeo, che avrebbe trasformato, con la sua mera previsione, la carente legittimazione democratica e costituzionale dell'Unione, può ora dirsi che la nuova «scrittura» dei Trattati non risulta ispirata a tali pretese fondative del costituzionalismo politico, e neppure può forse ritenersi che ne sia stata prevista una forza giuridica pariordinata a quella dei Trattati allo scopo di colmare un vuoto di tutela dei diritti fondamentali da parte delle Istituzioni dell'Unione, per come era stato affermato da una parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale europea. Lo spazio giuridico della CDFUE, così, rimane individuato in quella protezione *multilevel* che viene individuata come più appropriata per le esigenze di garanzia dello Stato contemporaneo²¹ e che viene solennemente affermata nel suo Preambolo e nell'art. 53 del TUE. La natura giuridica della CDFUE (e con essa lo stesso problema della sua collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti) trova ora una sua sistemazione formale, come si vedrà anche in seguito, nella già richiamata previsione di cui all'art. 6 del TUE. Con tale disposizione non si riconosce alla CDFUE lo *status* proprio dei Trattati e neppure quello di Costituzione vera e propria quanto la mera forza giuridica degli stessi, assicurata dalla sua sostanziale incorporazione nei Trattati.

Quanto all'ambito materiale delle tutele accolte nella CDFUE, era stato osservato (e oggi viene ribadito nel Trattato di Lisbona, come si vedrà) che alcune sue disposizioni sembrerebbero disciplinare materie di più ampio respiro rispetto al nucleo delimitato delle competenze dell'Unione. Nella CDFUE proclamata politicamente a Nizza era stata predisposta, a tal fine, una «clausola orizzontale», secondo la quale alla stessa non si confidava la finalità di modificare le competenze dell'Unione, in quanto una siffatta innovazione avrebbe potuto essere introdotta solo attraverso l'attivazione dell'apposito *iter* procedimentale di revisione dei Trattati. In conclusione, appare certo come lo sforzo di positivizzare le «tradizioni costituzionali comuni» dei Paesi membri dell'Unione in materia di diritti fondamentali, in corso ormai da una metà di secolo, consegnò alla CDFUE un evidente ruolo di «ponte» fra passato e futuro dell'Europa. In tale quadro, non appare dubbio che l'Europa si lascia alle spalle un complesso ordinamento giuridico

²¹ AA.VV., *La Costituzione europea*, Padova 2000; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione cit.*; P. BILANCIA, G.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano 2004; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello*, cit.; G. MORBIDELLI, *La tutela*, cit.; S. GAMBINO, *Costituzionalismo*, cit.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Corte costituzionale*, Roma 2014.

pensato soprattutto per le merci e i capitali, e si profila all'orizzonte (se saranno superate le incertezze politiche e istituzionali allo stato osservabili nelle politiche delle istituzioni eurounitarie) un'Europa dei cittadini e dei diritti. Una Europa che potrà attrarre (e mobilitare) le sensibilità e le culture dei popoli europei, molto più di quanto non ha potuto (e saputo) fare l'Europa dei mercati (merci, capitali, servizi).

In tale nuovo scenario, importanti scelte di fondo riguardano il contenuto, l'estensione e le garanzie giurisdizionali dei singoli diritti, intesi non come mere questioni tecnico-redazionali, ma nel loro significato assiologico-oggettivo²². Esse hanno un primario carattere politico, proponendosi, secondo argomentati approcci dottrinari, come momento fondativo di un ordinamento democratico-costituzionale (quasi ma non) pienamente compiuto e, pertanto, capace di autoreferenzialità. Secondo una parte della dottrina, infatti – le cui argomentazioni, in assenza di un compiuto procedimento costituente, non riteniamo comunque di poter condividere (salvo a considerarle come espressione di un mero «fatto» costituzionale o, meglio ancora, come espressione di un costituzionalismo consuetudinario) –, la CDFUE, in tal senso, potrebbe trasformare la stessa fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo, che passerebbe in tal modo dalla volontà degli Stati membri a quella dell'Unione.

Pur dovendo prendere atto dell'evidenza costituita dall'effettività osservabile, oltre che nel processo²³, nella (pienamente riconosciuta e conseguita) normatività europea, così, pare necessario sottolineare come la incorporazione della CDFUE all'interno dei Trattati continui a dover essere affrontata con riguardo alle stesse problematiche costituzionali poste dalla legittimazione costituzionale dell'ordinamento dell'Unione e dal suo primato (presuntamente generalizzato) sul diritto interno, come appunto tale diritto si presenterà alla CGUE ma anche ai giudici ordinari e a quelli costituzionali dei singoli Paesi dell'Unione.

Naturalmente una simile lettura non impedisce, per come sta già avvenendo nella giurisprudenza delle corti nazionali e di quelle europee, che la

²² A. RUGGERI, *Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano 2003.

²³ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998; ID., *Il caso esemplare della Costituzione europea come 'insieme di atti' (puntuali nel tempo) e 'insieme di processi' (storici): dalle C.E.E. alla C.E., all'U.E.*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, Roma 2003.

CDFUE possa costituire un parametro normativo che gode di una primazia piena e di diretta applicabilità (se si eccettuano gli ambiti materiali oggetto di necessario «controlimito» da parte delle Corti costituzionali nazionali) sul diritto nazionale degli Stati membri dell'Unione²⁴.

3. Con la loro piena efficacia (il 1° dicembre 2009), i «nuovi» Trattati dell'Unione estendono alla CDFUE lo stesso loro valore e la relativa forza giuridica, in tal modo giuridicizzandola rispetto alla natura di mero documento politico per come la stessa si connotava nella sua originaria formulazione (Nizza, 2000). Ancorché limitata rispetto alle garanzie accordate ai diritti fondamentali in altre Carte di diritti (e di certo nella Costituzione repubblicana), la CDFUE si pone come un vero e proprio *Bill of rights* del diritto primario dell'Unione destinato a (far) ripensare lo stesso sviluppo futuro del processo di integrazione europeo, attualmente attraversato da forti criticità determinate dagli effetti delle politiche europee di contrasto della crisi e dalle problematiche poste dalla gestione del fenomeno migratorio da più tempo in atto. Tutto ciò senza voler minimizzare il (convincente) dubbio di quell'autorevole dottrina che si interroga sui limiti (teorici e pratici) circa la possibile «funzione federalizzante dei diritti»²⁵. Secondo le previsioni dei «nuovi» Trattati, in tale ottica, il processo di integrazione europea si fonderebbe – in modo più significativo di quanto non fosse avvenuto nella sua fase originaria – anche sugli effetti (legittimanti) prodotti dall'applicazione dei diritti fondamentali accolti nella CDFUE, a loro volta identificati mediante una loro aggregazione intorno ai valori fondamentali della dignità, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia. Se non proprio ai cataloghi (ben più articolati) dei diritti fondamentali previsti dalle costituzioni nazionali (e da quella italiana, per quanto ora rileva, in particolare), tali valori e tali principi sembrano corrispondere alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione, più efficacemente colte se inquadrare come un consolidato «patrimonio costituzionale europeo», secondo la formulazione di una autorevole dottrina a tutti ben nota. Il termine utilizzato rinvia a formule dubitative in quanto, come diremo oltre, si può affermare in modo argomentato che non esiste una vera e propria tradizione costituzionale comune in materia di diritti che

²⁴ M. CARTABIA, *Principi*, cit.; ID., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007; A. CELOTTO, *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli 2009; T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid rass.*, 2005, n. 13.

²⁵ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, p. 19.

possa essere colta come ideal-tipica del costituzionalismo europeo post-bellico. Rimane in ogni caso convincente quella lettura secondo la quale con l'incorporazione (sostanziale) della CDFUE nei «nuovi» Trattati si determina una (rilevante benché non ancora risolutiva) discontinuità nel processo di integrazione europea, avviando un processo costituente materiale destinato a concludersi (nel tempo che si renderà politicamente necessario) con l'affermazione di un più compiuto costituzionalismo europeo, quando (e se) i popoli europei si determineranno politicamente in tal senso. Una simile «nuova tappa» nel processo di integrazione europea, tuttavia, potrà procedere se quell'insieme di soggetti e di istanze europee che si è soliti cogliere come *governance europea* sapranno porre in essere nuove e più efficaci politiche idonee alla realizzazione delle finalità e degli obiettivi accolti nei «nuovi» Trattati, offrendo al contempo convincenti argomenti per superare (o almeno per limitare) la crescente indifferenza o la vera e propria avversione verso l'Europa (e le sue istituzioni) osservabile in porzioni viepiù crescenti delle società e delle forze politiche europee.

Omettendo ora di porre nuovamente l'accento sull'impatto della crisi in tema di effettività dei diritti fondamentali (sociali e non)²⁶, si sottolinea che, con la CDFUE, è stata positivizzata una tutela europea dei diritti, delle libertà e dei principi, la cui garanzia ora non si fonda più sulla mera nozione (sostanzialmente indeterminata, come si è osservato) delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione»²⁷, per come avveniva nella fase originaria di creazione pretoria dei diritti fondamentali ad opera della CGUE²⁸. Può dirsi, così, che il processo di integrazione europea – secondo le previsioni dei «nuovi» Trattati dell'Unione – si fonda, in modo più significativo di quanto non fosse stato previsto nella fase originaria, sugli stessi effetti (legittimanti) prodotti dall'applicazione dei diritti fondamentali accolti nella CDFUE, a loro volta riuniti intorno ai valori fondamentali

²⁶ Fra gli altri, S. GAMBINO, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e 'governance' economica*, in F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración política*, Navarra 2017, p. 27-41; ID., *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale*, in *Koreuropa.it*, 2015; ID., *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2019, n. 1.

²⁷ Supplemento speciale al 2016, n.1 di *La cittadinanza europea – Serie Quaderni – Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, *Atti del seminario annuale di 'Diritti comparati'*, Macerata, 11 dicembre 2015.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee* Bologna 2007; V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*; T. GROPPi, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello"*, ambedue in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma 2011.

della dignità, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia. A tali effetti si accompagna il sostanziale apporto (non scevro da perplessità, per come ora non potremo argomentare) delle giurisprudenze europee (in particolare della CGUE e della Corte EDU) nel loro farsi carico di assicurare le garanzie secondo forme di protezione *multilevel* ora positivizzate sia nella CDFUE (art. 53) che nella CEDU (art. 53).

Quanto ai nuovi «valori», alle finalità e agli obiettivi accolti nella riforma dei Trattati dell'Unione, occorre evidenziare come – nell'obiettivo di «portare avanti il processo di creazione di una unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa» e di «promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli», per come viene sancito nel Preambolo del TUE e nel Titolo IX del TFUE – vengano meglio definite (comunque non ancora in modo risolutivo) finalità e obiettivi per lo sviluppo di strategie coordinate a favore dell'occupazione (e per la promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile), nonché di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici. Tali obiettivi sono finalizzati in particolare alla realizzazione dello sviluppo sostenibile nei Paesi membri dell'Unione, alla promozione della coesione sociale, economica e territoriale e al contrasto delle esclusioni sociali e delle discriminazioni, secondo quanto stabiliscono in modo più specifico gli artt. 2 e 3 del TUE. In tale ottica, in particolare, si veda lo iato esistente fra le previsioni finalistiche del diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa «volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (art. 34.3 CDFUE) e i limiti attuativi della previsione in termini di (inadeguate e talora inesistenti) misure di sostegno in favore dell'occupazione nell'ambito dei Paesi membri dell'Unione²⁹. La stessa strategia viene prevista ai fini dell'attuazione degli obiettivi accolti nel Titolo X del TFUE («Politica sociale»), con specifico riguardo alla previsione di «tenere presente» nell'esercizio delle competenze europee i diritti sociali fondamentali per come definiti nei documenti ivi richiamati (art. 151) e di promuovere il dialogo sociale, «tenendo conto» della diversità delle prassi nazionali in materia di relazioni contrattuali.

Quanto all'ambito materiale dei diritti sanciti nella CDFUE (e in altre specifiche disposizioni dei Trattati dell'Unione), ai fini dell'analisi che qui si vuole richiamare (sia pure in modo essenziale), rileva in particolare la disposizione accolta nel già richiamato art. 6 del TUE, secondo la quale (par.1) «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei

²⁹ C. TRIPODINA, *Il diritto a una vita dignitosa. A che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione (governo Gentiloni) e Reddito di cittadinanza (Movimento 5 Stelle) a confronto*, in *La cittadinanza europea*, 2018, n. 1; W. NOCITO, *Reddito minimo garantito e cittadinanza sociale europea*, in *La cittadinanza europea*, 2017, n. 2.

diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati» e che «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati»; (par. 2), «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; (par. 3) «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» che, in quanto tali, sono da osservarsi, promuovendone l'applicazione, nello spirito e nei limiti dell'art. 51.1 della CDFUE. In conformità a quanto stabilito nelle Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della CDFUE (Titolo VII), le disposizioni che contengono dei principi «possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità» (art. 52.5, CDFUE), nel mentre le stesse «possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze» (art. 52.5, CDFUE). A tal fine, i giudici dell'Unione e degli Stati membri «tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta» (art. 52.7, CDFUE). In assenza di un'espressa competenza generale dell'Unione in materia di diritti e di libertà – oltre a quanto previsto all'art. 52.2 della CDFUE (secondo cui i «diritti riconosciuti dalla [...] Carta per i quali i Trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti») e oltre a tutte le specifiche situazioni giuridiche soggettive riconosciute nei Trattati e garantite nella loro concreta natura di «contropartita d(e)i precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie» (secondo il già richiamato indirizzo accolto nella sentenza della CGCE, C-26/62, *Van Gend en Loos*) – si conferma, in tal modo, che l'ambito di applicazione della CDFUE rimane strettamente (de-)limitato a quanto stabilito nelle sue clausole orizzontali e in particolare nell'art. 51.1, nonché nelle disposizioni di disciplina di specifici diritti previsti nell'ambito dei Trattati, che, come si è ricordato, sono garantiti alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti (nell'art. 52.2).

Tuttavia, la prassi giurisprudenziale non sempre risulta orientata a seguire in senso stretto tali previsioni, dovendosi evidenziare, nello sviluppo della giurisprudenza della CGUE, per come è stato già bene osservato, «incursioni (o escursioni) al di là di tali confini, estendendo la validità della

CDFUE ad ambiti non interessati dal diritto dell'Unione»³⁰, e sottolineando come, in tale dinamica evolutiva, «i confini fra la Carta dei diritti dell'Unione europea e le costituzioni nazionali sono in via di definizione»³¹. Ne deriva che le «zone grigie» nell'ottica della lettura giurisprudenziale sono numerose e i principi per orientarsi negli ambiti in cui meno nitida appare la separazione di competenze ancora attendono di essere compiutamente elaborati, (motivando la convinzione secondo cui) quello della interpretazione dell'art. 51.1 costituisce un terreno di lavoro tanto per i giudici europei, quanto per i giudici costituzionali nazionali, in vista di una più precisa articolazione dell'idea del «collegamento di una certa consistenza» fra diritto nazionale e diritto dell'Unione, che la Corte di Giustizia ha enunciato³². In tale ottica, deve parimenti sottolinearsi come l'indirizzo giurisprudenziale della CGUE e della Corte EDU in tema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ha significativamente influenzato le Corti costituzionali dei Paesi europei, favorendo importanti *revirement* giurisprudenziali sia con riguardo all'utilizzo del parametro relativo alle libertà economiche sia a quello del diritto penale (sostanziale e processuale).

4. A risultare particolarmente influenzata, in tale ultimo ambito, che ha visto di recente il protagonismo della Corte EDU e della CGUE rispetto alla Corte costituzionale, è stata in particolare, la giurisprudenza in tema di processo penale in contumacia. Tale indirizzo è stato anche invocato dalla CGUE al momento di pronunciarsi sulle ragioni problematiche nei confronti dell'accordo di adesione dell'Unione alla CEDU (Parere 2/13, del 18 dicembre 2014), allorché il Giudice dell'Unione ha ribadito la dottrina già elaborata nel caso *Melloni* (CGUE, Stefano Melloni contro Ministero Fiscal, Causa C-399/11, sentenza del 26 febbraio 2013), sottolineando con forza che «l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punti 188 e 191 del Parere 2/13).

Tale indirizzo giurisprudenziale non ha mancato di produrre effetti sui nuovi indirizzi in materia da parte del legislatore italiano. Le reazioni prodotte dal caso *Melloni* nell'ordinamento interno hanno infatti prodotto un nuovo indirizzo legislativo nella riforma del processo penale in contumacia (legge n. 67/2014), sulla cui base il processo penale può ora essere celebrato

³⁰ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3.

³¹ *Ibidem*.

³² M. CARTABIA, *La tutela*, cit., p. 5.

in assenza dell'imputato, a condizione che quest'ultimo ne sia a conoscenza e comunque nel quadro di un rafforzamento delle misure di favore del suo diritto di difesa³³. Quanto al dialogo giurisprudenziale fra la Corte costituzionale e il Giudice dell'Unione (e al relativo apporto di integrazione fra i due ordinamenti), il «livello di protezione» deve corrispondere a quello più elevato *pro persona*, garantito («nel rispettivo ambito di applicazione») dalle disposizioni delle Carte e degli ordinamenti previsti dall'art. 53 della CDFUE (che, in tema, riprendono in modo pressoché letterale le previsioni dell'art. 53 della CEDU). L'art. 53 della CDFUE, in tale ottica, – in ragione dell'evidente *favor* della giurisprudenza eurounitaria accordata alle libertà economiche sancite nei Trattati dell'Unione rispetto alle protezioni accordate ai diritti economici e sindacali dei lavoratori nell'ambito delle costituzioni nazionali – solleva importanti interrogativi sugli indirizzi giurisprudenziali della CGUE relativamente alla portata (presuntamente generalizzata) del primato del diritto dell'Unione sui diritti fondamentali costituzionali e sulla centrale questione dei relativi limiti, *in unum* con le determinazioni in materia di *standard* di protezione ora positivizzate nella CDFUE e sullo stesso orientamento (giurisprudenziale e almeno di una parte della dottrina) relativo all'asserita fondatezza e necessità della «dottrina dei controllimiti»³⁴. Quest'ultima ritrova nuova linfa nell'ottica (ora) positivizzata nell'art. 53 della CDFUE e nel rispetto delle previsioni dell'art. 4.2 del TUE, secondo un indirizzo giurisprudenziale che era già stato validamente argomentato da alcune corti costituzionali europee, fra cui in particolare quella tedesca e quella italiana – nelle sentenze Frontini (Corte Cost., sent. del 27 dicembre 1973, n. 183), Granital (Corte Cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170), Fragd (Corte Cost., sent. 21 aprile 1989, n. 232) –. Si tratta, appunto, della questione più di recente sollevata (in particolare, ma non solo) dalla sentenza Melloni, appena richiamata. Anche se la materia concerne l'ambito delle libertà economiche, omologa appare anche la questione posta (fra l'altro) dalle note sentenze Viking (CGUE, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, C-438/05, 11 dicembre 2007), Laval (CGUE, Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet, C-341/05, 18 dicembre 2007), Rüffert (Dirk Rüffert contro Land Niedersachsen, C-

³³ A. RUGGERI, *'Dialogo' tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in *Diritti fondamentali*, 2013.

³⁴ Di recente, S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controllimiti attraverso il «dialogo» tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2.

346/06, 3 aprile 2008) e CGCE, Commissione c. Repubblica federale di Germania, (C-271/08, 15 luglio 2010), in tema di rapporti, al livello europeo, fra libertà economiche e diritti sociali previsti e garantiti dalle costituzioni nazionali³⁵.

L'evoluzione giurisprudenziale in tema di principi e di diritti fondamentali è ben noto. Unitamente al patrimonio costituzionale europeo, ricostruito in via pretoria nel corso del primo trentennio di vita delle istituzioni comunitarie (a partire dalla nota triade di sentenze, Stauder, Internationale e Nold), tali previsioni concorrono a definire un *acquis communautaire* al cui consolidamento l'Unione assegna la finalità di garantire «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67, TFUE). Nel confermare «il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto» (come si afferma nel Preambolo del TUE), in tal modo, l'Unione esprime la determinazione a segnare «una nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee», nel quadro del pieno rispetto da parte dell'Unione dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e della loro «identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (art. 4, TUE)³⁶. Quanto al suo ambito di applicazione, pertanto, la CDFUE stabilisce che le relative disposizioni «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati» (art. 51)³⁷. Rispetto a tale previsione, che è fondamentale nell'ordinamento dei rapporti fra fonte primaria europea e fonti costituzionali nazionali, la Corte costituzionale italiana ha ribadito in modo deciso il proprio indirizzo in materia, secondo cui deve escludersi che la CDFUE: «costituisce uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia,

³⁵ R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei 'confini' fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13 Cruciano Siragusa*, in *Consulta Online*, 2014.

³⁶ B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e 'controlimiti europeizzati'*, in *Forum quad. cost.*, 29 dicembre 2011; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté euro-unitaria*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 2.

³⁷ A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Consulta Online*, 23 marzo 2011.

sia prima [...] che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...] Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»³⁸.

Nella CDFUE (art. 52.5), inoltre, è sancito che le sue disposizioni, quando stabiliscono «principi», possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi dell'Unione (istituzioni, organi e organismi) e da atti degli Stati membri in sede di attuazione dell'ordinamento dell'Unione (nell'esercizio delle loro rispettive competenze). Davanti a un giudice nazionale esse possono essere invocate ai soli fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. La differenziata natura delle disposizioni contenenti «principi e diritti» è stata (ed è tuttora) indagata in dottrina³⁹, potendo esse far paventare – con peculiare riguardo (a) alla giustiziabilità dei diritti sociali, (b) ai parametri finanziari posti a garanzia della stabilità economica e, infine, (c) all'assenza di una «politica dei diritti» espressamente positivizzata nei Trattati – un rischio di «scopertura» dell'Unione nei confronti di una delle famiglie di diritti che, unitamente ai diritti di partecipazione politica, costituisce una delle tradizioni costituzionali più avanzate del costituzionalismo contemporaneo, un «patrimonio costituzionale» condiviso (con modalità più o meno intense) dagli Stati membri dell'Unione.

Quanto al rapporto fra i due ordinamenti e alle relative tutele assicurate, se ci si interroga sul concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali da parte del giudice nazionale rispetto al parametro europeo costituito da valori, obiettivi, principi e diritti fondamentali dell'Unione, la risposta che appare maggiormente argomentata (nell'ottica delle cc.dd. clausole orizzontali della CDFUE) porta a ritenere come essi possano costituire, nel loro complesso, parametro di «rinvio pregiudiziale», ai fini della interpretazione degli atti sottoposti alla sua cognizione (dovere di interpretazione conforme). Ed è appunto in tale ambito che si dischiudono significative questioni poste dall'intersezione fra la disciplina dell'Unione in tema di principi e di diritti fondamentali e quella costituzionale di ogni singolo Paese membro dell'Unione, garantita nel proprio ordinamento interno dal principio di rigidità costituzionale e dal controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. In tale

³⁸ Corte cost., sent. 7 marzo 2011, n. 80.

³⁹ A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Profili costituzionali*, Napoli 2017.

quadro, così, da una parte, ritroviamo la CGUE posta a presidio del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati europei, dall'altra, i giudici degli Stati membri, chiamati ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva negli stessi ambiti disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Nell'ambito delle «clausole orizzontali», parimenti, ritroviamo sancita la previsione secondo la quale deve tenersi conto delle legislazioni e delle prassi nazionali. Risolutiva della complessa questione appare infine la disposizione della CDFUE relativa al «livello di protezione» dei diritti (art. 53), secondo cui nessuna sua disposizione può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, oltre che dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'UE o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la CEDU, e dalle Costituzioni nazionali.

Pertanto, non sussistono dubbi circa l'individuazione della portata e del livello di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione. Essi sono da individuare e proteggere secondo lo *standard* di protezione più elevato *pro indiviso* con preferenza per le garanzie costituzionali assicurate da ogni singolo Paese membro dell'Unione, quando la garanzia risulti più intensa (come di norma avviene per la giurisdizione costituzionale), e con preferenza del parametro europeo (ad es., in presenza dei c.d. diritti nuovi) e di quello CEDU (e della relativa giurisprudenza del Giudice di Strasburgo) negli altri casi. In tale quadro, l'espansione del ruolo del giudice nazionale (ordinario), ritrova un suo spazio particolare negli interstizi di tale pluralità di ordinamenti giuridici, ma soprattutto nella relazione fra i due ordinamenti – quello nazionale e quello dell'Unione – colti dal Giudice delle leggi «come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato»⁴⁰. Ogni volta che la norma da utilizzarsi per la risoluzione della specifica controversia sia da valutare con riferimento al sospetto di una lesione dei principi e dei diritti fondamentali della Carta costituzionale – almeno fino alla più recente pronuncia costituzionale in merito (sent. n. 269 del 2017) – l'indirizzo giurisprudenziale era quello del ricorso alla Corte costituzionale. Nell'auspicato superamento del suo orientamento giurisprudenziale in riferimento ai casi di «doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale»⁴¹, quest'ultima era chiamata ad entrare nel merito della questione sottopostale, a prescindere dalla questione se la

⁴⁰ Corte cost., sent. 27 dicembre 1973, n. 183.

⁴¹ M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, p. 222; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari': una ridefinizione dei confini?*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 2.

norma dell'Unione fosse o meno priva di effetti diretti. Tuttavia, se la norma da utilizzarsi come parametro non ricadeva espressamente nei parametri costituzionali o nella giurisprudenza costituzionale già disponibile, pareva aprirsi più di un varco a questo stesso giudice di proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE o di procedere direttamente alla risoluzione della controversia con una interpretazione conforme alle disposizioni dei Trattati europei e alla relativa giurisprudenza.

Come si può osservare, l'orizzonte che in tal modo si auspicava, indubbiamente nuovo, era l'orizzonte di un controllo diffuso della costituzionalità al livello (di ordinamento) europeo, che naturalmente includeva – aggiungendosi – quello interno. In un simile quadro non appariva del tutto astratto temere, come era stato già attentamente evidenziato, un possibile rischio di elusione del controllo di costituzionalità, a seguito degli (ampi) spazi riconosciuti al giudice ordinario nella sua funzione di *jus dicere*⁴². Così, se già in presenza di una CDFUE solo politicamente proclamata, ma (al tempo) ancora senza formale vigenza giuridica, la CGUE aveva saputo appoggiarsi ad un «blocco di comunitarietà», che aveva in precedenza elaborato per assicurare tutela giurisdizionale alle pretese giuridiche soggettive sottoposte alla sua giurisdizione (soprattutto in materia di libertà economiche e di circolazione dei beni, dei capitali e delle persone, in breve, a sostegno delle libertà riguardate dalla loro funzionalità al mercato comune europeo, alla luce dell'art. 26 TFUE in tema di mercato interno), poteva ben assumersi – per come è puntualmente avvenuto nel più recente indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale⁴³ – che il riconoscimento del valore giuridico della CDFUE avrebbe potuto (e dovuto) porsi come presupposto di una giurisprudenza innovativa, nel senso ulteriormente espansivo della protezione dei diritti fondamentali europei, non limitata alle classiche libertà economiche, ma aperta anche a quelle sociali (e probabilmente anche a quelle di partecipazione politica), in armonia con un indirizzo giurisprudenziale risalente. In tale ottica devono richiamarsi, in particolare, il

⁴² A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di) *La tutela multilivello dei diritti*, Milano 2005.

⁴³ Corte cost., sent. 7 dicembre 2017, n. 269; ord. 26 gennaio 2017, n. 24; sent. 30 gennaio 2018, n. 15.

«considerando» della sentenza Internationale Handelsgesellschaft⁴⁴, la sentenza Tanja Kreil⁴⁵ e, più di recente, le sentenze Schmidberger⁴⁶ e Omega⁴⁷, nelle quali ultime due la tutela della libertà di espressione e di riunione nonché quella della dignità umana, in quanto valori e beni giuridici fondamentali, vengono assunte come parametro per motivare una restrizione a libertà fondamentali sancite dai Trattati (nella specie, rispettivamente, il divieto di esercitare un'attività economica e la libertà di circolazione delle merci). Si tratta quindi di approfondire se il rapporto fra ordinamenti e il necessario, connesso, bilanciamento fra beni costituzionalmente comparabili possa estendersi, senza conseguenze giuridicamente problematiche, alla stessa questione della comparazione fra libertà economiche europee e diritti sociali per come garantiti dagli ordinamenti costituzionali nazionali.

L'apertura di nuovi spazi interpretativi per la CGUE nella materia dei diritti fondamentali, ora consentiti da parametri positivizzati nella CDFUE, impone naturalmente un'approfondita riflessione sulle prospettive racchiuse nel c.d. «dialogo» fra le Corti. Rispetto alla evoluzione precedente di tale rapporto fra l'ordinamento interno e quello eurounitario, le nuove prospettive interpretative sono ora stabilite dall'art. 53 della CDFUE, fondative di un innovativo *multilevel constitutionalism*. Nel quadro delle opportunità interpretative consentite da un sistema costituzionale a più livelli (naturalmente ampie), tale criterio sottolinea la questione fondamentale posta dal criterio dell'effettività della protezione dei diritti fondamentali a livello europeo. Tale effettività è assicurata dal rispetto di un criterio ermeneutico che non si pone come elusivo dei contenuti di garanzia più elevati *pro persona* – in ogni caso restando condizionati, di volta in volta, alla fattispecie fattuale oggetto della specifica questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale – ma si estende fino a conseguire le garanzie più elevate previste nelle costituzioni nazionali e/o nel sistema internazionale/consuetudinario⁴⁸. In

⁴⁴ CGCE, Internationale c. Einfuhrund, causa C-11/70, sentenza del 17 dicembre 1970; sent. 17 dicembre 1970, C-11/70.

⁴⁵ CGCE, Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania, causa C-285/98, sent. 11 gennaio 2000.

⁴⁶ CGCE, Schmidberger c. Repubblica d'Austria, causa C-112/00, sent. 12 giugno 2003.

⁴⁷ CGCE, Omega c. Oberbürgermeisterin, causa C-36/02, sent. 14 ottobre 2004.

⁴⁸ G. CAMPANELLI, F. DAL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, P. PASSAGLIA, A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Torino 2010; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlimiti*, Torino 2012; M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli 2012; E. MALFATTI, F. BIONDI DAL MONTE, N. PIGNATELLI (a cura di), *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*³, Torino 2018; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli 2009;

tale quadro, appare innegabile assistere alla concorrenza con il livello delle garanzie accordate a livello nazionale sulla base delle relative disposizioni costituzionali e delle interpretazioni assicurate dalle Corti costituzionali nazionali – che nell’ordinamento italiano era stato particolarmente evidente almeno fino al *revirement* giurisprudenziale segnato dalla sentenza n. 356 del 1996, con riguardo al vincolo dell’interpretazione conforme a Costituzione richiesto al giudice ordinario dalla Corte costituzionale.

O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo quali Corti costituzionali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova 2011; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013.

TANIA GROPPI

«Sempre daccapo». La sfida delle diseguaglianze alla democrazia costituzionale nel XXI secolo*

SOMMARIO: 1. Diseguaglianze: in crescita? – 2. AAA democrazia cercasi: avanzamenti, arretramenti, apatia – 3. L'onere della prova: la democrazia e i suoi competitors – 4. *Transformative constitutionalism* (la rivoluzione promessa) – 5. Promesse (mantenute e non mantenute) – 6. Tempi difficili (come siamo arrivati qui) – 7. E, in tutto ciò, la democrazia? – 8. Cose antiche e cose nuove

1. Grandi cambiamenti attraversano le società umane nell'era della rivoluzione digitale, l'era delle tecnologie informatiche, della rete, della globalizzazione sfrenata di finanza ed economia. Tutte le discipline si affannano a decifrare questa nuova epoca e le sue sfide, cercando risposte alle innumerevoli domande che, come sempre, più di sempre, si affacciano nella vita e nel cuore degli esseri umani. Da poco più di vent'anni, statistici, sociologi, psicologi, antropologi, ma soprattutto economisti studiano assiduamente la questione delle diseguaglianze, alla quale sono dedicate opere ponderose di autori di grido, in diversi casi premiati con il Nobel, al punto da farne uno dei temi centrali delle scienze sociali¹.

Questo non deve sorprendere. Nonostante la crescita che il mondo nel suo insieme ha sperimentato nel XXI secolo, con l'emergere di nuove potenze economiche e l'uscita dalla povertà di centinaia di milioni di persone, innumerevoli rapporti di istituzioni e centri di ricerca internazionali mostrano, attraverso molteplici indicatori², che le diseguaglianze stanno aumentando in maniera implacabile un po' ovunque.

* Questo testo, destinato agli Scritti in onore di Franco Pizzetti, trae spunto dalla relazione tenuta al 52° incontro nazionale di studi delle ACLI «In continuo movimento. Le Acli, la mobilità sociale e la democrazia», Bologna 12-14 settembre 2019. Prendo in prestito la prima parte del titolo da F. BERTINOTTI, *Sempre daccapo*, Venezia 2014.

¹ La letteratura è sterminata. Per citare soltanto un paio di autori tra i più noti, premiati col Nobel, si pensi agli studi di Amartya Sen (A. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna 1994) e di Joseph Stiglitz (J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della diseguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino 2013).

² Misurare le diseguaglianze è estremamente complicato, già a partire dalla scelta delle grandezze da prendere in esame, per non parlare dei diversi tipi di indici che possono essere utilizzati. In sintesi, v. M. ALACEVICH, A. SOCI, *Breve storia della diseguaglianza*, Bari 2019, p.

Dietro questa affermazione, in apparenza assai semplice, si cela in realtà un fenomeno complesso, già a partire dal problema definitorio. Diseguaglianza di cosa? E tra chi? Domande inevitabili, come evidenziato da studiosi assai diversi, da Amartya Sen a Norberto Bobbio. Moltissime sono le definizioni disponibili, quasi infinite, così come infinite sono le sfaccettature delle relazioni umane: basti pensare che, mentre per l'«eguaglianza» si usa di norma il singolare, per le «diseguaglianze» si ricorre quasi sempre al plurale.

Peraltro, solitamente si dà per implicito il riferimento alle diseguaglianze economiche e sociali. La definizione più soddisfacente, in quanto capace di catturare molteplici aspetti, sembrerebbe quella di diseguaglianza di benessere, inteso come «tutti gli aspetti positivi della vita o in grado di rendere buona un'esistenza», tale da includere «il benessere materiale, comprensivo del reddito e della ricchezza, il benessere fisico e psicologico, rappresentato dalla salute e dalla felicità, e l'istruzione, e la possibilità di partecipare alla vita collettiva nei modi previsti dalle istituzioni dei sistemi democratici e dallo Stato di diritto»³. Tuttavia, trattandosi di un concetto multidimensionale, la diseguaglianza di benessere è difficile da assoggettare a logiche quantitative⁴. Ciò spiega perché in genere gli autori si appoggino su alcune «parti» della definizione (assai di frequente su reddito e ricchezza, a volte considerando anche salute, istruzione, felicità, solo di rado diritti di partecipazione e Stato di diritto), rischiando però di dare valutazioni parziali di realtà molto più complicate.

Inoltre, nella maggior parte dei casi, le analisi sono circoscritte sia in termini geografici che storici. Si fa il più delle volte riferimento alla diseguaglianza «interna» agli Stati nazionali, specialmente ai ricchi paesi occidentali, e si ricorre a una comparazione diacronica limitata a dati ed eventi del XX secolo.

Studi e riflessioni sono occasionati soprattutto dall'emersione, resa ancor più vistosa dalla grande recessione del 2008, di un *trend* iniziato a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, in concomitanza con l'affermazione

143 ss. Ad esempio, T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano 2014, si basa sulle statistiche fiscali, mentre altri, come B. MILANOVIC, *Chi ha e chi non ha*, Bologna 2012, evidenziano che andrebbero considerati i dati sulle famiglie.

³ Così A. DEATON, *La grande fuga. Salute, ricchezza e le origini della diseguaglianza*, Bologna 2015, p. 45-46. Si tratta di una definizione che si avvicina a quella di giustizia sociale: N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino 1995, p. 6 ss. A volte si fa riferimento alla "sperequazione": R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari 1995, p. 33.

⁴ In questo senso, N. AMENDOLA, A. BRANDOLINI, G. VECCHI, *Disuguaglianza*, in G. VECCHI (a cura di), *In ricchezza e in povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità a oggi*, Bologna 2011, p. 237 ss.

delle politiche economiche cosiddette neoliberiste. È da allora che nella maggior parte dei paesi occidentali – che avevano sperimentato, chi più chi meno, una significativa riduzione, al loro interno, delle disuguaglianze economiche, comunque misurate, nei decenni successivi alla Prima e ancor più alla Seconda Guerra Mondiale – si è assistito a un mutamento di tendenza che, a sua volta, ha determinato una fioritura di studi e riflessioni su un tema in precedenza accantonato.

Ancor più complesso sarebbe il discorso se dalla disuguaglianza interna si volgesse lo sguardo a quella mondiale. Nonostante i dati mostrino che, sotto l'impulso dello sviluppo vertiginoso dei paesi asiatici, la disuguaglianza mondiale va riducendosi, almeno in termini di redditi medi dei paesi, rispetto alla sua esplosione in conseguenza della Rivoluzione industriale, che è perdurata per più di due secoli⁵, resta l'incredibile dato per cui la ricchezza dell'1% della popolazione supera quella del restante 99%⁶ e cifre altrettanto impressionanti potrebbero essere citate sulla povertà e la fame⁷.

E ancor diverso sarebbe se si prendessero in considerazione (cosa non sempre possibile, nonostante volenterosi tentativi) serie storiche più lunghe, che risalgano all'indietro, addentrandosi nell'era della Rivoluzione industriale e, perché no, anche più indietro, in un mondo tutt'altro che egualitario come quello preindustriale⁸.

Non c'è bisogno di scomodare le teorie delle *élites* né i loro critici⁹ per constatare che, all'interno delle società umane – forse con l'eccezione delle

⁵ Così F. BOURGUIGNON, *La globalizzazione della disuguaglianza*, Torino 2013, p. 10 ss. Va invece aumentando quella che è stata definita la disuguaglianza «di luogo», ovvero legata alla cittadinanza, se misurata considerando anche la distribuzione dei redditi e la mobilità sociale all'interno degli Stati: B. MILANOVIC, *Chi ha e chi non ha*, cit., p. 135 ss. V. ad esempio l'ampio affresco sulle differenze di reddito e tenore di vita che separano i paesi ricchi dai paesi poveri del mondo presentato da D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *Perché le nazioni falliscono*, Milano 2013.

⁶ Questa cifra, che risulta da diverse misurazioni, è data per acquisita da molti autori. Una sintesi in C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Bari 2019, p. 5.

⁷ Per tutti, si veda M. CAPARRÓS, *La fame*, Torino 2015.

⁸ Serie storiche ad ampio raggio sono presentate da A. DEATON, *La grande fuga*, cit., p. 4; T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., *passim*. Una rilettura storica completa della disuguaglianza è quella di W. SCHEIDEL, *La grande livellatrice. Violenza e disuguaglianza dalla preistoria ad oggi*, Bologna 2019.

⁹ N. BOBBIO, *Elites, teoria delle*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 1983, p. 373 ss.

piccole bande di cacciatori e raccoglitori¹⁰, nelle quali prevalgono, anzi, andrebbe detto, prevalevano, dato che sono state ormai quasi del tutto annientate, attraverso l'assimilazione o la decimazione¹¹, rapporti egualitari – la disuguaglianza ha sempre rappresentato la regola¹², in quanto è sempre stata una minoranza a detenere il potere. Se mai, sono cambiate le modalità di selezione dei titolari del potere, ovvero, per l'accesso al gruppo ristretto degli «eletti», intendendosi con questa parola non soltanto la *leadership* politica (che, in democrazia, è, letteralmente, «eletta»), ma anche quella economica e intellettuale¹³.

Allo stesso tempo, benché non con analoga enfasi, i medesimi studi fanno rilevare una diminuzione della mobilità sociale: farsi strada nella vita attraverso percorsi individuali fondati su capacità e impegno (a volte definiti, non senza polemiche, con l'espressione alquanto ambigua di «merito») sarebbe diventato più difficile negli ultimi anni e le «dotazioni di partenza», in termini di ricchezza, potere, relazioni sociali, cultura avrebbero un peso sempre più importante. Assai frequente è la constatazione della fine dell'*American Dream*, cioè il venir meno di quelle «pari opportunità» che avrebbero lungamente contraddistinto gli Stati Uniti fino a diventare parte della cultura popolare americana, simboleggiata da innumerevoli film e romanzi, tra i quali spiccano quelli di Horatio Alger, tutti incentrati sull'ascesa sociale realizzata attraverso il duro lavoro (significativamente, mai tradotti in italiano nonostante l'enorme successo in patria)¹⁴.

La concezione di mobilità sociale alla quale si fa riferimento è quella tradizionale, nel senso di mobilità di tipo «ascensionale» prevalentemente intergenerazionale, affermata fin da quando il fenomeno si è manifestato,

¹⁰ Almeno dall'avvento dell'agricoltura, che ha implicato la nascita di organizzazioni sociali complesse: per alcuni cenni sintetici, J. DIAMOND, *Armi acciaio e malattie*, Torino 1998, p. 209 ss., specie p. 211; ID., *Il mondo fino a ieri*, Torino 2013, specialmente p. 11 ss.

¹¹ Due soli riferimenti per tutti, rispettivamente sulle società degli Inuit e dei San: J. MALAURIE, *Gli ultimi re di Thule. Con gli eschimesi del Polo di fronte al loro destino*, Milano 1982; K. RASMUSSEN, *Aua* (1925), Milano 2018; L. VAN DEN POOST, *Il mondo perduto del Kalahari*, Milano 1960; ID., *Il cuore del cacciatore* (1961), Milano 2019.

¹² Recentemente, riprende questo tema A. POGGI, *Le dimensioni 'spaziali' dell'eguaglianza*, relazione al XXXIV Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, *Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*, Bergamo 15-16 novembre 2019.

¹³ Che il potere si articoli su tali tre elementi è stato sottolineato da Max Weber, ma si ritrova nei lavori degli antropologi e degli studiosi del mondo antico. E finanche dei linguisti: E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, Torino 1976, p. 215 ss.

¹⁴ Su questa crisi del sogno americano, ad esempio, J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, cit., p. 24 ss.

ovvero a seguito della fine dell'*Ancien Regime* e della nascita della società industriale. Di solito, si ritiene che esista una correlazione positiva, di tipo biunivoco, tra mobilità sociale ed eguaglianza. Più mobilità sociale, più eguaglianza; più eguaglianza, più mobilità sociale. In questa ottica, la mobilità sociale, benché sia considerata un valore in sé da alcuni autori, specie di impostazione liberale, è vista di frequente come uno strumento al servizio della riduzione della disuguaglianza fondata sulle classi e come un'alternativa al conflitto sociale. Una lettura che accomuna studiosi molto distanti tra loro, a partire da Marx per arrivare fino a Durkheim, passando per Pareto, Mosca, Sorokin¹⁵.

In questo quadro, colpisce l'assenza del diritto, a tutti i livelli, domestico e globale. Il diritto è quasi completamente ignorato dalla gran mole di lavori a cui ho accennato, che invece toccano un po' tutte le scienze sociali.

Il diritto come è noto, è il mondo delle «regole», delle «norme». Esso è il mondo del «dover essere», non dell'«essere». La sua caratteristica, come si dice, è la prescrittività. Questo vuol dire che non si limita a descrivere la realtà, i fenomeni che accadono, ma pretende di trasformarla.

Proprio per ciò, esso è lo strumento che, ad un tempo, orienta le politiche (per mezzo dei principi costituzionali) e le attua (con leggi, decreti, regolamenti, sentenze). Viene *prima* della politica, come input, e *dopo* la politica, come output.

Pertanto, il diritto non è indifferente a questi fenomeni, a questi «fatti».

Ci potremmo chiedere allora il perché di questa assenza.

Non mi sembra di essere eccessivamente «nazionalista» nel ritenere una delle cause il fatto che il dibattito su questi temi è guidato da studiosi (economisti *in primis*) anglosassoni. Nelle loro costituzioni scritte (se ce l'hanno, che il Regno Unito non ha nemmeno quella) non ci sono principi capaci di orientare le politiche pubbliche in un senso o nell'altro, verso l'eguaglianza o la disuguaglianza, la mobilità o la staticità sociale. Tutte le scelte sono aperte, rimesse alla dialettica politica, il che vuol dire sono affidate alle maggioranze politiche contingenti. Quindi il diritto come input, come insieme di principi che devono guidare l'azione politica, per essi, non rileva, rispetto ai fenomeni in esame, nonostante non siano mancati i tentativi della dottrina di individuare un aggancio costituzionale per le politiche sociali, ad esempio

¹⁵ Una sintesi delle diverse posizioni in M. PACI, *La struttura sociale italiana. Costanti storiche e trasformazioni recenti*, Bologna 1982, p. 147 ss. La definizione di mobilità sociale è assai complessa, si veda ad es. I. DAVIES, *Mobilità sociale e mutamento politico* (1970), Bologna 1974, specie p. 63 ss. Per alcuni concetti di base, M. PISATI, *La mobilità sociale*, Bologna 2000.

per quelle statunitensi del *New Deal*¹⁶. Si spiega così che, negli anni Ottanta, Ronald Reagan e Margaret Thatcher si siano potuti muovere in piena libertà, riuscendo a smantellare in poco tempo quanto era stato costruito in lunghi decenni, rispettivamente attraverso il *New Deal* rooseveltiano e le politiche dei governi laburisti a partire dal 1945.

Credo però che noi, in Italia (e, oserei dire, in Europa), non possiamo seguire questa china. Non possiamo né dobbiamo dimenticare che al cuore della nostra identità costituzionale, crocevia di tutti i principi che la connotano (dalla centralità della persona umana al valore del lavoro, dall'autonomia locale alla solidarietà) abbiamo il principio di eguaglianza in senso forte, definito dai giuristi «sostanziale», quello dell'articolo 3, secondo comma.

Oltre all'assenza del diritto, inteso in chiave prescrittiva, anche i suoi cultori, i giuristi, sono poco presenti. La loro voce è rara e flebile. E, quando c'è, si concentra sugli aspetti delle disuguaglianze più «tecniche», quelli strettamente connessi ai diritti sociali, al loro costo, alle garanzie giurisdizionali, ai vincoli europei.

Manca, in ogni caso, qualsiasi tentativo di collegare le dinamiche socio-economiche in atto, e anche la questione dei diritti sociali, col tema che domina in questi stessi anni le ricerche di costituzionalisti e politologi, ovvero l'arretramento della democrazia.

Nelle pagine che seguono cercherò di mettere in luce questo lato poco esplorato. Non solo mostrando che la questione delle disuguaglianze incide sulla democrazia. E attraverso quali canali. Ma anche che, nella ricerca di un approccio integrato da parte delle diverse discipline sociali alle tematiche centrali del nostro tempo, il diritto può dare un suo contributo¹⁷. Anzi, come vedremo, un duplice contributo.

Questo, ovviamente, nella convinzione che tutti i nostri sforzi debbano essere orientati alla ricerca di proposte e soluzioni, nella direzione di una riduzione della violenza, della povertà, della guerra, dell'ingiustizia e, in ultima istanza, delle sofferenze umane¹⁸. Almeno nei limiti in cui ciò ci è concesso qui, in terra.

¹⁶ È questo, ad esempio, l'approccio di Bruce Ackermann, attraverso la categoria delle *constitutional transformations*: B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge 1991, p. 105 ss.; ID., *We the People. Transformations*, Cambridge 1998, specie p. 255 ss.

¹⁷ Sollecita a un approccio multidisciplinare per la comprensione del fenomeno della disuguaglianza C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, cit., p. X, introducendo l'apporto della prospettiva psicosociale.

¹⁸ Sulla relazione, peraltro di immediata intuizione, tra disuguaglianza e sofferenza, R. G. WILKINSON, K. E. PICKET, *The Inner Level. How More Equal Societies Reduce Stress, Restore Unity and Improve Everyone's Wellbeing*, London 2018.

2. È sotto gli occhi di tutti, non solo degli specialisti, che il XXI secolo ha ribaltato le trionfalistiche previsioni che politici e studiosi avevano, un po' affrettatamente, delineato dopo il 1989, circa le «magnifiche e progressive» sorti della democrazia¹⁹. Se nei dieci, quindici anni successivi alla caduta del muro di Berlino si è assistito alla fine di molteplici regimi autoritari e a innumerevoli «transizioni democratiche», il processo si è poi invertito: oggi, a trent'anni di distanza dagli eventi che portarono al crollo del blocco comunista, il tema dominante è quello della crisi, anzi, dell'arretramento della democrazia.

In particolare, per fugare le ambiguità che l'uso del sostantivo «democrazia», non accompagnato da aggettivo, sempre genera²⁰, occorre precisare che ci riferiamo a quella che, nel XX secolo, si è andata affermando come la forma storica «più evoluta» di reggimento delle società umane, la democrazia costituzionale (come qui la chiamerò), detta anche democrazia pluralista²¹. In sostanza (e in sintesi estrema) un sistema (forma di Stato per i giuristi) in cui alla sovranità popolare si unisce la *rule of law* costituzionale, a garanzia del pluralismo e dei diritti.

Essa si caratterizza per la presenza di un insieme di meccanismi istituzionali che separano due circuiti decisionali: quello dove opera la sovranità popolare (attraverso la rappresentanza politica, le libere elezioni, il principio di maggioranza) e quello dove operano le istituzioni di garanzia (quelle istituzioni volte a sottrarre alcune decisioni fondamentali alle maggioranze politiche, *in primis* la giustizia costituzionale): tutto ciò è ben riassunto nell'articolo 1, comma 2, della Costituzione italiana, secondo il quale: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»

In effetti, benché in tante parti del mondo si continui a lottare e a morire in suo nome, molteplici indicatori mostrano che, almeno a partire dal 2006, la democrazia, questa forma di democrazia, sta arretrando in molti paesi (si

¹⁹ È la celebre definizione di «fine della storia» di Fukuyama, poi rivista dallo stesso autore. Qualche considerazione su questa fase post-1989 in T. GROPPI, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del 'costituzionalismo globale'*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, p. 199 ss.

²⁰ Al riguardo, basti citare, per tutti, il classico testo di G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna 1969.

²¹ Questa nozione è stata elaborata dalla dottrina italiana e tedesca: v. soprattutto P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005; ID., voce *Stato costituzionale*, I) *Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 2000; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; ID., *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli 2006; E. CHELLI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli 2006. Nel mondo anglosassone prevale invece la definizione di «*liberal democracy*», che però, tradotta in italiano, genera una immediata confusione con lo Stato liberale ottocentesco.

è parlato di una vera e propria «regressione democratica»), specialmente in quelli che si sono affacciati più di recente su tale scenario (le cosiddette «nuove democrazie») ²².

Ciò sta avvenendo non tanto con la classica tecnica dei colpi di Stato, ma attraverso processi di tipo nuovo, una sorta di «transizioni al contrario», che segnano uno scivolamento graduale verso regimi non democratici. Si tratta di una sequenza di mutamenti istituzionali che, presi uno per uno, non paiono pericolosi, ma considerati nel loro insieme fanno entrare in crisi gli elementi strutturali della democrazia costituzionale, dando luogo a regimi «ibridi» (a volte definiti «democrazie illiberali») ²³: attacchi all'indipendenza del potere giudiziario, «cattura» delle corti costituzionali e degli organi indipendenti da parte delle maggioranze politiche, controllo dei media, limitazione dei diritti di libertà, riduzione dell'autonomia locale. Questi processi sono orientati a una concentrazione dei poteri in capo ai governi che, spesso supportati da ampie e durature maggioranze elettorali, pretendono di parlare in nome del popolo, come se il popolo fosse uno e avesse un'unica voce. Da qui la definizione, ormai entrata nel linguaggio comune, di «populismo» ²⁴.

Anche nelle cosiddette «democrazie consolidate» si assiste alla nascita e al successo di movimenti politici che si ispirano a esperienze storiche non democratiche o, comunque, rifiutano più o meno esplicitamente i principi della democrazia costituzionale.

Nel complesso, emerge nella percezione delle opinioni pubbliche una sfiducia nei processi democratici, come mostrano i sondaggi, che spesso collocano nelle ultime posizioni non solo i principali attori della vita politica democratica, i partiti politici, ma anche molte istituzioni, nonché la scarsa partecipazione al voto, più o meno in caduta libera ovunque, a riprova di una crescente apatia politica.

²² Tra i primi definire puntualmente i caratteri della *constitutional retrogression*, v. T. GINSBURG, A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago 2018. Il tema è adesso sviluppato, esaminando diverse sfaccettature, da molte altre opere, tra le quali si segnala, per completezza, M. A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford 2018. Più in generale, sui processi di regressione democratica, H. GEISEL-BERGER (a cura di), *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano 2017, specialmente i saggi di A. Appadurai, Z. Bauman, S. Žižek.

²³ Si utilizzano diverse espressioni: *competitive authoritarianism* (S. LEVITSKY, L. Way, *The Myth of Democratic Recession*, in *J. of Democracy* 2015, p. 45 ss.); *illiberal democracy* (F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracies*, in *Foreign Affairs*, 1997, p. 22 ss.); *hybrid regimes* (M. TUSHNET, *Authoritarian Constitutionalism*, in *Cornell L. Rev.*, 2015, p. 391 ss.).

²⁴ Per questa definizione, che personalmente preferisco tra le molte, J. W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?* (2016), Milano 2017.

3. Parallelamente, i benefici della democrazia sono messi in discussione dalla presenza di forme di Stato non democratiche che sembrano avere maggiore successo in termini di produzione di ricchezza e di incremento degli indici di sviluppo umano dei loro abitanti, e i cui leaders non esitano a proporre quali modelli alternativi, vantandosi dei propri successi economici, della rapidità ed efficienza dei processi decisionali e della stabilità dei loro regimi²⁵.

Non credo di essere l'unica ad aver sperimentato, illustrando le caratteristiche della democrazia costituzionale nel mio corso di *Public Law*, le osservazioni di studenti asiatici o africani sugli enormi progressi propiziati da altre forme di organizzazione politica, in particolare in Asia Orientale, a cui ha fatto seguito la domanda: «*Why we should prefer constitutional democracy?*».

Ma c'è di più. Esiste una crescente mole di letteratura, alla quale partecipano anche illustri autori «occidentali», che compara il rendimento di sistemi democratici e non democratici, giungendo a mettere in dubbio la capacità della democrazia di selezionare «i migliori» e mostrando l'efficienza di sistemi politici «improntati alla meritocrazia» (come viene da essi definito quello cinese), fino ad affermare, in un bilancio costi-benefici, che potrebbero costituire validi modelli per l'Occidente²⁶.

Come direbbero i giuristi, si è invertito l'onere della prova. Le democrazie non possono più dormire sonni tranquilli, appoggiandosi su una legittimazione percepita come inscalfibile da parte delle loro pubbliche opinioni, a differenza di quel che era accaduto almeno a partire dalla vittoria, nella Seconda Guerra Mondiale, sui regimi nazisti e fascisti e che ci ha accompagnato per decenni²⁷. Si sono affacciati sulla scena globale nuovi potenti *competitors* che, a differenza di quel che accadeva al tempo del comunismo, sembrano in grado di mettere sul tappeto non remote prospettive di redenzione, confutate dalla dura realtà, ma risultati concreti, tangibili, a portata di mano.

La parola è quindi, oggi, a tutti coloro che continuano a ritenere che la democrazia costituzionale sia la migliore (o la meno peggio: dipende dai punti di vista) forma di reggimento di cui l'umanità abbia fatto esperienza. O, comunque, la migliore (o meno peggio) storicamente disponibile in que-

²⁵ Questo trend, iniziato già dagli anni Novanta del XX secolo dal fondatore dello Stato di Singapore, Lee Kuan Yew, continua ancora oggi, specialmente attraverso gli interventi del primo ministro ungherese Viktor Orban, al governo dal 2010, e del leader russo Vladimir Putin, al potere, in vari ruoli, dal 1999.

²⁶ Vedi ad es. D. BELL, *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia* (2017), Roma 2019.

²⁷ A dire il vero, il problema di giustificare la democrazia non si è mai sopito sul piano teorico. Per tutti, vedi il volume di R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici* (1990), Roma 2005.

sta epoca. Sì, storicamente, in quanto reazione a una lunga serie di sofferenze, atrocità, ingiustizie, e in quanto prodotto di innumerevoli lotte, slanci, contributi teorici e pratici, gesti eroici e gesti quotidiani²⁸.

Ad essi (e tra di loro mi annovero convintamente) spetta, ciascuno nel suo ruolo (politici, studiosi, attivisti, semplici cittadini), contribuire, nel nuovo quadro globale, ad arricchire la capacità delle democrazie di rispondere alle domande di pace e di giustizia che continuano ad attraversare i popoli della terra.

4. Qui si colloca il tema della lotta alle disegualianze, economiche e sociali.

Infatti, la democrazia costituzionale, per come costruita nel Secondo Dopoguerra – almeno nel modello europeo, al quale l'Italia repubblicana appartiene appieno, fino a rappresentarne uno degli elementi di punta – si appoggia (nel senso letterale, in quanto ne costituisce un pilastro fondamentale), nel suo tentativo di mantenere unita e in pace una società pluralista, sulla coesione sociale, propiziata attraverso l'affermazione del principio di eguaglianza sostanziale e il sostegno alla mobilità sociale²⁹.

Ma andiamo per gradi.

Benché l'eguaglianza si affermi, come principio che deve essere rispettato e promosso dalle istituzioni politiche, fin dalle rivoluzioni della fine del Settecento, tuttavia lo Stato liberale ottocentesco aveva cercato di ottenere l'unità del corpo politico negando le differenze e i conflitti.

In sintesi, ciò era avvenuto (stiamo riassumendo in poche parole intere biblioteche) attraverso lo schermo dell'eguaglianza formale, l'eguaglianza proclamata in astratto, nella forma della uguale libertà, che prescinde dalle concrete situazioni di vita dei soggetti.

La consapevolezza che il privilegio è il veleno che divide, che allontana, e che per questo deve essere combattuto è ben presente sia nella Rivoluzione francese che sul continente americano. Così, l'abate Sieyès scriveva nel 1789, in *Che cos'è il Terzo Stato?*: «Il privilegiato si considera insieme ai suoi colleghi come appartenente a un ordine a parte, una nazione scelta all'interno della nazione [...] I privilegiati arrivano davvero a vedersi come

²⁸ Seguendo l'impostazione di A. DERSHOWITZ, *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti*, Torino 2004.

²⁹ Vedi A. BAGNASCO, *Sviluppo, coesione sociale, democrazia; la quadratura del cerchio*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Lectio Brevis Anno Accademico 2012-2013* – Atti della Accademia Nazionale dei Lincei CDIX 2013, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Memorie serie IX, XXXIV, 3. È stato detto che «il principio personalista sta alla mobilità sociale come il principio di solidarietà sta alla coesione sociale»: Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, p. 25.

un'altra specie di uomini». E, pochi decenni dopo, Tocqueville affermava, riferendosi agli aristocratici: «Credono appena di far parte della stessa umanità»³⁰.

Tuttavia, «il Diciannovesimo secolo ha visto l'idea di uguaglianza ritorcersi contro se stessa, a forza di negazioni e perverse ridefinizioni»³¹.

Se è vero che all'origine della moderna idea di uguaglianza stava la lotta agli antichi privilegi, essa si riduce, nel migliore dei casi – quando non si inaridisca addirittura dando luogo a quelle «scienze della diseguaglianza» che culmineranno nelle teorie razziste à la Gobineau – alla garanzia delle «libertà negative» finalizzate a lasciare campo libero all'intrapresa individuale tanto cara alla nuova classe borghese. In effetti, il principale grimaldello per scardinare l'*Ancien regime* è il diritto di proprietà, che assurge a diritto soggettivo inviolabile e fondamentale.

A sua volta, il diritto (non solo costituzionale: come è stato detto, è il codice civile la vera costituzione di questa società) diventa uno strumento a garanzia dei nuovi canali ascensionali apertisi in campo economico e sociale per le figure emergenti, per l'uomo imprenditore (sì, *uomo*, dato che le donne erano escluse da tale visione), considerato come l'uomo vincente, di successo, in confronto ai vecchi nobili, etichettati come «parassiti» nullafacenti. Nonché a presidio del monopolio politico di tali nuovi soggetti sociali, che vengono a costituire «la nazione», attraverso quell'artificiosa semplificazione, nei fatti un'esclusione, che era il suffragio limitato su base censitaria.

Questo processo enorme lascia però fuori tante persone, come diventa evidente con il progredire della Rivoluzione industriale e l'avvento del capitalismo: tutti quelli che non hanno beni sotto il sole, che non ce la fanno, che non riescono ad emergere, per «condizioni personali e sociali» e che, in definitiva, debbono affidarsi, per mettere insieme di che vivere, al duro lavoro. Il proletariato, le cosiddette classi subalterne, che continuano una vita di miseria a dispetto di tutte queste «formali» aperture di possibilità. Per non dire degli schiavi, o dei popoli al di fuori dell'Occidente, ai quali il colonialismo e il razzismo che lo alimenta sbarrano ogni speranza di emancipazione, e che, anzi, spesso vengono soggiogati e sterminati. Tutti abbiamo in mente le immagini dei possidenti ben pasciuti, accompagnati da belle fanciulle, che girano in calesse a rimirare le loro proprietà, e, sullo sfondo, gli schiavi neri chinati sui campi di cotone. Ecco, per intendersi, questa è una sintetica illustrazione di quel che intendiamo per «artificiosa semplificazione» del pluralismo nello Stato liberale.

³⁰ Citati da P. ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza*, Roma 2013, p. 29.

³¹ *Ibidem*, p. 169.

Da qui in poi, si assiste alla lotta degli esclusi per emergere, per innalzarsi. Sotto l'impulso delle lotte dei movimenti dei lavoratori e le dure reazioni dei possidenti, la situazione sfugge presto di mano alla borghesia e alle sue istituzioni, con tutte le conseguenze, spesso tragiche, che sono note: rivoluzioni, repressioni, bolscevismo, fascismo, nazismo, guerre e violenze³².

Lo Stato costituzionale del XX secolo, che di tali eventi tragici, culminati nell'avvento dei regimi totalitari tra le due guerre e nelle devastazioni della Seconda Guerra Mondiale, è il prodotto³³, non intende ignorare o cancellare il pluralismo, ovvero le differenze, di interessi, di convinzioni ideologiche, di visioni della vita. Ciò che naturalmente ha aperto la grande questione di come far sì che questi soggetti possano convivere in pace, evitando contrapposizioni e polarizzazioni che conducano allo scoppio di conflitti violenti (tipo Weimar per intendersi).

Ebbene, accanto ai meccanismi procedurali caratteristici dello Stato costituzionale, in termini di eguaglianza dei diritti politici, limiti al potere delle maggioranze e garanzia delle minoranze (tra essi, in primo luogo, la costituzione rigida, norma suprema dell'ordinamento che prevale sulle altre fonti e il controllo di costituzionalità delle leggi), si collocano quelli finalizzati a potenziare la coesione sociale. Con questa espressione, introdotta dai sociologi, e specialmente da Emile Durkheim, si intende un insieme di legami di affinità e di solidarietà tra gli individui. Non è inutile, come sempre, riflettere sul significato della parola anche in altri contesti e discipline. In fisica, la coesione indica la «proprietà dei corpi di resistere a ogni azione che intenda staccare una parte dall'altra, in virtù di forze attrattive», oppure una «unione stretta tra le particelle di un solido, di un liquido, di un gas»³⁴.

In termini giuridici, questo si traduce in una novità senza precedenti: l'inserimento nelle costituzioni di norme di principio (o «programmatiche»), che richiedono la predisposizione di meccanismi redistributivi, basati sull'attrazione, in capo al settore pubblico, di una parte rilevante delle risorse del

³² Resta imprescindibile, sul ruolo delle disuguaglianze nell'avvento dei regimi autoritari e totalitari tra le due guerre mondiali, K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), Torino 2010. Questo tema è analizzato anche da R. DAHL, *La democrazia economica*, Bologna 1989, p. 41 ss. e da D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, New York 2006, che si soffermano sul ruolo della *middle class* nel consolidamento democratico, specie p. 255 ss.

³³ I giuristi parlano, riguardo a questa forma di Stato, di *Post-War Paradigm*. L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDRHY (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge 2006, p. 89. Alla ricostruzione dei caratteri di tale forma di Stato è dedicato il lavoro di F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, p. 66 ss.

³⁴ Così Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, cit., p. 16.

paese, per destinarle alla spesa sociale. È quasi superfluo ricordare che, in tutti i Paesi sviluppati dell'Occidente, fino alla Prima Guerra Mondiale le imposte equivalevano a meno del 10% del reddito nazionale, mentre successivamente tale quota si è sviluppata e attualmente si attesta su livelli che vanno dal 30% circa degli Stati Uniti al 55% della Svezia³⁵.

Questi interventi sono finalizzati a ridurre le diseguaglianze che vengano percepite quali fonti di divisioni e, in generale, di «distanza» tra le persone³⁶. Ovvero, a propiziare la «fraternità» come percezione di una comune appartenenza, in favore di una vicinanza che smorzi i conflitti e renda meno difficili i compromessi sui quali inevitabilmente si basa la democrazia pluralista.

Ma non solo. Alla base dello Stato costituzionale, come Stato sociale, rintracciamo la convinzione che soltanto generando una qualche forma di empatia³⁷ si possa mettere in moto un vero e proprio circolo virtuoso, in grado di alimentare quella preziosa risorsa che è stata definita il «capitale sociale», una rete di connessioni basate sull'impegno verso gli altri e la reciprocità³⁸. Infatti, una maggiore «prossimità» consente una migliore comprensione delle esigenze dell'altro, che a sua volta permette di limitare attaccamenti ed egoismi, rendendo più agevole la condivisione delle risorse private che è base necessaria non solo per qualsiasi intervento pubblico redistributivo, ma anche per interventi solidaristici diretti da parte dei privati, in nome del principio di sussidiarietà (orizzontale). Per utilizzare le parole della Costituzione italiana, per consentire, a prescindere dalle forme, «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Tali meccanismi, se hanno a fondamento la classica concezione dell'uguale dignità tra tutti gli uomini, prendono in considerazione, allo

³⁵ Vedi i dati in T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., *passim*.

³⁶ Nel senso che la diseguaglianza, oltre un certo limite, «logora il senso di appartenenza a una medesima comunità ed è fonte inevitabile di tensioni e conflitti», L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, Bari 2019, p. 13. Secondo Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna 2013, p. 23, la «*cobesiveness* di una comunità dipende dal rafforzamento delle relazioni sociali all'interno di un gruppo che, lungi dall'atteggiarsi a mera somma dei suoi componenti, finisce coll'avere una vita propria, una anima collettiva (la mente del gruppo), e dunque un modo comune di sentire».

³⁷ Sulla necessità del «senso di fratellanza» perché qualsiasi comunità umana possa funzionare e sui pericoli insiti nelle diseguaglianze, v. T. JUDT, *Guasto è il mondo*, Bari 2011, p. 134, secondo il quale «la diseguaglianza è la patologia dell'epoca e la più grande minaccia al funzionamento di ogni democrazia», proprio perché mette in pericolo il senso di fratellanza e la coesione sociale.

³⁸ Su questa nozione, sviluppata dai sociologi a partire dagli anni Settanta, v. ad es. R. BAGNASCO, F. PISELLI, A. PIZZORNO, C. TRIGILIA, *Il capitale sociale*, Bologna 2001.

scopo di ridurle, le diseguaglianze «di fatto» che, sulla base dell'esperienza storica, proprio all'uguale dignità si oppongono. Data la natura relazionale dell'eguaglianza³⁹, è inevitabile il confronto con la struttura della società e con la distribuzione delle risorse⁴⁰, nel senso di una trasformazione dello *status quo*, che ha portato, nei primi anni di vita della Costituzione italiana, a leggere in essa, secondo la celebre frase di Calamandrei, quella «rivoluzione promessa» che avrebbe dovuto compensare i ceti popolari della «rivoluzione mancata»⁴¹.

Il tutto, va ricordato, anche se può sembrare ovvio, in un contesto in cui viene mantenuto fermo, accanto all'eguaglianza, l'altro grande pilastro della democrazia costituzionale, la libertà, inclusa quella economica, comprensiva della proprietà privata, che può sì essere limitata ma mai soppressa. Pertanto, entro un sistema economico capitalistico e con la rinuncia a qualsiasi forma di egualitarismo⁴² che, oltre a costituire, ancora una volta, una negazione del pluralismo, implicherebbe un completo monopolio pubblico della sfera economica. In altre parole, lo Stato costituzionale, in quanto Stato sociale, è il prodotto di un compromesso senza precedenti tra il capitalismo, con la sua strutturale diseguaglianza economica, e la democrazia, caratterizzata dall'eguaglianza politica, compromesso che ha trovato il suo perno per alcuni decenni, almeno in una parte del mondo, nelle politiche economiche keynesiane⁴³. Esso si pone quale alternativa allo Stato socialista che, non dobbiamo dimenticarlo – benché spesso le tragiche vicende del «socialismo

³⁹ Sulla quale v. ad esempio N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. XII.

⁴⁰ Proprio per questo il tema delle diseguaglianze risulta tanto controverso: esso, infatti, come è stato detto, scatenerà sempre un dibattito sulla struttura del potere e sulle disparità sociali in una data società: M. ALACEVICH, A. SOCI, *Breve storia della diseguaglianza*, cit., p. 7.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, 1, p. LXXXIX ss. Lo stesso Calamandrei, nei medesimi anni, nel celebre «Discorso ai giovani sulla Costituzione», disse che la Costituzione italiana «è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa società in cui può accadere che, anche quando ci sono, le libertà giuridiche e politiche siano rese inutili dalle disuguaglianze economiche». P. CALAMANDREI, *Un discorso di Piero Calamandrei ai giovani* (1955), in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, I, Firenze 1969, p. 123.

⁴² Inteso nel senso di eguaglianza assoluta, che implica una totale redistribuzione delle risorse, secondo il criterio, sviluppato tra gli altri da Karl Marx, «a ciascuno secondo il suo bisogno»: per questa e per le molte altre varianti dell'egualitarismo, A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila 1984.

⁴³ In sintesi, su questo compromesso, v. F. SAITTO, *Al di là dell'ordoliberalismo. Della ricerca di una «esatta misura» di correlazione tra politica ed economia nello Stato costituzionale aperto*, in *Dir. cost.*, 2018, p. 121 ss.; sulla sua crisi, ID., *The Decline of "Middle-Class Constitutionalism" and the Democratic Backlash*, in *Riv. dir. comp.*, 2019, p. 32 ss.

reale» (cioè come storicamente realizzato), a partire dalla rivoluzione sovietica del 1917, ce lo facciano scordare — aveva anch'esso tra i suoi obbiettivi l'eguaglianza e la giustizia sociale, ma per far ciò aveva inevitabilmente cancellato le libertà economiche e, successivamente, attraverso una inarrestabile deriva autoritaria, anche le libertà politiche.

Come accennavo, la Costituzione italiana, per le vicende storiche delle quali è il prodotto e per la sensibilità delle forze politiche che ne sono all'origine (basterebbe fare i nomi dei costituenti più direttamente coinvolti nella scrittura dell'articolo 3: Lelio Basso, Giuseppe Dossetti, Amintore Fanfani, Giorgio La Pira, Aldo Moro, Palmiro Togliatti), è pienamente portatrice di tale prospettiva. Ne rappresenta, anzi, potremmo dire, un prototipo, che non trova alcun precedente in costituzioni anteriori, nemmeno in quella di Weimar, spesso citata come primo esempio del costituzionalismo sociale⁴⁴. Infatti, l'articolo 151, comma 1, della Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 stabiliva: «L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli».

Un modello poi seguito, nelle ondate costituzionali successive, da alcune, poche, altre Costituzioni⁴⁵, che ad essa si sono in qualche modo ispirate, più o meno direttamente. Penso a quella indiana del 1950, a quella greca, portoghese, spagnola, negli anni Settanta, oppure a quella sudafricana del 1994⁴⁶, ciascuna tesa a lottare contro le peculiari «diseguaglianze di fatto» che connotano il proprio contesto e la propria origine.

Questa visione, che ha lasciato la sua impronta innovatrice anche sull'eguaglianza formale, dell'articolo 3, primo comma (specie laddove parla

⁴⁴ A. GIORGIS, *Articolo 3, comma 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Torino 2006, p. 90.

⁴⁵ È significativo che, di recente, scrivendo sulla relazione tra diseguaglianza e costituzionalismo, uno degli autori di un importante volume sulla crisi della democrazia si sia potuto interrogare, sia pure in forma retorica: «*What does economic inequality have to do with constitutional democracy? After all, most constitutions say nothing specifically about "economic inequality" or "economic equality" or "middle class"*»: così G. SITARAMAN, *Economic Inequality and Constitutional Democracy*, in M. A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, cit., p. 536.

⁴⁶ In generale, sul *transformative constitutionalism*, un concetto che è stato sviluppato particolarmente nel contesto sudafricano post-apartheid, K. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, n° 14, 1998, p. 146 ss.; K. KLARE, D. M. DAVIS, *Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law*, in *South African J. on Human Rights*, 2010, p. 403 ss. Simile è la nozione di *aspirational constitutionalism*: M. C. DORF, *The Living Constitution and Future Generations: The Aspirational Constitution*, in *The George Washington L. Rev.*, 2009, p. 1631 ss.

di «pari dignità sociale»), si coagula nella celebre formulazione dell'articolo 3, secondo, comma, che concretizza il principio che è stato definito di «eguaglianza sostanziale»: «E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza 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».

Tale disposizione trova sviluppo negli articoli sui diritti sociali, *in primis* il lavoro, la salute, l'istruzione, la previdenza, in quelli sulla funzione sociale della proprietà e dell'impresa, sulla progressività del sistema tributario, sulla coesione territoriale e sulla sussidiarietà orizzontale.

Ancor più che le altre disposizioni di principio, essa sintetizza e in qualche modo sublima l'esperienza storica in cui si radica la Costituzione italiana, quella dell'antifascismo e della critica radicale allo Stato liberale: come ebbe a dire Aldo Moro, «fino dalla prima riunione la Sottocommissione s'è trovata d'accordo su un punto: che la Costituzione deve avere un significato storico e una particolare funzione storica». La Costituzione rappresenta una reazione ai fallimenti dei precedenti regimi e in particolare ai limiti mostrati dall'eguaglianza formale. Sempre in Assemblea costituente, significative sono al riguardo le parole di Amintore Fanfani: «Noi partiamo dalla constatazione della realtà. Perché mentre prima, con la rivoluzione dell'89, è stata affermata l'eguaglianza giuridica dei cittadini membri dello stesso Stato, lo studio della vita sociale in quest'ultimo secolo ci dimostra che questa semplice dichiarazione non è stata sufficiente a realizzare tale eguaglianza»⁴⁷.

Essa è coerente con la concezione della persona umana come inserita in una rete di relazioni e formazioni sociali, e non come monade isolata, votata al perseguimento assoluto della sua felicità. Nonché con una lettura dei diritti nell'ambito di un quadro relazionale, che implica il rifiuto di qualsiasi concezione soggettivistica e tirannica di essi. Insomma, con l'appartenenza della nostra Costituzione a quello che è stato definito un approccio «dignitario» ai diritti, incentrato sull'eguaglianza e sulla solidarietà/fraternità, in cui i diritti individuali sono temperati da limiti e lo Stato e l'amministrazione appaiono in una luce positiva, che si distingue da un approccio «libertario», incentrato sulle libertà individuali e caratterizzato da una certa diffidenza verso tutto ciò che sa di amministrazione e di intervento pubblico⁴⁸.

⁴⁷ I due interventi sono citati da L. BASSO, *Il principe senza scettro* (1958), Milano 1998, p. 133.

⁴⁸ Così M. A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, trad. it a cura di P.G. Carozza e M. Carabia, Soveria Mannelli 2007, p. 90 ss.

Nonostante tali precisazioni, è evidente che determinare quali siano, con esattezza, gli ostacoli «di ordine economico e sociale» da rimuovere e le potenzialità della persona umana da sviluppare e, ancor più, gli interventi pubblici necessari a tali fini, implica un ampio spazio lasciato all'interpretazione e agli interpreti. Sia che si tratti di soggetti del circuito della decisione politica, come il parlamento, il governo o le regioni, che di giudici, comuni o costituzionali, è a essi che spetta dare concretezza ai principi costituzionali.

Ma c'è di più. Va da sé che tali interventi pubblici non avvengono in un astratto iperuranio, ma in un contesto, in primo luogo economico, del quale l'attuazione dei principi costituzionali non potrà, in qualche modo, non tener conto. Anche se non menzionate direttamente nella Costituzione (almeno, come vedremo, non nel suo testo originario), questioni come quella del livello dell'indebitamento pubblico o della pressione fiscale sostenibili si aggirano sullo sfondo, come un'altra faccia della realtà, accanto a quella delle «diseguaglianze di fatto», con la quale le norme giuridiche devono, prima o poi, fare i conti.

Con tutte le conseguenze che ciò implica e che vedremo tra breve⁴⁹.

5. Tornando a noi, oggi, in Italia, i risultati raggiunti nei settant'anni di vita costituzionale sono innegabili⁵⁰. Mi limito a ricordare, tra i molteplici indicatori, un dato che richiamava il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel suo intervento al Meeting di Rimini nel 2016. «All'inizio degli anni Sessanta – ricordava il Presidente – quasi la metà degli italiani non aveva neppure il diploma di scuola elementare, soltanto il 15% aveva completato la scuola media – che comprendeva allora l'avviamento – e meno del 6% aveva il diploma di media superiore. Soltanto poco più di un bambino su

⁴⁹ Tra i molti, ricchi scritti dei costituzionalisti italiani sull'articolo 3, comma 2, si vedano negli ultimi decenni, oltre ai commentari e alle voci enciclopediche, almeno i volumi monografici di M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova 1984; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano 2001; A. D'ALOJA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova 2002. L'Associazione «Gruppo di Pisa» ha dedicato il convegno del 2015 alle diseguaglianze; gli atti sono pubblicati come M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli 2016.

⁵⁰ Per un analogo sguardo sui risultati conseguiti a livello mondiale nel Secondo Dopoguerra, v. K. SIKKINK, *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21 Century*, Princeton 2017, che si sofferma sugli indicatori attraverso i quali valutare l'effettività dei diritti umani, specialmente p. 139 ss.

quattro andava oltre la licenza elementare e molti meno andavano oltre il diploma della media inferiore»⁵¹.

Molti altri dati si potrebbero citare. Anche senza il bisogno di tirare in ballo i controversi indicatori della «felicità»⁵², limitandosi ai crudi «fatti», si potrebbe fare riferimento a quelli che oggi entrano a comporre l'indice di sviluppo umano delle Nazioni Unite⁵³. Oppure si potrebbero richiamare, secondo la sensibilità di ciascuno, altri indicatori di quel «benessere» al quale si è fatto riferimento all'inizio⁵⁴: sulla speranza di vita, la mortalità infantile, gli incidenti sul lavoro, la riduzione delle disuguaglianze di reddito e di capitale, la diminuzione della povertà, il declino della violenza.

Tutto ciò è stato accompagnato da una redistribuzione della ricchezza: lo sviluppo economico ha avuto in Italia carattere perequativo. Un solo dato tra tutti, riferibile a una serie storica più lunga, che risale all'Unità d'Italia: si tratta infatti di uno studio elaborato in occasione della celebrazione del 150° anniversario della fondazione, nel 1861, del Regno d'Italia. La quota del reddito totale che va al quinto più povero è, da allora, cresciuta di 13 volte, mentre quella che va al quinto più ricco di 5 volte⁵⁵.

E, ancora prima di osservare questi dati, basterebbe che ciascuno di noi si voltasse indietro, provasse a ricostruire la storia della propria famiglia, delle proprie nonne e nonni, bisnonne e bisnonni, trisavole e trisavoli, per trovare, nella stragrande maggioranza dei casi, un mondo di povertà, sofferenza, emigrazione, guerra, non dissimile da quello così ben descritto dall'economista britannico Angus Deaton, nel suo libro «La grande fuga». Anche noi, almeno molti di noi, siamo il prodotto di una «grande fuga» dalla povertà, che a un certo punto del Secondo Dopoguerra si è innescata anche nel nostro paese, così come nella maggior parte dell'Europa.

⁵¹ Intervento del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, al Meeting per l'Amicizia tra i Popoli, Rimini, 19 agosto 2016, disponibile in www.quirinale.it.

⁵² Sui quali v. ad es. S. BARTOLINI, *Manifesto per la felicità*, Roma 2010.

⁵³ L'indice di sviluppo umano, utilizzato a partire dal 1993, prende in considerazione l'aspettativa di vita, l'istruzione e il PIL. Esso riflette un nuovo approccio allo sviluppo, inteso come «sviluppo umano», che si è tentato di diffondere a partire dagli anni Novanta del XX secolo, attraverso l'opera di studiosi e attivisti, tra i quali Amartya Sen e Martha Nussbaum.

⁵⁴ Una fonte importante di dati e riflessioni è il volume curato da G. VECCHI, *In ricchezza e in povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità a oggi*, cit., che affronta molteplici profili, dalla nutrizione alla statura, dal lavoro minorile alla salute e all'istruzione.

⁵⁵ N. AMENDOLA, A. BRANDOLINI, G. VECCHI, *Disuguaglianza*, in G. VECCHI (a cura di) *In ricchezza e in povertà*, cit., p. 267.

Tuttavia, anche in Italia, gli economisti segnalano che le disuguaglianze stanno aumentando e la mobilità sociale diminuendo⁵⁶. Dopo i «decenni gloriosi»⁵⁷ del primo Secondo Dopoguerra, l'Italia sarebbe ormai un paese nel quale cresce la distanza tra i ricchi e i poveri, ove ciascuno sembra incollato al «posto» ereditato nella società e in cui perseguire un proprio autonomo percorso di vita appare assai arduo.

L'Italia – come, e forse ancor più, parrebbe dai dati, di altri Stati europei – starebbe seguendo, benché più lentamente, la china già presa dagli Stati Uniti e da altri paesi anglosassoni. E questo nonostante un quadro giuridico in cui «la garanzia dei diritti sociali e del lavoro e la progressività delle imposte non sono semplici opzioni politiche o morali, ma obblighi giuridici di rango costituzionale»⁵⁸.

Questo aspetto non può essere passato sotto silenzio. Se, infatti, molti paesi ad alta, o crescente, disuguaglianza, hanno costituzioni recenti, come accade per quelli dell'America latina o dell'Africa, oppure sono privi di norme costituzionali adeguate, come, appunto, gli Stati Uniti, il Giappone, o la più parte dei paesi asiatici, mentre altri sono addirittura sprovvisti di una costituzione scritta, come il Regno Unito, questo non è il caso nostro. Una costituzione ormai ben radicata, con settanta anni alle spalle, che presenta tra i suoi principi fondamentali un meraviglioso articolo sull'eguaglianza sostanziale.

Come possono le disuguaglianze crescere in cotale Paese?

Se guardiamo i dati dal punto di vista della Costituzione che, ferma nella sua profetica invocazione di eguaglianza e giustizia⁵⁹, continua a presentarci

⁵⁶ Si vedano ad es. M. ALACEVICH, *A SOCI, Breve storia della disuguaglianza*, cit. oppure N. AMENDOLA, A. BRANDOLINI, G. VECCHI, *Disuguaglianza*, in G. VECCHI (a cura di), *In ricchezza e in povertà*, cit., p. 259.

⁵⁷ L'espressione «trente glorieuses» è utilizzata in Francia per indicare il periodo compreso tra il 1950 e il 1980, caratterizzato da crescita economica e riduzione delle disuguaglianze: v. ad es. T. PIKETTY, *Capitale e disuguaglianza. Cronache dal mondo*, Milano 2017 specie p. 63 ss.

⁵⁸ Lo fa rilevare L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, cit., p. 121, che sottolinea l'egemonia culturale degli studiosi anglosassoni, che non hanno nei loro ordinamenti una base giuridica adeguata.

⁵⁹ Per essere precisi, va ricordato che la Costituzione, se è rimasta immutata nei suoi principi, non lo è invece nelle sue regole, che sono state oggetto di diverse revisioni costituzionali. In particolare, quanto a quello che qui ci interessa, si sono avute due modifiche che vanno in direzioni diverse. Nel 2001, nell'ambito della revisione dei rapporti Stato-regioni disciplinati nel Titolo V della parte seconda, sono state introdotte diverse significative disposizioni nell'art.119. In particolare, si fa riferimento, nel comma 5, al fatto che «Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere

le sue «grandi promesse che penetrano nei cuori e li allargano e che una volta intese non si possono più ritirare»⁶⁰, dobbiamo riconoscere che essi si traducono in una riduzione dell'impatto delle norme costituzionali sulla realtà, ovvero in uno scostamento tra fatto e diritto che implica un minor grado di attuazione, cioè una più evidente inattuazione, quando non, addirittura, una completa neutralizzazione di esse⁶¹.

Cosa è accaduto? Se a certe norme costituzionali non si è mai data piena attuazione (pensiamo ad esempio al salario minimo), per altre, da un certo punto in poi, si è assistito a un mutamento di politiche, di entrata e di spesa, che si sono cristallizzate in leggi, decreti, regolamenti.

Così, ad esempio, la progressività del sistema tributario, fondamentale meccanismo redistributivo previsto nell'articolo 53 della Costituzione, è via via svaporata in un profluvio di tributi sprovvisti di progressività, in un traboccare di detrazioni ed eccezioni, che alla fine hanno confinato la progressività unicamente all'imposta sul reddito da lavoro dipendente e hanno reso accettabile, come costituzionalmente innocua, la proposta di un'imposta proporzionale, la cosiddetta *flat tax*, che si pone manifestamente in contrasto con la Costituzione, senza che quasi nessuno osi dirlo.

Oppure, pensiamo alla riduzione dei diritti sociali, che viene giustificata in conseguenza degli equilibri della finanza pubblica: salute, istruzione, pensioni. Con il limite estremo, ultimo baluardo della precettività, del loro nucleo essenziale e incompressibile, fatto valere, questa volta sì, dalla Corte costituzionale, ma solo a seguito di lunghi e faticosi procedimenti. Per non parlare del lavoro, così centrale nella nostra Costituzione, che vi fa riferimento in ben ventitré commi, ridotto da una legislazione frammentaria ma tenace e debordante, a una cenerentola. Non solo per chi il lavoro non ce

a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni». Nel 2012, come diremo tra poco nel testo, è stato modificato l'articolo 81 (e marginalmente, nello stesso senso, anche gli artt. 97 e 119). In particolare, secondo i primi due commi dell'articolo 81, nel nuovo testo: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali».

⁶⁰ Con le parole di P. CALAMANDREI, *Arringa nell'udienza del 30 marzo 1956*, in D. DOLCI, *Processo all'articolo 4*, Palermo 2011, p. 308.

⁶¹ È stato detto che la tenuta della disciplina dell'economia, strettamente raccordata all'articolo 3, comma 2, è «la tenuta di tutta la Costituzione, e le sorti dell'una sono largamente le sorti dell'altra. Il problema, a questo punto, è dunque quello della vitalità della Costituzione nel suo complesso»: M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino 1990, p. 385.

l'ha. Ma anche per chi ce l'ha, e si ritrova incastrato in contratti capestro, in un vuoto di tutela che pare inarrestabile.

Non solo leggi, decreti, regolamenti. Abbiamo assistito anche a una revisione costituzionale che, nel 2012, senza nemmeno un voto contrario nella duplice lettura delle due Camere, ha sancito l'ingresso nel testo della Costituzione, sotto la pressione della crisi finanziaria dell'eurozona, del principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico. Un principio che, benché una giurisprudenza costituzionale ancora sensibile ai valori costituzionali abbia finora cercato di far convivere con la garanzia dell'eguaglianza sostanziale e dei diritti sociali⁶², se ne sta acquattato nel testo della Costituzione, pronto all'occorrenza ad essere rianimato ed applicato.

Insomma, è passata sotto i nostri occhi, e sulla nostra pelle, col consenso della maggioranza degli eletti in innumerevoli legislature, una serie di norme che potremmo definire acostituzionali, se non addirittura anticostituzionali⁶³. Nel senso che si tratta di misure che, se prendessimo sul serio le norme costituzionali, dovrebbero essere annullate, rimosse, ma che invece restano in vigore perché nessuno osa contestarne l'incostituzionalità, dato che i parametri coi quali contrastano sono stati consegnati a una specie di «oblio», rotto solo di tanto in tanto da qualche sentenza che sopravviene a ricordare che, da qualche parte, lassù, nell'empireo costituzionale, quelle norme esistono ancora.

Sì, oblio. «Involve tutte le cose l'oblio nella sua notte», cantava Foscolo. Come ci dice il dizionario, si tratta di una «dimenticanza (non come fatto momentaneo, per distrazione o per difetto di memoria, ma come stato più

⁶² Su questa giurisprudenza v. ad esempio I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo*, 2012, n. 1; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 73 ss. Per una efficace sintesi, incentrata sulle tre parole chiave di persona, risorse, comunità, M. CARTABIA, *La Consulta ai tempi della crisi*, in *Il Sole 24 ore*, 29 novembre 2019.

⁶³ Tutto ciò, per fortuna, non è avvenuto nel silenzio dei costituzionalisti, benché la loro voce abbia avuto un impatto assai circoscritto sulle scelte politiche degli ultimi decenni. Tra i molteplici scritti che hanno posto in evidenza quanto ho riassunto per sommi tratti nel testo, v. ad esempio quelli contenuti sulla rivista *Costituzionalismo*, specie nei numeri 1/2016 (Tornare ai fondamentali: la solidarietà); 3/2017 (Eguaglianza: i compiti della Repubblica). Tra i più decisi sostenitori della normatività del principio di eguaglianza sostanziale, è Lorenzo Carlassare, della quale si veda ad esempio L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano 2012, specie p. 49 ss., nonché, per l'impatto di tale principio sulla discrezionalità nell'allocatione delle risorse, ID., *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo*, 2013, n. 1.

o meno duraturo, come scomparsa o sospensione dal ricordo)». In psicologia, e questo è ancora più illuminante, «processo naturale di perdita dei ricordi per attenuazione, modificazione o cancellazione delle tracce mnemoniche causato, genericamente, dal passare del tempo tra l'esperienza vissuta e l'atto del ricordo».

Ma come siamo arrivati fino a qui?

6. Se tali sono le conseguenze, le analisi sono piuttosto concordi nell'individuare le cause⁶⁴. Si tratterebbe di una delle numerose conseguenze della globalizzazione, almeno per come è stata gestita fino ad oggi, nel senso che sarebbero impossibili per gli Stati nazionali quelle decisioni redistributive che, benché richieste dalle costituzioni, non risultano in concreto adottabili, in quanto il mercato globale ha sottratto loro una serie di grandezze economiche che sono ormai indisponibili per il potere politico. Niente più possibilità di politiche fiscali progressive, di incremento della spesa pubblica, di garanzie del lavoro: insomma, non ci sarebbero alternative all'ineluttabile destino di privatizzazioni, riduzioni dell'intervento pubblico, limitazione dei diritti sociali e inseguimento al ribasso delle imposte⁶⁵.

Come ha evidenziato Benedetto XVI, «È causa di gravi scompensi separare l'agire economico, a cui spetterebbe solo di produrre ricchezza, da quello politico, a cui spetterebbe di perseguire la giustizia mediante la ridistribuzione»⁶⁶.

Purtroppo, questo è ciò che è avvenuto con la globalizzazione, *questa* globalizzazione: l'agire economico si è staccato da quello politico e ha preso il sopravvento. Poco importa di democrazia, di eguaglianza, di diritti, di libertà.

Se le rivoluzioni democratiche dei secoli scorsi avevano assicurato alla politica e alle sue istituzioni poteri di governo sui fatti dell'economia e la capacità di orientarli a favore delle classi più deboli, negli ultimi decenni la libertà dei mercati è apparsa invece come una necessità ineluttabile, rispetto alla quale le forme e le regole della politica degli Stati sono degradate a variabili secondarie, ininfluenti⁶⁷. Sempre daccapo, appunto.

⁶⁴ In sintesi, F. BOURGUIGNON, *La globalizzazione della disegualianza*, cit., p. 53.

⁶⁵ Criticamente, nel senso che «ci sentiamo spesso dire che è così che deve essere, che la globalizzazione non ci dà altra scelta», ma occorre reagire a questo fatalismo J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della disegualianza*, Torino 2012, p. 228. La impossibilità di tenere insieme Stati nazionali, democrazia e globalizzazione economica è stata evidenziata da D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Bari 2015.

⁶⁶ *Caritas in Veritate*, p. 36.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino 2012, p. 89.

Oggi più che mai economia e finanza condizionano i governi, con la peculiarità che sfuggono completamente alle frontiere nazionali, operando in una dimensione globale e a-territoriale. Accanto ai grandi istituti finanziari in senso stretto si collocano, quali ambigui contropoteri, le cosiddette «istituzioni della globalizzazione», dal Fondo Monetario alla Banca Mondiale, fino alla Commissione europea, organismi tecnocratici e a-democratici⁶⁸.

È in tali organizzazioni che stanno le chiavi delle politiche economiche, finanziarie e monetarie, delle politiche del lavoro e della previdenza sociale, delle politiche commerciali e ambientali, rispetto alle quali i governi democratici sono il luogo di decisioni solo esecutive.

A ciò si aggiunge quello che è stato definito il ‘processo di individualizzazione’: la ricerca, nell’ambito di una società liquida, di soluzioni individuali a problemi collettivi, e tra questi anche alla crescita delle disuguaglianze. Anch’esso un portato dell’impatto che l’odierna configurazione del capitalismo ha sugli individui e la loro psicologia, che spiega sia la scomparsa dell’atteggiamento conflittuale in favore di una ‘concorrenza’ tra individui⁶⁹, sia l’indebolirsi dei legami di solidarietà e cooperazione, come dimostrano le difficoltà che attraversano tutte le formazioni sociali e i corpi intermedi. Come sembrano lontane le parole che don Lorenzo Milani scriveva, con la Scuola di Barbiana, nel 1967 in «Lettera a una professoressa»: «Ho imparato che il problema degli altri è eguale al mio. Sortirne tutti insieme è la politica. Sortirne da soli è l’avarizia»⁷⁰.

Il vero grande trionfatore del post-1989, così, non sarebbe la democrazia costituzionale, le cui promesse, al contrario, non sono state mantenute⁷¹. Bensì il capitalismo finanziario globale, sempre pronto a giocare al ribasso nella tutela dei lavoratori e dei diritti sociali, al rialzo, invece, nell’arricchimento dei manager o dei titolari delle grandi fortune.

7. Le «promesse non mantenute della democrazia», a loro volta, generano conseguenze rilevanti (e negative) in termini democratici. Innanzitutto, la globalizzazione ha creato una enorme sfasatura tra ciò a cui si partecipa (direttamente o più di frequente attraverso i propri rappresentanti), cioè i processi decisionali che avvengono a livello di Stati nazionali, e i luoghi (o,

⁶⁸ L. GALLINO, *Finanzacapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2011, p. 296.

⁶⁹ C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, cit., p. 10.

⁷⁰ SCUOLA DI BARBIANA, *Lettera a una professoressa* (1967), che cito dalla edizione Mondadori, Milano 2017, p. 11.

⁷¹ Per dirla con le celebri parole di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia* (1984), in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, p. 8.

meglio, non luoghi) dove si assumono le decisioni, che esorbitano da qualsiasi confine geografico, in quanto si tratta di inseguire un potere economico, quello dei mercati, ineffabile e inafferrabile. In sostanza, i cittadini avvertono sempre di più l'inutilità di partecipare a processi decisionali che non riescono ad influire sulle grandezze che stanno alla base della propria vita, soprattutto per quanto riguarda le politiche economiche, finanziarie, del lavoro: da qui, appunto, il sentimento di distanza tra istituzioni e vita reale, l'apatia politica che connota sempre più le democrazie e, in definitiva, quella riduzione del sostegno alla democrazia di cui parlavamo all'inizio⁷².

Questa sfiducia, che è *double face*, nei processi decisionali democratici e negli altri, viene amplificata dai social media: infatti, la rivoluzione digitale mette il mondo in mano ad ognuno, contribuendo alla fine delle strutture normative basate sull'autorità⁷³, come la famiglia, la scuola, ma anche al venire meno del ruolo dei sapienti, delle élite culturali e di tutte le istanze di mediazione, nonché ad enfatizzare ulteriormente la crisi della rappresentanza politica. In sostanza, è spesso tramite i social che ciascuno esprime la propria visione del mondo, sovente sotto l'impulso di emozioni negative, attraverso una scelta individuale, compiuta al di fuori di contesti relazionali.

Inoltre, queste modalità di comunicazione favoriscono la creazione di *echo chambers* non comunicanti e di conseguenza di *gated communities* virtuali, gruppi chiusi che consentono a coloro che hanno certe preferenze di «incontrare» virtualmente soltanto i propri simili, incentivando in tal modo la polarizzazione e la frammentazione. Sono state ben messe in luce le conseguenze di tali processi sulla democrazia pluralista, che si nutre, al contrario, di «incontri non pianificati» (nel senso della possibilità per le persone di essere esposte a situazioni e opinioni che non hanno preventivamente scelto) e di «esperienze condivise» (che costituiscono una sorta di collante sociale, senza il quale le persone potrebbero persino, ad un certo punto, trovare difficile capirsi)⁷⁴.

A ciò si aggiungano le conseguenze dirette delle disegualianze sulla democrazia.

Un primo aspetto è quello più tradizionale: la libertà dal bisogno come premessa per l'eguaglianza politica e l'effettivo esercizio delle libertà democratiche che è al centro del costituzionalismo sociale⁷⁵. Non a caso essa è

⁷² V. J. KRIECKHAUS e S. BYUNGHWAN, N. MUKHERJEE BELLINGER, J. M. WELLS, *Economic Inequality and Democratic Support*, in *J. of Politics*, 2013, p. 139 ss.

⁷³ V. T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici*, Roma 2018.

⁷⁴ V. Illuminante volume di C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna 2017.

⁷⁵ Una sintesi in R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, cit., specie p. 173 ss.; ID., *La democrazia economica*, cit., p. 51 ss.

richiamata tra le famose «quattro libertà» del celebre discorso del 1941 del Presidente Roosevelt (*freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, freedom from fear*) e costituisce il principio ispiratore che ha guidato i costituenti italiani nel delineare l'uguaglianza sostanziale e i diritti sociali. Un'unica citazione, tra le tante che sarebbero possibili. La prendo dalla introduzione al volume di Francesco Ruffini, scritta da Piero Calamandrei nel 1946, col titolo «L'avvenire dei diritti di libertà»: «Solo una democrazia sociale può dirsi veramente democrazia, perché *soltanto in essa i diritti di libertà sono effettivamente goduti da tutti i cittadini*, senza che la diversità di condizione economica si traduca in disuguaglianza politica e riduca i diritti di libertà ad essere, di fatto, un privilegio dei ricchi» (corsivo nell'originale)⁷⁶.

Che al di sotto di un certo livello di benessere non sia possibile un'autentica dialettica democratica è da tempo sostenuto sul piano teorico⁷⁷ e supportato da evidenti rilevazioni empiriche⁷⁸. Una eccessiva concentrazione della ricchezza, infatti, può alterare la competizione politica, specie in assenza di adeguate regole sul finanziamento delle campagne elettorali e l'azione delle lobbies. Un impoverimento dei ceti popolari, da parte sua, può renderli più vulnerabili, nell'espressione delle loro preferenze politiche e nel rapporto con i governanti, in quanto meno capaci di esercitare un controllo sulla loro azione e più disponibili a pratiche clientelari. Inoltre, è stato mostrato che i cittadini coi redditi più bassi tendono a partecipare meno alla vita politica, lasciando quindi nelle mani dei più ricchi le decisioni politiche, col rischio di quella che è stata definita una «deriva plutocratica» della democrazia⁷⁹. Per non parlare di situazioni estreme, nelle quali il potere di alcuni soggetti privati, in particolare dei datori di lavoro, nei confronti di altri soggetti privati, i cittadini-elettori, sia così pervasivo da configurarsi come una privazione della libertà di scelta e dell'autonomia individuale: una forma

⁷⁶ P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà* (1946), ora in ID., *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze 1996, p. 44-45. Sulla questione sociale nel pensiero di Piero Calamandrei v. E. BINDI, *Calamandrei e la questione sociale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2012, n. 3.

⁷⁷ V. ad es. S. LIPSET, *Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*, in *American Political Science Rev.*, 1959, p. 69 ss.

⁷⁸ Così ad es., R. SIGMAN, S. I. LINDBERG, *Democracy for All: Conceptualizing and Measuring Egalitarian Democracy*, in *Political Science Research and Methods*, 2019, p. 595 ss, basandosi sui dati di <https://www.v-dem.net/en/>. Ma già R. DAHL, *La democrazia economica*, cit., p. 42, muovendo dalla intuizione di Tocqueville sulla prosperità materiale come fattore di sostegno della democrazia, evidenzia che, a un secolo e mezzo da tale intuizione, si può riscontrare nella pratica una correlazione straordinariamente alta tra il benessere economico e la democrazia.

⁷⁹ C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, cit., p. 25.

di neo-feudalesimo o di quasi schiavitù, tale da annientare la partecipazione democratica⁸⁰.

Ci sono, poi, sviluppi più recenti, che derivano non tanto dall'impatto delle disuguaglianze di per sé, ma dall'impatto della *crescita delle disuguaglianze* in paesi nei quali, nel XX secolo, esse erano state decisamente ridotte.

L'aumento delle disuguaglianze, con l'accrescimento delle distanze tra individui e gruppi, indebolisce la coesione sociale e il senso di identità, fa venire meno il terreno comune, favorendo la divisione e la polarizzazione⁸¹. Questa tendenza si esprime anche nella gestione degli spazi urbani, attraverso la diffusione, in molti paesi, di quartieri recintati, *gated communities* in senso proprio, affidati alla sorveglianza di compagnie di sicurezza private⁸², ove i benestanti possono cercare di ricreare artificialmente quella pace e sicurezza che sono smarrite nella violenza di città spesso simili a vere e proprie «giungle urbane». Benché un tale uso dello spazio urbano sia assai risalente (in fondo, la Parigi di Haussmann rispondeva a una logica simile e su tale base pare organizzata la metropoli industriale moderna descritta da tanti narratori dell'Ottocento, ad esempio da Jules Verne in *I cinquecento milioni della Béguin*)⁸³, solo negli ultimi decenni la separazione degli spazi sociali sembra divenuta una costante in molti paesi. Il viaggiatore europeo continua a restare colpito, mentre si aggira tra fili spinati e barriere che circondano centri commerciali e zone residenziali, nei quartieri abbienti di Città del Messico, Santiago del Cile o Johannesburg. Ma tale realtà sta diffondendosi anche nei paesi più ricchi, dove si tende ad allontanare dalle zone centrali e a rinchiusere in ghetti urbani i più poveri. Comunque sia, il risultato è che l'organizzazione della vita sociale è sempre più ridotta entro spazi privati, e ciò fa sì che tra diversi non ci si incontri nemmeno più. Per cui il senso di appartenenza deve essere creato artificialmente. Ciò che spesso accade attraverso l'emersione o il ritorno di forme di «nazionalismo tribale»⁸⁴ (nutrite da un complesso armamentario simbolico), finalizzate a supplire all'assenza di una «reale» base di condivisione⁸⁵.

⁸⁰ G. SITARAMAN, *Economic Inequality and Constitutional Democracy*, cit., p. 533 ss.

⁸¹ Questa tematica era già chiaramente evidenziata in R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio*, cit., specie p. 39 ss., che sottolineava la rinascita del darwinismo sociale sotto la pressione della globalizzazione.

⁸² T. JUDT, *Gnasto è il mondo*, cit., p. 94.

⁸³ V. G. AMENDOLA, *Sguardi sulla città moderna*, Bari 2019, p. 89.

⁸⁴ Nel senso indicato da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1948), Torino 2009, p. 317 ss.

⁸⁵ Non si tratta certo di una novità: v. ad es. E. HOBSBAWM, T. RANGER, *L'invenzione della tradizione* (1983), Torino 2002; B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi* (1983), Bari 2018.

Il ridursi della possibilità di migliorare la posizione economica propria o dei propri figli, le difficoltà della vita quotidiana derivanti dai tagli alla spesa pubblica, generano, nelle moltitudini dei cittadini delle società democratiche dell'Occidente, una molteplicità di emozioni negative: risentimento, rancore, invidia, sfiducia, insicurezza, paura, rabbia. Come ha messo in evidenza Francesco nell'Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium*, «l'iniquità è la radice dei mali sociali»⁸⁶. In un'epoca di risorse limitate, in cui scarse sono le posizioni lavorative appetibili e si riducono anche quelle meno qualificate, è facile che prevalgano lo scoramento e il senso di abbandono, quando non si inneschi addirittura una lotta tra gli ultimi, ad esempio nei confronti dei «migranti», ovvero degli stranieri poveri, che a sua volta si presta ad essere sfruttata a scopi elettorali da politici senza scrupoli.

8. Giunti a questo punto, si apre il grande interrogativo del «che fare?». Come ci ricorda Max Weber, invitandoci a riflettere sul ruolo delle scienze sociali, «anelare e attendere non basta. E faremo altrimenti: ci metteremo al nostro lavoro e adempiremo alla “richiesta di ogni giorno”, come uomini e nella nostra attività professionale. Ma ciò è semplice quando ognuno abbia trovato e obbedisca al demone che tiene le fila della propria vita»⁸⁷.

Di fronte a questioni estremamente complesse, che toccano i fondamenti stessi del vivere comune, mettersi al lavoro, come uomini e donne di questa epoca e come costituzionalisti implica tirare fuori dal nostro tesoro, per utilizzare un'espressione evangelica, «cose antiche e cose nuove» (Mt 13, 52).

Innanzitutto, occorre uno sforzo di memoria e di consapevolezza.

La prima cosa da ricordare sono le conquiste del XX secolo e le conseguenze che una corsa scriteriata al loro smantellamento potrebbe portare. Come ha scritto nella sua ultima opera, che costituisce un po' il suo testamento, il grande storico britannico Tony Judt: «Noi consideriamo le istituzioni, le leggi, i servizi e i diritti che abbiamo ereditato dalla grande epoca di riforme del '900 come qualcosa di scontato. È ora di ricordarci che tutte queste cose nel 1929 erano assolutamente inconcepibili. Noi siamo i fortunati beneficiari di una trasformazione che ha avuto una portata e un impatto senza precedenti. Appunto c'è molto da difendere»⁸⁸.

⁸⁶ *Evangelii Gaudium*, p. 202.

⁸⁷ M. WEBER, *La scienza come professione* (1917), Torino 2001, p. 40.

⁸⁸ Così, riferendosi allo Stato sociale di matrice europea, T. JUDT, *Guasto è il mondo*, cit., p. 159 ss.

In particolare, in quanto italiani, dobbiamo riacquistare la consapevolezza che lotta contro le disuguaglianze, coesione sociale, pieno sviluppo della persona umana, fanno parte della nostra identità costituzionale, del nostro DNA potremmo dire.

A differenza di quanto capita nel mondo anglosassone, ove il quadro costituzionale è sprovvisto di una base giuridica adeguata, nel nostro paese principi di giustizia e strumenti per realizzarli sono sanciti normativamente nella Costituzione.

Di conseguenza, non possiamo continuare a importare acriticamente e passivamente il dibattito statunitense o inglese: più che ricercare astratte definizioni di giustizia, non dobbiamo stancarci di richiamare la priorità di questi principi costituzionali, che configurano sia un obbligo di azione dei poteri pubblici, sia doveri di solidarietà che ricadono su tutti i soggetti dell'ordinamento.

In altre parole, dobbiamo «trarre dall'oblio» le norme costituzionali. Senza andare troppo lontano, i dizionari dei sinonimi ci dicono che ciò equivale a «riesumare, ripescare, rispolverare, rivangare». Parlando di norme giuridiche, questo significa ricordare che il diritto non è una variabile indipendente nel *mare magnum* delle politiche economiche e sociali, ma ha carattere prescrittivo, cioè deve improntare di sé programmi politici, elettorali e di governo, atti normativi di ogni ordine e grado, sentenze di ogni ordine e grado⁸⁹.

Non solo. Questi principi costituiscono la dote con la quale ci presentiamo sulla scena mondiale, la nostra carta di identità, e sono anche il principale contributo che l'Italia può portare a livello europeo e globale sui temi dello sviluppo e della giustizia.

Nella prospettiva di una riduzione delle disuguaglianze sul piano mondiale: in nome degli ultimi, degli oppressi, di chi sta in basso. Dei vicini e dei lontani. Lontani che molto spesso abbiamo vicino, come ci ricordano le drammatiche storie dei migranti che arrivano sulle nostre sponde. Non ci si salva da soli, è il messaggio che la nostra Costituzione ci rimanda, un messaggio che deve essere necessariamente trasposto in Europa e nel mondo, come ci chiedono il principio pacifista e il principio internazionalista, anch'essi al centro della nostra identità costituzionale.

Basti richiamare le parole con le quali l'articolo 10, comma 3, consacra il diritto di asilo. «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo

⁸⁹ Si sofferma decisamente sul carattere prescrittivo del principio di eguaglianza sostanziale contenuto nella Costituzione italiana L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, cit., ad esempio p. 122.

esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Oppure l'articolo 11, che non solo pone la base per l'appartenenza dell'Italia alle organizzazioni internazionali, ma esprime l'apertura internazionalistica in nome del mantenimento della pace. Non è inutile richiamarlo per intero, e finanche soffermarsi un attimo in silenzio a meditarlo. «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Non è difficile comprendere perché i costituenti, nello scenario rovinoso di un'Europa e di un mondo ricoperti di rovine e di tombe, ritennero necessario sancire in modo tanto chiaro il «mai più» che sgorgava da quelle distruzioni e sofferenze.

A tal fine, occorre affiancare a qualsiasi riflessione sulla disuguaglianza interna agli Stati quella sulla disuguaglianza globale, che si tende così facilmente a dimenticare dalla nostra prospettiva che considera l'Occidente il centro del mondo. Una visione che includa anche i sommersi, quelli che non compaiono in nessuna statistica. Solo l'identificazione con l'umanità nel suo insieme può diventare il perno di un progetto di futuro meno spezzato⁹⁰, così come solo il riconoscimento di un comune destino può consentire al metodo democratico di radicarsi e sopravvivere⁹¹.

In secondo luogo, è pur vero che ormai le decisioni si formano in luoghi remoti e spesso oscuri e che occorre operare affinché esse ritornino nel circuito politico democratico, su scala necessariamente planetaria.

Ma va tenuto presente – anche questa, come molte cose che abbiamo sotto il naso può parere una ovvietà – che in tali luoghi, almeno per il momento, siano essi i mercati finanziari o le istituzioni che orientano la finanza e l'economia mondiali, ci sono degli esseri umani che decidono, esseri umani che sono espressione della loro epoca (che è, poi, anche la nostra).

Si apre quindi la questione dei criteri che guidano le decisioni umane, in questo come in altri campi della vita individuale e collettiva. Una complessa questione antropologica, in cui si fa strada la convinzione, sempre più diffusa in tutte le discipline, che tali decisioni sono mosse non soltanto da calcoli razionali o utilitaristici, ma anche da emozioni e sentimenti (un paio di

⁹⁰ C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, cit., p. 221.

⁹¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 30.

nomi tra tutti: il neuroscienziato Antonio Damasio, che già negli anni Novanta ha iniziato a divulgare queste scoperte, e la scienziata sociale Martha Nussbaum, che le ha applicate alla organizzazione delle società umane)⁹². Come è stato detto in un libro assai originale, che ripercorre la vita di una coppia, dal primo incontro alla vecchiaia, mostrando l'influenza delle emozioni sulla vita quotidiana e sui destini individuali dei due partners, «ci troviamo al momento nel bel mezzo di una rivoluzione per quanto riguarda la coscienza. Nel giro di pochi anni genetisti, neuroscienziati, psicologi, sociologi, economisti e antropologi hanno compiuto grandi passi in avanti nel comprendere le basi fondanti dello sviluppo umano. E una delle scoperte fondanti di tutti questi studi è che tutti noi, in larga misura, non siamo il prodotto del nostro pensiero consapevole, ma di quel pensiero che ha luogo al di sotto del livello della coscienza»⁹³.

Perché possa esistere un sano spirito pubblico occorre una comune, solida e sana base emozionale di una società: «senza emozioni consolidate in sentimenti collettivi siamo privi di radici profonde e senza radici è possibile il male e l'ingiustizia radicali»⁹⁴. Tra tali sentimenti collettivi, il sentimento di giustizia, o, meglio, di rifiuto dell'ingiustizia, che è una faccia inevitabile dell'empatia, cioè della fraternità, svolge, per la sua fondamentale natura relazionale, il ruolo centrale.

Ebbene, anche i sentimenti possono evolvere, come mostrano le esperienze storiche concrete. Sarebbe oggi accettabile presenziare a spettacoli circensi in cui bestie feroci competano con persone inermi? Oppure assistere a crocifissioni e torture mangiando i popcorn? Sorvegliare un *gin tonic* facendosi servire da un altro essere umano in catene? O sostenere che le donne non sono in grado di fare il giudice, o di votare, a causa del ciclo mestruale? Essi, pertanto, possono in qualche modo essere «educati». E questo a prescindere da quello che si ritenga esserne il fondamento. Che sia la cultura o la natura, secondo l'eterna diatriba. Infatti, anche a ritenere che sia la natura, l'osservazione degli accadimenti umani e, mi sento di poter dire, l'esperienza personale, ci mostra che la voce della coscienza, nella quale si radica il sentimento di giustizia, è sepolta, giù, da qualche parte, negli insondabili abissi di ogni cuore umano, e deve sempre e comunque essere

⁹² Tra i primi autori a disvelare questa sfera, A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano 1995; M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna 2004, che ha successivamente sviluppato la sua analisi in ID., *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna 2014.

⁹³ Così D. BROOKS, *L'animale sociale. Alle origini dell'amore, della personalità, del successo*, Torino 2012.

⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, p. 69.

raggiunta attraverso la rimozione di innumerevoli pietre, macigni, detriti, che le impediscono di farsi sentire. Nient'altro, in definitiva, che una «educazione del cuore».

Peraltro, questa conquista, abbastanza recente, delle scienze sociali, era già stata fatta propria, *a contrario* potremmo dire, da chi, invece, voleva suscitare una crescente competizione sociale attraverso la valorizzazione dell'individualismo e della concorrenza tra individui. Al riguardo, colpisce la scelta delle parole compiuta dalla Primo Ministro britannico, Margaret Thatcher, in una famosa intervista del 1981, quando aveva detto: «cambiare l'economia è il mezzo per cambiare l'approccio...L'economia è il metodo. L'obiettivo è cambiare il cuore e l'anima»⁹⁵.

La parola «cuore», ovviamente, va ben oltre la biologia, non designa cioè «un organo che pulsa per pompare il sangue in ogni parte del corpo». Allo stesso tempo, non ha niente di sdolcinato, né di esoterico o magico. Se mai, viene utilizzata, così come già nell'antichità classica o biblica, per riassumere quell'amalgama che c'è «dentro» all'uomo, unione di sentimento, intelletto e volontà. Nell'ambito di un percorso in atto nella recente psicologia, supportata dalle neuroscienze, orientato a superare la separazione dei sentimenti dalla ragione e la loro svalutazione, che tanti danni ha prodotto nella vita collettiva e individuale⁹⁶.

Ma come fare? Se il cuore, come spesso accade, è cieco, in prenda alla *mind blindness*⁹⁷ (una forma di «incapacità di vedere con il cuore», per usare le parole del Piccolo Principe di Antoine de Saint-Exupéry), che si trasforma in incapacità di valutare le conseguenze sugli altri delle proprie azioni, che a sua volta deriva dalla incapacità di vederli e di riconoscerli come persone?

Che fare di fronte alla cecità che ci impedisce di vedere le iniquità, le ingiustizie, le diseguaglianze? Come si educa il cuore? Quando parliamo di egoismo, di incapacità di empatia, di incapacità di identificarsi con l'altro, parliamo di aspetti antropologici, che hanno una immediata proiezione sociale, e che necessitano di risposte variegata e molteplici da parte delle arti, delle religioni, della psicologia, della filosofia, della storia, della sociologia e, potremmo dire, da parte di ogni essere umano di buona volontà.

⁹⁵ «Mrs. Thatcher. The First Two Years», in *Sunday Times*, 3 maggio 1981.

⁹⁶ Per alcuni cenni su questo ricco e affascinante filone di studi, J. HILLMAN, *Il pensiero del cuore* (1981), in ID., *L'anima del mondo e il pensiero del cuore*, Milano 2002, p. 41 ss.; R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore. Etica e teoria del sentire*, Milano 2003; L. MORTARI, *La sapienza del cuore*, Milano 2017.

⁹⁷ Così ad esempio F. DE WAAL, *L'età dell'empatia. Lezioni dalla natura per una società più solidale*, Milano 2011; C. ROGERS, *A Way of Being*, New York 1980. Il sociologo A. MARGALIT, *The Decent Society*, Cambridge 1996, p. 96 ss., ha parlato di «*blindness to the human aspects*» per evidenziare un modo di pensare che riduce gli esseri umani a cose.

In altre parole, occorre contribuire a forgiare il substrato che tiene insieme le società umane e sul quale si fonda l'obbedienza alle norme, da cui discende, a sua volta, quella che i giuristi qualificano come «effettività»⁹⁸. Non importa con quale termine lo definiamo: possiamo chiamarlo, con Tocqueville, *mores* o «stili di vita», oppure «cultura» o «tradizione», come fanno sociologi del diritto e comparatisti⁹⁹, «senso comune» alla Gramsci¹⁰⁰, oppure hegelianamente *Zeitgeist*.

Sta a noi, a ciascuno di noi, là dove siamo, continuare a lavorare e lottare perché questa cultura, questo senso comune, questo spirito del tempo, questa voce e sensibilità della nostra epoca, che, volenti o nolenti, informa di sé tutti suoi figli, risponda ai principi di giustizia in cui crediamo e che sono iscritti nelle nostre costituzioni. In questo, un ruolo qualificato spetta alle scienze sociali, e a coloro che ne hanno fatto una «professione». Essi, infatti, possono aiutare a «vedere» le facce nascoste dei fenomeni, svelandoli, a volte smascherandoli e più in generale aiutando ad assumere consapevolezza, ciò che è tanto più difficile riguardo ad accadimenti in cui siamo immersi¹⁰¹.

È vero che il diritto può diventare effettivo soltanto se la visione che lo sostiene si fa strada nella società. Tuttavia, anch'esso, in quanto sia *value oriented*, guidato dai principi del costituzionalismo democratico e sociale, ha qualcosa da dire (da dare), proponendo una concezione della persona umana e della società che entra a costituire la cultura, il senso comune e che, anzi ci entra in modo particolarmente autorevole, sostenuto dalla sua natura istituzionale e dalla sua forza precettiva.

D'altra parte, i movimenti in atto ovunque nel mondo, sviluppati da organizzazioni internazionali come le Nazioni Unite (penso ai *Sustainable Development Goals* o ai tentativi di misurare il benessere sulla base di indicatori diversi dal PIL), supportati da accademici, attivisti, religioni, chiese (in un

⁹⁸ Su questo substrato e sul ruolo delle istituzioni, G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere*, cit., 2012, p. 66 ss.

⁹⁹ Vedi ad es. R. COTTERRELL, *Law, Culture and Society: Legal ideas in the Mirror of Social Theory*, Farnham 2006; ID., *The Concept of Legal Culture*, in D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Farnham 1997, p. 13 ss.; D. NELKEN, *Defining and Using the Concept of Legal Culture*, in D. NELKEN, E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law. An Handbook*, Oxford 2007, p. 109 ss.

¹⁰⁰ Nel senso che la percezione della disuguaglianza è un fatto sociale, una percezione dapprima minoritaria, da parte di coloro che la subiscono, poi, a seguito delle loro lotte, condivisa dalla maggioranza e infine destinata a generalizzarsi e a diventare senso comune: L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'eguaglianza*, cit., p. 36.

¹⁰¹ Che la funzione ultima delle scienze sociali è aiutare l'individuo a rendersi conto dei fini ultimi dei propri atti è messo in evidenza da M. WEBER, *La scienza come professione*, cit., p. 34.

quadro nel quale spicca, per profondità e completezza, l'Enciclica *Laudato Si'*), che chiedono un cambio di paradigma, in favore di uno sviluppo che metta al centro le persone e la madre terra, testimoniano che non tutto è vano.

È inevitabile che le forze che vogliono mettere sottosopra il cliché di un mondo in cui «non c'è alternativa», ridando voce e dignità a quelli che stanno in basso, incontrino grandi difficoltà nel tradurre i loro nobili principi in norme giuridiche, e quindi in politiche concrete, perché i forti e potenti difenderanno la loro supremazia con tutti i mezzi, come è sempre accaduto. Ma non per queste difficoltà si può rinunciare a riaffermare il carattere prescrittivo del diritto, la sua vocazione a trasformare i rapporti di forza, ad ergersi contro «le ingiustizie storicamente concrete che derivano da disuguaglianze abissali di potere economico, politico e culturali esistenti tra individui, ceti e classi sociali, gruppi etnici, società, Stati, continenti»¹⁰².

Anzi, proprio il contrario. C'è un grande bisogno che il diritto si affianchi alle altre discipline sociali, con la sua duplice natura, prescrittiva e culturale, e insieme ad esse cerchi di rimettere al centro delle dinamiche globali la persona umana con le sue sofferenze.

Insomma, siamo chiamati a tenere viva la speranza, ma questa affermazione non ha senso se non svolgiamo una continua azione di *parresia*: infatti, come diceva Ibn Ata Allah, un mistico musulmano alessandrino del XIV secolo, «la speranza è qualcosa che implica un'azione, altrimenti non è che velleità»¹⁰³.

¹⁰² Con le parole di G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., p. 144, che però limita il ruolo della scienza giuridica a non prestarsi a fare da copertura, nella convinzione che la cosiddetta «funzione promozionale» del diritto, delle sue norme di principio e programmatiche non è nulla se non è sostenuta da dinamiche sociali, politiche e culturali.

¹⁰³ Citato in C. VAN NISPEN TOT SEVENAER, *Cristiani e musulmani: fratelli davanti a Dio?*, Venezia 2006.

ILENIA MASSA PINTO

Rileggendo «L'ordinamento costituzionale per valori» di Francesco Pizzetti

SOMMARIO: 1. Premesse: la paradossale maggiore democraticità dell'ordinamento della Chiesa cattolica rispetto agli ordinamenti statali – 2. Invenzione e inveramento – 3. La difesa di Kelsen – 4. La profezia realizzata – 5. La promessa mancata

1. Nel 1995 Francesco Pizzetti pubblica un saggio sulla rivista «Il Diritto ecclesiastico» – relazione presentata al Convegno «Il diritto della chiesa tra persona e istituzione», tenutosi a Venezia il 6-7 giugno 1994¹ – nel quale, attraverso un'interessante comparazione tra ordinamenti statali e ordinamento della Chiesa cattolica, perviene a conclusioni assai suggestive in merito alla paradossale maggiore democraticità che caratterizzerebbe quest'ultimo rispetto ai primi, e individua la causa ultima di tale paradosso nel dato comune delle «più recenti tendenze del costituzionalismo contemporaneo», diffuse negli ordinamenti statali, ossia il «superamento del dato normativo come elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico»².

Sebbene con l'espressione «teorie dei valori» si possano indicare posizioni assai articolate, Pizzetti individua il loro tratto comune proprio «nel superamento della validità come fondamento della legalità e la affermazione che [secondo queste teorie] è piuttosto la legittimità intesa come corrispondenza a valori o principi (anche se “posti” e non solo “presupposti”) il fondamento e la condizione della legalità»³. Di qui le sue suggestive conclusioni:

¹ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, p. 66-109.

² *Ibidem*, p. 66.

³ *Ibidem*, p. 67. Date queste premesse, per il costituzionalista il problema diventa il complesso rapporto tra la ricerca dei valori come fondamento della legittimità e il richiamo della Costituzione come parametro di legittimità degli ordinamenti dello Stato costituzionale. Rispetto a questo profilo, Pizzetti ritiene che il problema sia proprio della cultura europea che, a differenza di quella americana, «sconta nel suo rapporto con la Costituzione il debito che essa ha con la teoria del diritto di matrice kelseniana, tutta basata sul concetto di Costituzione come sistema normativo di diritto positivo, garanzia e vincolo per il legislatore, in un quadro nel quale il principio di validità della legge alla luce della Costituzione era anche, e giustamente, principio di legittimità della legge stessa». Per i giuristi europei «il problema della Costituzione è assai più complesso. Ed anzi si potrebbe dire che proprio questo è il nodo di

«Mentre la Chiesa, società per definizione non democratica, assicura però a tutti i fedeli di partecipare alla costruzione comune di un ordinamento trascendentamente fondato e comunionalmente “partecipato”, gli ordinamenti statuali, dopo due secoli di democrazia rischiano, attraverso la teoria dei valori, di ridurre i loro membri a sudditi: sia pure a sudditi “protetti e tutelati” da parte di un saggio principe illuminato, capace, chinandosi paterno su di loro e sulla loro “storia”, di cogliere i valori “fondanti” della loro convivenza e così assicurare quella “giustizia” che i cittadini da soli, con i loro rappresentanti, non sarebbero più in grado di garantire a se stessi»⁴.

Quello affrontato da Pizzetti non è certo un tema nuovo per lo studioso del diritto costituzionale, e, anzi, la bibliografia in materia è incommensurabile. La rilettura del suo saggio oggi è però utile almeno sotto due punti di vista: perché si può leggere, da un lato, come profezia avverata e, dall'altro, come promessa mancata. La profezia si è avverata nel duplice senso che oggi il diritto è sempre di più il risultato di un'attività di «inveramento» di valori e di principi, soprattutto attraverso la prudente opera delle Corti costituzionali in dialogo tra loro, e nel senso che la democraticità di questo diritto è assai dubbia⁵; invece la promessa che questa concezione del diritto potesse condurre – a livello sovranazionale – a un processo d'integrazione di ordinamenti diversi⁶ è per lo più mancata sotto molteplici profili.

2. Secondo Pizzetti, la polemica che tutti i sostenitori dell'ordinamento costituzionale fondato sui valori sviluppano nei confronti del positivismo giuridico ruota intorno alle medesime questioni di fondo: «la elaborazione

fondo (a mio giudizio irrisolto) di fronte al quale essi si trovano, allorché cercano di conciliare l'esistenza di una Costituzione scritta, concepita come insieme di norme positive che si pongono come vincolo e limite per il legislatore come per ogni altro soggetto dell'ordinamento, con l'affermazione dell'esistenza di un insieme di valori (o di principi) che, a partire dalla centralità della persona e dei suoi valori (essenziale fra i quali la sua libertà di autodeterminazione), costituirebbero il dato essenziale sul quale poggia la legittimità dell'ordinamento. Quello che si vuole dire, cioè, è che la recente dottrina europea che ricerca in valori o principi il fondamento dell'ordinamento deve confrontarsi con il problema della Costituzione secondo modalità diverse da quelle proprie della cultura americana (e sostanzialmente a questa non note). Da questo punto di vista non vi è dubbio che le teorie delle quali qui ci occupiamo presentano nel nostro orizzonte culturale problemi particolarmente complessi dei quali sono spia per un verso la polemica, propria di queste, con il positivismo giuridico fondato sulle regole, e per l'altro la difficoltà con la quale esse affrontano (o superano) il nodo della Costituzione» (*ivi*, p. 68).

⁴ *Ibidem*, p. 108.

⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁶ *Ibidem*, p. 97.

della teoria costituzionale per valori o principi; la concezione della Costituzione come espressione di un sistema di valori o principi piuttosto che di norme (regole); l'individuazione di un concetto di legittimità che non può esaurirsi nella pura validità ma deve invece fondarsi sulla corrispondenza fra i principi ed i valori e la realtà dell'ordinamento; tutto questo è per certi aspetti “causa” e per altri “conseguenza” della volontà di superare la concezione positivistica del diritto legata alla crisi dello Stato liberale dell'ottocento (o come alcuni preferiscono dire: alla crisi dello Stato legislativo; ovvero ancora, per altri, alla crisi dell' *État légal*)). E ancora: «Per altro verso si afferma anche (e soprattutto) che il superamento del positivismo è reso necessario dalla causa stessa della crisi dello stato liberale (o legislativo): dal fatto cioè che sulla scena della storia ha fatto irruzione la società pluralistica con tutta la sua complessità e le sue contraddizioni. E si afferma, sempre seguendo questa linea di pensiero, che il pluralismo, essendo diventato pluralismo di valori, di progetti, di programmi, non tollera più la riduzione e la semplificazione propria della regola (ovvero, secondo altre terminologie, della norma o della disposizione), cosicché, appunto dalla società pluralistica discenderebbe la crisi della legge e del legislatore, non essendo né l'una né l'altro in grado, quasi si direbbe “per definizione”, di cogliere la complessità della società. Di qui la necessità di trovare in “altro” rispetto alla legge ed al legislatore (meglio si direbbe rispetto alla norma ed alla disposizione – anche costituzionale) il dato unificante delle società pluralistiche contemporanee»⁷.

Il dato unificante viene individuato da queste teorie «nei valori della persona, vista non solo come singolo ma anche nella complessità della sua storicità [...]. Questa, dunque, sarebbe la fonte dei valori e dei principi che unificano l'ordinamento e di cui la Costituzione sarebbe espressione». Da qui la necessità di «una incessante opera di applicazione e di “inveramento” dei valori (o principi) costituzionali condotta attraverso un prudente sistema di “bilanciamento” fra i diversi valori in gioco. Bilanciamento che spetta “anche” al legislatore, ma “soprattutto” in realtà ai giudici, ed alle Corti costituzionali in primo luogo». Lo sviluppo ulteriore di questa impostazione è poi l'estensibilità necessaria del sistema dei diritti costituzionalmente garantiti man mano che l'evoluzione della vicenda storica obbliga, per assicurare l'effettività del sistema dei valori e dei principi basato sul rispetto dell'autonomia e della “dignità” della persona, a riconoscere (e si potrebbe dire a costruire) nuovi diritti»⁸.

⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁸ *Ibidem*, p. 70.

«Inveramento»: espressione davvero profetica, quella di Pizzetti, se letta oggi alla luce delle ricostruzioni più accreditate tra le teorie *lato sensu* riconducibili a quelle sottoposte a critica dall'Autore. Mi riferisco naturalmente all'idea del diritto quale risultato di una «invenzione», nel senso chiarito da Paolo Grossi: è necessario, secondo il Presidente emerito della Corte costituzionale, mettere a nudo «una verità, indubbiamente elementare ma anche indubbiamente elusa dalla stragrande maggioranza dei giuristi, tutti (o quasi) portatori di un intatto verbo normativistico, sempre meno intatto ma tuttavia perdurante, cioè duro a morire: il diritto quale risultato di una “invenzione”, percepito cioè non come qualcosa che si crea da parte del potere politico ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello “invenire” latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva; e ne debbono essere “inventori”, fuori della vulgata corrente, in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici nella loro complessa funzione. Di questa invenzione, che è un carattere particolarmente evidente nel diritto di questo nostro tempo di transizione e di mutazioni, le Costituzioni del secondo momento costituzionalistico – quello posweimariano, per intenderci – sono, a mio avviso, la testimonianza più espressiva»⁹.

«Invenzione» e «inveramento»: sembrano indicare i due movimenti, l'uno ascendente e l'altro discendente, della medesima attività in cui si traduce l'opera del giurista secondo le teorie sottoposte a critica da Pizzetti.

La conseguenza immediata di questa concezione del diritto e della Costituzione è la perdita del nesso tra politica e produzione del diritto e, in ultima analisi, della centralità del principio rappresentativo: è, in altre parole, la crisi dell'artificialismo politico¹⁰. Ne è consapevole Grossi, che di quest'ultimo auspica razionalmente la fine: «perde [...] spazio [...] [il] vincolo tra potere politico e produzione giuridica, emergendo – al contrario – una visione radicale, cioè valoriale, del diritto [...] un diritto da scoprire nelle radicazioni riposte di un contesto storico, da leggere, da trascrivere in un testo (ovviamente, senza l'illusione che in quel testo lo si possa indefinitamente cristallizzare). Insomma, nonostante tutto, il diritto come risultato di una “invenzione”. E ad osservatori dallo sguardo aguzzo (correttamente, a mio avviso) la Costituzione non può non rivelare una sua struttura intrinsecamente complessa, consolidata sì in 139 articoli, incapaci però (malgrado

⁹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017, p. X.

¹⁰ In argomento sia consentito il rinvio a A. CERRUTI, I. MASSA PINTO, *I conflitti nella prospettiva della teoria generale delle fonti del diritto nel caso della disciplina eurounitaria della finanza pubblica*, in *Costituzionalismo*, 2016, n. 3.

la sapienza dei redattori) di esaurire la dimensione costituzionale della convivenza; è ovvio che si lascia così ai giuristi (assai più, forse, che ai politici) un compito autenticamente “inventivo”¹¹.

Di qui la notissima predilezione di Grossi per l'«ordine» giuridico medievale¹², nel quale il significato della legalità non è quello dell'esperienza giuridica moderna, ma è una legalità «che presuppone la percezione del diritto come *ordo*, come ordine scritto nelle radici più profonde della natura e della società, una dimensione ontica che si è chiamati unicamente a constatare, a leggere»¹³. Di qui anche la concezione tomistica dell'ordinamento: «Ordinamento: termine non innocuo, perché segnala la dimensione oggettiva della legge, giacché, se essa è chiamata a ordinare una comunità, lo può effettivamente compiere unicamente se considera e registra valori, interessi, bisogni concretamente diffusi. In altre parole, affermare che la legge è ordinamento ha lo stesso significato di precisare che essa non è racchiusa nella testa del governante (chiamato unicamente a promulgarla dandole veste autorevole), ma è piuttosto un messaggio proveniente dal basso, dalle trame oggettive della comunità, e che il governante è tenuto a raccogliere se vuole conseguire il risultato di ordinare»¹⁴. Cosicché «il Principe», «chiamato a conoscere perché deve ordinare, vede il suo ruolo minimizzato alla promulgazione di una norma, che egli non crea ma legge già perfettamente disegnata nell'ordine complessivo, che non è pura forma in quanto espressione potestativa ma piuttosto una sostanza strutturata dai valori e dagli interessi circolanti»¹⁵.

E del resto anche gli «inventori» del diritto non sono «creatori» del diritto stesso: «dobbiamo fugare possibili fuorvianti equivoci. Parlare di “invenzione” potrebbe, infatti, legittimamente far pensare a un'attività creativa collegabile – del resto – al significato che “invenzione” ha nel linguaggio corrente. Consapevoli, come siamo, che il diritto appartiene alle radici profonde della società, siamo altrettanto consapevoli che non è suscettibile di essere creato, neppure dal legislatore (purché non si tratti di un tiranno), tanto meno da giureconsulti e pratici. Il vocabolo “invenzione” (e lo stesso vale per inventare, inventivo) deve essere qui inteso nel significato che hanno i vocaboli originari latini “invenire” e “inventio”, i quali mettono a fuoco un'attività consistente nel “cercare” e nel “trovare”. E non può che

¹¹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. XV.

¹² P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, IV ed., Roma-Bari 2008.

¹³ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 4.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

essere oggi così, essendo la nostra un'età di incertezze, di stratificazioni molteplici, di interrelazioni tra i vari strati. Abbiamo parlato più sopra di radici profonde della società; ebbene, è in quelle radicazioni che, oggi, il diritto va cercato e trovato, intendendo questi verbi sottolineare un'operazione intellettuale più attinente al "leggere, conoscere, decifrare" che al "volere", tanto più se a quest'ultima azione si assegna un contenuto meramente potestativo»¹⁶.

E questa concezione «postmoderna» del diritto e dell'ordinamento è, secondo Grossi, profondamente democratica: «sì, democratico perché è quanto chiede [al giurista] la stessa società civile nella sua pretesa di necessarie intelaiature solide per ordinare il magma sociopolitico. In una realtà stratificata, quindi complessa, egli può possedere la bussola che gli consente una efficiente navigazione. In essa egli sarà "inventore" e "interprete". Interprete sotto un duplice profilo: non potrà non fare opera di supplenza per colmare le omissioni sempre più numerose (e pesanti per la vita comune della collettività) causate dal silenzio e dalle negligenze di un legislatore sempre più screditato nella coscienza collettiva, né potrà sottrarsi al dovere di intermediatore tra legge vecchia e inadeguata e il nuovo che ribolle nel vivo della società civile»¹⁷.

Ed è proprio sul piano dell'interpretazione che il saggio di Pizzetti può virtualmente dialogare con le posizioni espresse da Paolo Grossi. La sua critica rispetto alla svalutazione del dato normativo, specie nell'interpretazione costituzionale, sembra una risposta precorritrice diretta alle parole di Grossi. Secondo Pizzetti, infatti, se è vero che non si possono disconoscere la «specificità delle disposizioni costituzionali e [le] conseguenze che ciò comporta sulla loro interpretazione e sulla loro applicazione», non si può giungere al punto di «svalutare il dato normativo, configurandolo al massimo come elemento "indicativo" di un "valore" o di un "principio" di cui la Costituzione è soltanto espressione e che, di conseguenza, determina un'efficacia espansiva nell'ordinamento tendenzialmente illimitata. Si tratta di una differenza essenziale che non si sottolineerà mai abbastanza. Se, infatti, ci si tiene fermi alle posizioni secondo le quali la Costituzione è un documento normativo, composto di norme-disposizioni, rispetto alle quali, per il loro rango (essere parametro di costituzionalità) e il loro contenuto, si pongono essenzialmente problemi interpretativi, si resta nel quadro della Costituzione come insieme di regole e di disposizioni suscettibili di un'attività tipicamente ermeneutica, per quanto peculiare questa possa poi essere

¹⁶ *Ibidem*, p. 81-82.

¹⁷ *Ibidem*, p. 86.

in virtù delle caratteristiche proprie delle disposizioni da interpretare e applicare [...] Se invece si ritiene che il testo costituzionale sia essenzialmente l'indicazione (si potrebbe dire l' "indizio") di un "valore" o di un "principio" accolto (in quanto riflesso) in Costituzione, allora non di interpretazione si potrà parlare (e certo non di "interpretazione" di un testo) ma piuttosto di individuazione (o enucleazione) da un testo di un valore o di un principio. Valore o principio che possiede, esso in quanto tale, carattere normativo, e per la ricostruzione del quale il testo costituzionale è solo un elemento; altri elementi, e persino più importanti, possono infatti essere ad esempio la "storia" [...]; la "cultura di un popolo e delle sue istituzioni" [...]; l' "universo culturale espressione della comunità"»¹⁸.

Pizzetti vede nella crisi del principio rappresentativo la conseguenza principale delle concezioni che sottopone a critica: «non sembra possibile negare che la svalutazione della "disposizione" in un sistema democratico nel quale il procedimento di produzione della norma è il riflesso della democraticità stessa dell'ordinamento conduca a un obiettivo impoverimento della libertà positiva (e soprattutto della libertà "politica") dei cittadini»¹⁹. Il riferimento al principio rappresentativo è esplicito: «I sostenitori [delle teorie dei valori] negano decisamente di porsi su posizioni giusnaturalistiche (che consentirebbero davvero di ridurre la domanda al chiedersi a chi spetta "interpretare" valori e principi comunque "dati") e affermano invece che valori e principi sono il prodotto della storia, della cultura, del costume, e "persino" del testo costituzionale, ma solo in quanto assunto come "effetto" e "dimostrazione" del prodotto dei fenomeni ora indicati. Proprio questa posizione, però, obbliga a porre con forza la domanda su chi sia colui che ha il diritto di "dire i valori" e così di "unificare l'ordinamento". Ed è, questa, una domanda alla quale è ben difficile dare una risposta persuasiva se ci si vuole mantenere coerenti con l'impostazione antinormativistica senza per questo negare in modo esplicito il fondamento democratico dell'ordinamento». E ancora: «vi è in queste impostazioni un forte rischio di superamento della tradizionale dimensione democratico-rappresentativa degli ordinamenti costituzionali di diritto»²⁰.

La domanda su chi sia colui che ha il diritto di «dire i valori»: qui sta il punto; qui sta il significato autentico della rappresentanza politica, secondo le sue radici teologiche²¹.

¹⁸ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, cit., p. 88-89.

¹⁹ *Ibidem*, p. 94.

²⁰ *Ibidem*, p. 96-97.

²¹ Cfr. M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, p. 882, che riporta, al tal

E, del resto, il vero bersaglio polemico di Grossi – qui assunto a interlocutore virtuale di Pizzetti – è naturalmente Kelsen, definito polemicamente come «il cantore delle certezze giuridiche moderne»²². E non è un caso che nel suo saggio Pizzetti prenda le difese proprio di Kelsen, la cui teoria pura del diritto sarebbe stata incautamente svalutata dalle diverse teorie dei valori.

3. Infatti, prosegue il ragionamento di Pizzetti, se fossero vere, da un lato, la premessa delle teorie dei valori – in sintesi: l'inadeguatezza della legge a rispondere alla crisi dello Stato ottocentesco quando compare sulla scena il pluralismo conflittuale – e, dall'altro, la loro proposta – in sintesi: il dato unificante da ricercarsi in «altro» rispetto alla legge – le teorie dei valori non potrebbero che essere la risposta: ma «il fatto è che le cose non stanno così»²³.

E dopo aver ricordato che fu nel «crogiuolo» dell'esperienza di Weimar che «furono “saggiate” alcune delle risposte più lucide fra quelle che la dottrina giuridica e costituzionalistica dell'epoca seppe elaborare», Pizzetti esce allo scoperto esprimendo il suo apprezzamento per la «grande risposta», oggi incautamente svalutata, della «teoria pura del diritto, elaborata da Kelsen sullo sfondo di una concezione “apparentemente” puramente formalistica ma invece “sostanzialmente” tutta incentrata sul tentativo di porre la Costituzione come regola a garanzia della libertà positiva delle persone, e la organizzazione democratica come elemento di unificazione e di integrazione dell'ordinamento giuridico e politico»²⁴.

Secondo Pizzetti, «lo sforzo di questo A. è stato sempre rivolto a cercare non una soluzione formalistica ma una risposta normativa e positiva alla crisi del diritto nella sua epoca»: dunque legge e Stato legislativo come «risposta» alla crisi causata dall'emersione del pluralismo conflittuale.

In conclusione: non solo le teorie dei valori non sono «uno “sbocco necessario” [...] l'unico possibile (e necessario) superamento della crisi del positivismo giuridico dello Stato di diritto», ma neppure condivisibile è la retorica della «inadeguatezza della risposta kelseniana, in quanto legata a una

riguardo, la nota frase assunta da Carl Schmitt a caposaldo della sua dottrina: «Veritas Jesus Christus: quis interpretabitur?». Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur? Il problema dell'assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di «rappresentanza» e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo*, in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015, p. 257-267.

²² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 42.

²³ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, cit., p. 71-72.

²⁴ *Ibidem*, p. 74-75.

concezione formalistica e normativistica»²⁵. Infatti «non pare [...] corretto affermare, come sempre più spesso si fa, che la crisi dello Stato legislativo di diritto abbia coinciso col (e segnato il) “definitivo” superamento di ogni impostazione “normativistica”, “formalistica” e in senso lato “positivista”. Ciò non solo non è “storicamente” vero [...], ma non è neppure corretto se riferito al momento nel quale, appunto, quella forma di Stato entrò definitivamente in crisi. Almeno per quanto riguarda la posizione di Kelsen, infatti, è necessario riconoscere che alla crisi di inizio secolo fu data “anche” una risposta orientata a individuare l'elemento unificante in un dato normativo e in un sistema di norme, retto dal principio di validità formale ma anche da un gradualismo finalizzato a “sostanziale” il contenuto garantista dell'ordinamento complessivo. Una teoria, cioè, che basandosi sulla *Grundnorm* non solo individua come centrale il dato normativo, ma afferma anche l'assoluta rilevanza delle regole e delle procedure come elemento costitutivo dell'ordinamento sia da un punto di vista “formale” che da un punto di vista “sostanzialmente sostanziale” (nel senso, cioè, che la struttura gerarchica e garantista sono il riflesso di una concezione “sostanziale” e non solo formale dell'ordinamento)»²⁶. È dunque vero il contrario rispetto a quanto predicato dalla retorica antipositivistica: «la struttura concettuale propria della teoria pura del diritto si è mostrata, alla prova della storia, come la più capace di “accogliere” i nuovi ordinamenti democratici e di dare ad essi una “cornice” giuridica “adeguata”. Che poi la “qualificazione valoriale” dei nuovi ordinamenti dipenda dal giudizio che sul loro contenuto si ritiene di dare è altra cosa, suscettibile delle più diverse opinioni». In questa sede «il constatare che la costruzione kelseniana, elaborata nella tensione della crisi dello Stato europeo dell'Ottocento, si dimostra come quella “vincente” serve essenzialmente a tre fini:

- Prima di tutto, consente di sottolineare che nei Paesi europei dalla crisi dello Stato legislativo si esce “grazie” e non “contro” (o superando) l'impostazione normativistico-imperativa del diritto.

- In secondo luogo, permette di ribadire che questa cornice, proprio per i suoi aspetti formali, è la più adatta a tradurre in scelte ordinamentali le scelte di valore che stanno alla base dei nuovi ordinamenti e, in ultima analisi, a costruire ordinamenti democratici adatti alle società pluraliste.

²⁵ *Ibidem*, p. 76.

²⁶ *Ibidem*, p. 77.

- In terzo luogo, dimostra che la conciliazione fra Stato e società, fra ordinamento giuridico e società pluralista, avviene non attraverso la “fuoriuscita” dal positivismo e dal normativismo ma, al contrario, attraverso la costruzione “positiva” di un nuovo sistema giuridico»²⁷.

In conclusione, «quello che si può dire con tutta certezza è che la costruzione kelseniana si dimostra “storicamente” come la più adatta a superare la crisi dello Stato europeo dell’ottocento»²⁸.

4. L’analisi sullo stato dell’arte che emerge dal saggio di Pizzetti non può che essere pienamente condivisa: oggi il diritto, e il diritto costituzionale in particolare, non è (più) una scienza prescrittiva di regole.

Tra le scienze giuridiche il diritto costituzionale è senz’altro il più esposto al rischio della perdita della sua identità, e cioè al rischio della perdita del suo *status* di scienza prescrittiva di regole, che ha cioè a oggetto l’individuazione di regole per definizione resistenti e non invalidabili dai fatti con esse contrastanti. E, del resto, molti sintomi diffusi inducono a ritenere che oggi il diritto costituzionale sia ridotto a un debole prodotto del fatto. Di fronte alla complessità delle nostre società, di fronte all’irruzione delle tecnologie produttive e della comunicazione, la forza normativa del fattuale viene invocata a più riprese al fine di accusare la legge e la Costituzione di inadeguatezza.

Non solo: spesso il diritto costituzionale è il mezzo con il quale si rischia di attentare all’identità – di scienze prescrittive di regole – anche delle altre branche del diritto (nel senso che è il richiamo ai principî costituzionali il modo attraverso il quale spesso si mina lo *status* proprio delle diverse discipline giuridiche positive: questo vale per il diritto di famiglia, per il diritto penale, per il diritto del lavoro...).

Il sintomo più evidente di questo fenomeno (che ne è, in ultima analisi, anche la causa più profonda) riguarda naturalmente il problematico rapporto tra regole e fatti regolati, tra diritto e fatto, così come configurato nella dottrina e nella giurisprudenza, sotto molteplici aspetti, implicitamente o esplicitamente. In estrema sintesi: sono generalmente diffusi atteggiamenti volti a non distinguere in modo rigoroso le regole dai fatti regolati e, di conseguenza, l’area del giuridicamente rilevante non ha confini netti.

Le ragioni sono molteplici. Di certo c’è che sono coinvolte nel diritto costituzionale per lo più questioni che chiamano in causa le convinzioni più

²⁷ *Ibidem*, p. 81.

²⁸ *Ibidem*, p. 80. In argomento sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento giuridico: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell’anomia*, in *Costituzionalismo*, 2016, n. 1.

profonde dei diversi attori coinvolti e il confine tra diritto e politica del diritto tende spesso a offuscarsi: il desiderio di dare risposte immediate alle pretese che emergono dal basso, senza passare attraverso le faticose procedure della rappresentanza politica, alimenta l'attivismo giurisprudenziale in una corsa frenetica ad accaparrarsi la «prima» o l'«ultima» parola in un fantomatico sistema multilivello dei diritti, nel quale l'unica certezza è l'esclusione della politica dalla determinazione/concretizzazione dei principi costituzionali²⁹.

Non si tratta solo della classica questione dell'abbandono del metodo giuridico, nel suo (limitato) significato di abbandono di un certo metodo *lato sensu* formalistico, in favore di un altro *lato sensu* sostanzialistico, ma pur sempre giuridico, nei termini di una polemica che ricorda assai da vicino il dibattito che vide, a cavallo tra Otto e Novecento, i seguaci della scuola giuridica contrapporsi a quelli della scuola storico-politica³⁰: posto che nessuno oggi metterebbe in dubbio la necessità per il giurista di conoscere – e

²⁹ Le vicende giurisprudenziali che vedono contrapporsi Corti costituzionali, Corte di giustizia UE e giudici comuni in materia di tutela dei diritti nel caso di doppia parametricità – costituzionale ed eurounitaria – sono solo l'ultimo sintomo di quanto sostenuto nel testo. Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza costituzionale inaugurata con la sent. 14 dicembre 2017, n. 269, alla quale hanno fatto seguito le sentt. 21 febbraio 2019, n. 20, 21 marzo 2019, n. 63, e 10 maggio 2019, n. 112. In argomento, sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, n. 1; ID., *Il conflitto sulle regole d'ingaggio tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: spunti di riflessione alla ricerca di un soggetto che "chiuda" il sistema*, in *Federalismi*, 2020, n. 19.

³⁰ ...e rispetto al quale è sufficiente qui richiamare le osservazioni di G. Mosca, secondo il quale il metodo dei seguaci della scuola storico-politica non si discostava in modo significativo da quello degli avversari: tra le due scuole si poteva solo apprezzare una divisione ideologica sull'interrogativo se la libertà fosse tutelata dalle regole di diritto in se stesse e in quanto tali, o non piuttosto dall'equilibrio reale di forze in cui consisteva il sistema rappresentativo (G. MOSCA, *Appunti di diritto costituzionale*, Milano 1908, p. 6 ss.).

Sul punto M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli 1985, p. 2, nota 2, ricorda significativamente che quando V. E. Orlando tracciò un bilancio complessivo degli studi di diritto pubblico in Italia nel noto saggio introduttivo a Jellinek, non esitò a inserire Gaetano Mosca tra i giuristi ai quali si doveva la formazione di una scuola di diritto pubblico italiano, nel paragrafo non a caso intitolato a «La reazione dei giuristi per l'autonomia del diritto pubblico» (V. E. ORLANDO, *Giorgio Jellinek e la storia del Diritto pubblico generale*, saggio introduttivo a G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano 1949, p. XXIV).

di trarne le dovute conseguenze anche sul piano giuridico – il contesto storico-politico nel quale è chiamato a svolgere la sua professione³¹, ciò di cui qui si sta discorrendo riguarda qualcosa di più profondo, che coinvolge la stessa concezione del diritto e del ruolo del giurista³².

Quello che qui s'intende sottolineare è che fino a qualche decennio fa questo fenomeno era considerato una manifestazione della crisi della scienza del diritto³³: oggi è da molti considerato un suo dato costitutivo essenziale (finalmente) realizzato³⁴.

³¹ ...altrimenti si cadrebbe nel fenomeno opposto dell'«anestetizzazione» del diritto costituzionale: sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3.

³² M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 2: «Quando oggi si parla di abbandono del metodo giuridico non si indica soltanto l'allontanamento da un *determinato* metodo, ma si vuole sottolineare un mutamento che segna una discontinuità, una rottura, nella identità del giurista e nel modo di concepire la scienza del diritto».

³³ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 2-3: la crisi della scienza del diritto si manifesta attraverso il fenomeno in forza del quale «tra i giuristi (i costituzionalisti) si [va] affermando una tendenza per cui essi non intendono più l'oggetto della loro disciplina come consistente – per la sua parte essenziale – nella individuazione e nella elaborazione delle *regole*». Sintomi di questa tendenza sarebbero: «il rifiuto dell'impostazione formalistica, logico-deduttiva; il tentativo di collegare il diritto con altre scienze sociali; le incertezze circa la possibilità e l'utilità di sistematizzare, in ricostruzioni che pretendano di essere organiche, un materiale normativo in perenne fluidità; le sollecitazioni progettuali (di politica del diritto, o solo di tecnica dell'uso del diritto) che questa stessa fluidità (sia essa espressione di trasformazioni in atto, sia essa causata da irrisolte contraddizioni della forma di stato, o, più limitatamente, da perduranti stalli politici) rende urgenti, e contemporaneamente effimere».

³⁴ Lo stesso Paolo Grossi – qui assunto a simbolo delle teorie criticate da Pizzetti – ha formulato nel modo forse più incisivo la concezione del diritto che deriva dalla commistione tra fatto e diritto rilevata nel testo: mentre «la modernità, dal punto di vista giuridico, si presentava come un'operazione drasticamente *riduzionistica*; il pluralismo giuridico si era contratto in un monismo legale. E il crogiuolo perennemente ribollente della società era stato, se non spento, almeno soffocato nella sua spontaneità [...] l'apparato statuale di potere si era assunto il compito di fungere da filtro meticolosissimo tra fatti e diritto», con la post-modernità «alle vecchie dogmatiche costruite sveltanti sul modesto basamento offerto dalle leggi di questo o quello Stato nazionale si sostituisce, lentamente ma progressivamente, il *recupero* della fattualità e, insieme, della elasticità del diritto... un diritto che si vuol misurare con le dinamiche sociali, che intende registrare valori e interessi diffusi e condivisi in basso, che, riscoprendo la sua naturale e ineludibile storicità, riscopre anche il proprio carattere ordinamentale, la propria vocazione a mettere ordine nel confuso e riottoso magma sociale, acquisendo sempre più la consapevolezza che, per ordinare davvero, occorre disponibilità a lasciarsi intridere elasticamente dalla mutevolezza dei fatti naturali economici sociali». La seconda metà del Novecento vede «il crescere e l'assestarsi – se si vuole, il complicarsi – di un diritto scandito in più strati: accanto a un ordinario strato legale (Codici e tante leggi

La confusione tra fatto e diritto si esprime secondo due modalità diffuse nell'attività dei giuristi: da un lato, essi non concepiscono (più) la loro professione come quella di coloro che, in quanto scienziati del diritto, devono interpretare e individuare le regole che devono essere applicate, e non limitarsi a ricostruire quelle che sono applicate; e, dall'altro, essi non concepiscono (più) la loro professione come quella di coloro che, in quanto scienziati del diritto, devono assumere quale oggetto della loro indagine l'interpretazione e l'individuazione delle regole, mantenendolo distinto dalla (pur indispensabile) conoscenza dei fatti regolati.

Sotto il primo profilo, per evitare fraintendimenti, è bene subito chiarire che laddove ci si riferisce alla perdita d'identità del diritto quale scienza prescrittiva di regole (giuridiche) non s'intende reclamare un'ottusa considerazione dei soli testi normativi, e di quelli costituzionali in particolare, da parte dell'interprete. Il giurista non può evidentemente non considerare la pluralità di ordini di regole in cui gli esseri umani sono immersi, diverse per origine e per qualità, e dalle quali gli ordinamenti positivi traggono le idee politiche, religiose, filosofiche, morali... che possono poi (eventualmente) diventare regole giuridiche: rientra tra i compiti del giurista proprio quello di individuare la regola positivamente giusta, e cioè quella che, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico positivo, deve essere applicata, distinguendo così accuratamente il momento della progettazione del diritto, dell'immaginazione del diritto, della politica del diritto, della lotta per il diritto, da quello della sua interpretazione-sistematizzazione-applicazione, una volta che sia stato posto.

A ben riflettere, però, questo primo profilo di confusione non è che la conseguenza della seconda deviazione sopra segnalata, e cioè il passaggio dall'individuazione/prescrizione delle regole, quale oggetto d'indagine del giurista, alla conoscenza/descrizione dei fatti regolati: passando dal piano prescrittivo a quello descrittivo, il giurista non distingue più tra regole e fatti regolati, e «tende ad assumere una materia di indagine che non è più identificata in un complesso di regole (scritte o non scritte, statuali o non statuali, naturali/razionali o positive... non importa), ma nella quale invece sempre più le regole sono soltanto “uno” degli elementi considerati; e vengono ri-

speciali), quello costituzionale, quello fattuale (per la presenza virulenta di fatti carichi di effettività e, quindi, incidenti a livello della giuridicità), quello sovranazionale europeo e, negli ultimi decenni, quello della cosiddetta globalizzazione giuridica, produzione spontanea – provocata dagli stessi protagonisti della vita economica – di disciplinamenti del mercato globale abitualmente osservati e divenuti una dimensione intrinsecamente consuetudinaria» (P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 12, p. 75 e p. 81).

guardate non come “pretese” (nemmeno – in ipotesi minima – come pretese al mantenimento della regolarità da loro espressa) nei confronti dei fatti (in un’ottica quindi loro interna), ma esse stesse come facenti parte di quei fatti, oggettivate nella loro effettività: non affermazioni di un dover essere, ma elementi in un certo senso “storicamente” normativi, che regolano ciò che si dimostrano capaci di regolare». Il giurista coglie così le regole «in questa dimensione effettuale; non le assume come parametro primo (per lo meno dal suo punto di vista) per la valutazione della realtà, ma piuttosto le coinvolge in valutazioni complessive che esprime in base a criteri *lato sensu* politici (attinenti cioè al modo con cui egli concepisce la dinamica di quella realtà), alla luce dei quali le norme vengono sottoposte a giudizi di congruità, di efficacia». Si giunge in questo modo ad «assumere come oggetto della scienza del diritto pubblico non la interpretazione (e dunque la individuazione) delle regole, ma la conoscenza dei fatti “anche” in quanto oggetto di regole». Muta così il punto di vista: «dalla ricerca di criteri normativi alla costruzione di modelli conoscitivi»³⁵.

5. C’è infine un profilo del saggio di Pizzetti che s’intende porre qui in evidenza, e che riguarda la sua possibile apertura nei confronti delle teorie dei valori (e dei loro corollari) con riguardo all’ordinamento sovranazionale. È solo un fugace accenno, ma molto chiaro: se a livello statale Pizzetti non nutre alcun dubbio sulla necessità di rivitalizzare il principio rappresentativo, a livello sovranazionale ritiene auspicabile uno sviluppo dei corollari di quelle teorie che in tutto il suo saggio ha sottoposto a dura critica: «[la] prospettiva [delle teorie dei valori], che per molti aspetti non può non lasciare perplessi [...], ha oggi di fronte a sé una potenzialità di sviluppo notevole [...] sinora non preso in considerazione. In presenza di un difficile processo di integrazione delle diverse culture giuridiche e delle diverse tradizioni proprie di ordinamenti che hanno storie differenti nel passato mentre aspirano invece ad avere storie comuni nel futuro, non c’è dubbio che una “riduzione” del “procedimento democratico” e un “rafforzamento” di “procedimenti di unificazione rimessi all’opera di alcuni saggi (giudici e giuristi) appare singolarmente utile e suggestivo. È certo più facile un processo di integrazione dei diversi ordinamenti condotto avanti dalla prudente e unificante opera dei giuristi, sulla base di una legittimazione tecnica fondata sulla maggiore capacità di “leggere” i “valori condivisi da ogni popolo e da tutti i popoli”, piuttosto che un faticoso e complesso processo decisionale da perseguire nelle forme classiche della democrazia rappresentativa. Da questo punto di vista, e per quanto ci riguarda “solo da questo punto di vista”,

³⁵ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 4.

le moderne teorie dei valori, specie se applicate in un contesto orientato alla costruzione dell'Unione Europea, attraverso un'integrazione degli ordinamenti rispettosa delle differenze ma attenta a rafforzare le "vicinanze", ci può trovare aperti a una valutazione interessata»³⁶.

È in riferimento a questo profilo che in apertura di queste note si è inteso parlare di promessa mancata.

Se l'ordinamento giuridico a livello statale è sottoposto da decenni a quel complesso processo di spolitizzazione e di *deformalizzazione* descritto da Pizzetti, a livello sovrastatale è possibile sostenere che spolitizzazione e «deformalizzazione» sono stati il suo tratto caratteristico *ab initio*.

In particolare, con l'espressione *deformalizzazione* dell'ordinamento giuridico ci si riferisce a un complesso di fenomeni, anche assai diversi tra loro, e che operano altresì su piani diversi, ma che hanno in comune un elemento essenziale: quello di realizzare, e al medesimo tempo di manifestare, la crisi dell'artificialismo politico, inteso, a sua volta, come il tratto costitutivo del diritto moderno in generale, e del carattere normativo delle costituzioni in particolare (intese, queste ultime, come consapevoli atti di volontà – sostenuti certo da un continuativo ed evolutivo riconoscimento nella durata della loro storia – conformativi dell'ordine politico e sociale). Questo complesso di fenomeni si caratterizza dunque per il tentativo di passare da un'idea del diritto (e della costituzione) come progetto consapevole di organizzazione della società a un'idea del diritto (e della costituzione) come espressione spontanea dello stato di fatto della società stessa³⁷.

³⁶ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, cit., p. 97.

³⁷ Rispetto alla dicotomia formalismo/antiformalismo, intorno alla quale ruota il dibattito teorico che sta sullo sfondo di quel complesso di fenomeni nel testo sinteticamente definiti con l'espressione «processo di deformalizzazione», si vuole qui ricordare la insuperata lezione di Norberto Bobbio, secondo la quale «[l]a storia non è nuova: formalismo e antiformalismo sono le posizioni estreme, e sempre ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza, come, in estetica, classicismo e romanticismo. Quando la mia generazione si affacciò agli studi», racconta Bobbio, «il tecnicismo giuridico – così come si chiamava la nuova incarnazione del formalismo – stava celebrando il suo trionfo sulle tendenze sociologiche, sulla scuola del diritto libero, sulla libera ricerca scientifica: una vera e propria rivolta contro l'antiformalismo. La rivolta contro la rivolta, a cui oggi assistiamo, non è che un momento normale dell'alternativa vicenda degli studi giuridici: coloro che, abbracciando a cagione dell'età il corso di due generazioni, hanno vissuto sia i giorni fasti sia i giorni nefasti del tecnicismo non se ne meravigliano; anzi, alzandosi a contemplare il processo storico nel suo vario e complesso moto, hanno appreso a guardarsi dagli ardori troppo iconoclasti, dalle impazienze troppo frementi, dalle attese troppo fiduciose. Il loro compito oggi può esser quello di fare in modo che nella reazione al passato non vada perduto quel che vi era di valido, di degno di essere conservato; di evitare che, in odio a qualche eccesso, si voglia ricominciare tutto da capo, e per amore del nuovo per il nuovo si facciano passare per scoperte le riesumazioni. Mi rendo perfettamente conto che la storia procede a sbalzi; e del resto sono sin troppo

Se così è, quel complesso di fenomeni che qui si è indicato con la formula sintetica della *deformalizzazione*, non può essere considerato altro che un sintomo, a sua volta, della perdita di centralità del principio rappresentativo: il legame tra rappresentanza politica – intesa, come si è detto, nel suo significato proprio, di costituzione in unità politica del pluralismo conflittuale –, responsabilità politica e produzione del diritto – si è fortemente indebolito e la produzione del diritto viene sempre più collegata a fenomeni extra-politici³⁸. Questo indebolimento è giudicato con favore da coloro che confidano nell'avvento di un diritto extra-politico, appunto, e nella decostruzione dell'ordinamento positivo fondato su quel legame in nome di una dinamica socioeconomica interpretata come capace di ricavare da sé le proprie leggi³⁹.

Non è qui possibile ripercorrere i termini teorici della discussione che vede contrapporsi ai sostenitori della decostruzione gli intellettuali critici nei confronti di un *global law without a state*, i quali temono, in ultima analisi, che

evidenti le ragioni storiche, sociali, ideali della trasformazione anche nel pensiero giuridico, per giustificare un atteggiamento d'incomprensione, di resistenza, o peggio di sfida. Ma, appunto, uno dei compiti dell'uomo di ragione e di scienza è far sì che gli sbalzi non siano troppo bruschi» (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972, p. 78-79).

³⁸ La letteratura sul punto è sterminata. Cfr., per tutti, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3.

³⁹ Cfr. G. TEUBNER (a cura di), *Global law without a state*, Dartmouth 1997; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005; R. PRANDINI, G. TEUBNER (a cura di), *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, Milano 2011; G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali: norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano 2012; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002. In Italia questa posizione ha assunto il volto della critica contro l'assolutismo giuridico statale: cfr. ancora P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e post-moderno*, Genova 2015, p. 45, nota 12: «Per “fonti del diritto”, nel linguaggio dei giuristi, si intendono le forme che il diritto assume nella vita sociale (legge, consuetudine, sentenza di un giudice, riflessione di uno scienziato, atto delle amministrazioni pubbliche, prassi). In un ordine giuridico pluralistico (per esempio, il Medioevo) le fonti scaturiscono direttamente dal grembo della società (anche la legge, che è lettura da parte del Principe dei valori condivisi nella società), sono plurali e concorrono tutte senza una precisa scansione gerarchica alla formazione dell'ordinamento giuridico. Via via che ci si inoltra nella modernità, la produzione del diritto riscuote sempre più l'attenzione del potere politico, che cerca di controllarla. Il controllo definitivo avverrà con la soluzione giacobina e, poi, napoleonica, consistente nella rigidissima collocazione delle fonti in una scala gerarchica, al cui sommo sta la legge del Sovrano». Del medesimo A., cfr., di recente, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015 e *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2016. Si è altresì contrapposto un «diritto della necessità» – prodotto nel circuito della rappresentanza politica – a un «diritto della possibilità» – prodotto dai contratti e dalle sentenze (in argomento cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012).

la prospettiva di liberazione promessa dalle tesi della decostruzione non sia in grado di far fronte agli squilibri interni e internazionali e che, dunque, non sia possibile fare a meno di un'autorità politica conformata al principio rappresentativo. Secondo questi critici, la società pluralistica, poliarchica, poli-corporativa, sussidiaria, che affida alle autorità indipendenti e alle giurisdizioni la disciplina e la soluzione dei propri conflitti, si è rivelata, in ultima analisi, una società nella quale le prospettive di una realizzazione del principio di uguaglianza si sono notevolmente allontanate. I conflitti, spesso drammatici, che caratterizzano il tempo presente, e le tensioni alle quali gli ordinamenti sono sottoposti, dimostrano, del resto, che «il costituzionalismo democratico ha bisogno [...], per essere difeso, di un'egemonia culturale, cioè di una lotta sul terreno dell'immaginario, che non può certo essere rimessa ai giudici e alle procedure. E, soprattutto, di essere rilanciato politicamente, prendendo sul serio, però, i vincoli realistici e i limiti interni che la crisi dei presupposti del progetto moderno ha reso evidenti», nella consapevolezza della perdurante necessità della funzione di sintesi della politica democratica rispetto al pluralismo di interessi: «l'immagine di un mondo unificato dall'economia e dalla tecnica, e perciò liberato dalla politica, non più bisognoso di forme di ordinamento istituzionale della vita sociale, oltre a essere smentita dai fatti, ha rivelato ormai appieno tutta la sua carica mistificante e niente affatto innocente»⁴⁰.

Il processo di *deformalizzazione* si realizza, a livello statale, sotto una molteplicità di punti di vista: sotto il profilo del rapporto tra fonti, sotto il profilo del rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale, sotto il profilo dell'attribuzione della responsabilità politica, etc. Ma in tutti i casi si tratta di un processo che rivela, in ultima analisi, la drammatica crisi della rappresentanza politica, nel suo significato più profondo: in quel significato, cioè, che rinvia all'idea hobbesiana, e a quel filone di pensiero che passa attraverso l'elaborazione weberiana e kelseniana, della necessità della costituzione in unità politica a partire dal pluralismo conflittuale e attraverso i partiti politici. La crisi della legge è la crisi del *limite* politicamente definito, ossia del riconoscimento della rappresentanza democratica come insostituibile strumento per la costruzione di un potere, o, meglio, di un'*auctoritas*, cui tutti si sottopongono in nome di un presente accettabile e di un futuro migliore.

⁴⁰ G. PRETEROSSÌ, *La politica negata*, Roma-Bari 2011, p. XV e p. XX. Sul dibattito al quale si è fatto cenno nel testo cfr. almeno L. CEPPA, *Giustizia come decostruzione: Teubner versus Derrida e Habermas*, in *Teoria pol.*, 1998, n. 2, p. 89-103. Sugli effetti giuridici dei riflessi macroeconomici delle scelte di politica economica degli Stati nel sistema Euro, con attenzione rivolta anche alla garanzia delle prestazioni sociali assunte quali parametro macroeconomico, cfr. F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC.*, 2014, n. 2.

È proprio questa disponibilità ad accettare i faticosi meccanismi della rappresentanza democratica, l'obbligazione politica e i doveri che essa presuppone, che oggi è palesemente oggetto di diffidenza.

Il campo nel quale queste premesse indefettibili sono state messe maggiormente a dura prova è stato quello del processo d'integrazione europea: la peculiarità di quel processo storico-giuridico ha consentito di trasferire al livello sovranazionale i discorsi decostruttivi già elaborati a livello statale. La (presunta) inadeguatezza delle categorie statali tradizionali è stata il grimaldello per l'edificazione di un ordinamento *sui generis*, con una inedita forma di governo, o, meglio, di *governance*, con un sistema flessibile delle sue fonti del diritto, e del loro rapporto con le fonti statali, con una tutela del tutto spoliticizzata dei diritti previsti nelle sue Carte: l'ordinamento sovranazionale è stato (de)costruito sin dall'inizio secondo la logica della *deformalizzazione*.

I fatti hanno dimostrato che coloro che erano più propensi ad aderire a una narrazione ottimistica del processo d'integrazione europea – sulla base della considerazione che le anomalie evidenziate dai critici risultavano tali solo perché ci si ostinava a leggere il fenomeno europeo con gli occhiali del diritto costituzionale statale, ossia con le categorie formali di un diritto che avrebbe ormai fatto il suo tempo – avevano torto: la liberazione conseguita alla *deformalizzazione* non solo non ha condotto ad alcuna forma alternativa di democratizzazione, ma ha allontanato ogni prospettiva di realizzazione del principio di uguaglianza, a livello nazionale e a livello sovranazionale⁴¹.

Questi esiti hanno dimostrato che le forme e i concetti chiave del costituzionalismo antico e moderno non sono dogmi vuoti, meri accidenti della storia della cultura alla quale apparteniamo, neutrali strumenti tecnici con i quali i giuristi hanno stipulato di esprimersi, ma sono piuttosto il punto di approdo di secoli di lotte combattute in nome di principi, ancora del tutto condivisibili, e dei quali non ci si può perciò sbarazzare rincorrendo una presunta *post-modernità*, che spesso si rivela peraltro quale indesiderabile ritorno a un'epoca *pre-moderna*. I concetti chiave del costituzionalismo antico e moderno sono stati elaborati in momenti di grande tensione, e anzi di tragedia: per sbarazzarcene occorrerebbe dimostrare che sono venute meno le esigenze reali per le quali quei concetti e quelle categorie sono stati costruiti. Oggi, semmai, è vero esattamente il contrario: un ritorno ai concetti

⁴¹ Sulle due opposte narrazioni che hanno accompagnato sin dall'inizio il processo d'integrazione europea – la prima elevandolo a «mito», la seconda degradandolo a «complotto» – sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il processo d'integrazione europea*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, S. SICARDI (a cura di), *Interpreti e interpretazioni della Costituzione. La Repubblica italiana 1993-2013*, Bologna 2015, p. 471 ss., e alla bibliografia ivi richiamata.

e alle categorie del costituzionalismo è assolutamente necessario e non è forse azzardato sostenere che, in futuro, paradossalmente, potrebbero essere proprio le tragedie a livello planetario (povertà, immigrazione, guerre di aggressione, terrorismo, devastazione ambientale, pandemie) a mettere in moto un possibile circolo virtuoso che promuova quel *conflitto che impone di essere concluso con un armistizio* intorno a principi fondamentali, tra soggetti collettivi europei, armistizio nel quale solo può consistere una costituzione democratica. In quest'ottica, solo la ricerca, da parte dell'Europa, di risposte unitarie, nello scenario geopolitico, alle grandi emergenze sociali e politiche che l'umanità ha di fronte, potranno porre i presupposti per il formarsi di una costituzione europea.

ORESTE POLLICINO*

Is the right to access to the internet a fundamental right? An analysis, in the light of prof. Pizzetti's legacy, beyond the rhetoric of fundamental rights

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Right to access to internet: its main features in international law and constitutional law – 3. Beyond the human/fundamental rights rhetoric: a more pragmatic approach – 4. Final remarks: in search of a few possible indicators to be followed

1. While dealing with the issue at the heart of this paper, a fundamental question has to be tackled in greater depth: is the right to access to the Internet a human right or a fundamental right (below is my attempt to introduce a terminological clarification in this regard) which enjoys a semantic, conceptual and constitutional autonomy? In other words, is access to the Internet an autonomous right or only a precondition for enjoying, among others, freedom of expression? Why does the classification as a free-standing or derived right matter? Does it carry normative implications or is it primarily a rhetorical tool?¹

In trying to answer those questions, it may perhaps be beneficial to resist, and this has been one of the main ingredients of Prof. Pizzetti's legacy, the temptation to rely on a «rhetoric» of fundamental rights and human rights, which is widespread throughout the various debates concerning the relationship between law and technology after the rise of the Internet.

The language of rights (especially new rights) in Internet law is more than (rhetorically) appealing. The real question is whether the proliferation and flourishing of rights and covenants (subject to multilevel protection at constitutional, EU, and ECHR levels together with the growing number of

* The paper (whose a revised version is forthcoming in *The Cambridge Handbook on New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge University Press) is written in the honour of prof. Franco Pizzetti. I am indebted to him for many reasons. The main one is that looking at his enthusiasm and passion, intellectual honesty and courage for facing news challenges in his research paths, I felt (and still feel) the importance to leave the comfort zone in search of news stimulating research journeys.

¹ Among commentators, V. G. CERF, *Internet access is not a human right*, in *New York Times*, 4 January 2012, claimed that technology is an enabler of rights, not a right itself.

ad hoc Internet Bills of rights) is generally achieving the result of a higher protection of the rights at stake²; or if, paradoxically, the result of increasing the number of rights, by consequently amplifying the risk of constitutional collisions, is ultimately leading to a decrease of the protection of the rights at stake.

In order to answer the above-mentioned questions, the structure of this paper is divided into two main parts. In the first part a description of the *status quo* with regard to the emergence at international and constitutional level of a right to Internet access as autonomous right or, by contrast, just as a projection of the existing rights is provided. The second part will focus, firstly, on the «ordinary» protection of the right to access to the Internet as, precisely, an «ordinary right», beyond any human or fundamental rights-based rhetoric. Secondly, it will be questioned whether a constitutional injection of autonomy and free standing of Internet access as autonomous right would be beneficial, taking as example the attempt to modify Italian Constitution by specifically adding Internet access as the content of a «new» fundamental right.

The final remarks will be devoted to letting emerge some guidelines and indicators which could suggest, also from a (constitutional) policy-making point of view, how should be shaped and drafted a provision related to the right to internet access in order to represent an effective added value and not just be located in ancillary position, not useful to the connected traditional rights (first of all freedom of expression).

2. The first part of this paper will try to answer a specific research question, also outlined as one of the main general research questions: is the «new» right to Internet access currently legally recognized, and on what basis and at which level?

In other words, when international law or constitutional law deal with the right to Internet access, is the latter «treated» as disconnected democratic participation to the information society and, then, totally autonomous or is, by contrast, seen as part of a more general human/fundamental rights narrative?

In order to try to answer this question, it may perhaps be useful to consider the effective framing of this right along with its justiciability from an international and comparative constitutional perspective.

² See, for some comments on this trend, O. POLLICINO et al. (ed.), *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London 2016.

Such examination should be anticipated by a simple differentiation, which does not seem so obvious when the debate is focusing on the nature of the right to Internet access: the difference between human right and fundamental right³. Too often, the right to access to the Internet is qualified indifferently as a human right or a fundamental right.

Despite the evident crossover and overlapping between the notion of human right and that of fundamental right⁴, it is undeniable that, whereas the latter speaks the language of constitutional law, the former, instead, the language (also) of international law. Fundamental rights are awarded through the state's constitution, and their enforceability through (not only) constitutional courts embodies the quintessence of constitutionalism: limiting government and ensure that rights and freedom protected by constitution are not «drained» by the potential abuse of power.

Human rights are those rights that each human being should have and which are protected by virtue of global or regional international law through covenants or conventions (but not always by courts)⁵. In other words, there could be a judge who has the mandate to judicially enforce the human rights at stake, but the judicial enforcement is not «by design», as often in the case of fundamental rights protected by Constitutions and Constitutional Bills of Rights, a characteristic of human rights protection.

Moreover, even in the presence of judicial enforcement under international law (for example, in the system of the ECHR), the State will be often obliged to «obey» to the international court ruling only under international law obligations and not also, depending on the rank of the ECHR in the national legal order, under constitutional law obligations, as in the case of rulings of constitutional court.

Against this background, the first question which should be answered is whether the right to Internet access is codified as autonomous human right

³ See also X. WANG, *Time to Think about Human Right to the Internet Access: A Beitz's Approach*, in *J. Pol. L.*, 2013, n. 6, p. 67.

⁴ As Palombella noted: «Generally speaking, human rights are – or at least one would prefer that they are – also “fundamental” rights: this should mean that a given society considers the protection of human rights essential. It would appear that, if this is not a tautology, human rights are also fundamental, (if and) because they posit at the basis of our life in common, and they are concretely implemented through the fabric of an organised social system». See G. PALOMBELLA, *From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction*, in *EUI Working Paper LAW*, 2006, n. 34

⁵ As Ignatieff noted, the nature of human rights is universal «not in the sense of being a vernacular of cultural prescriptions, but rather as a language for the bestowal of moral power. Their role is not (as in general is for fundamental rights) that of endowing culture with a substantive content but of seeking to condition all actors in such a way that they can liberally fashion that content». See M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton 2001.

under international law. More precisely, with regard to the language of international law, various reports have been issued by the United Nations that refer to the Internet as a human right and promote active intervention by public authorities and states in order to achieve access to the Internet for all.

The first example is contained in the «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression» issued on 16 May 2011⁶. Paragraph 85 states that:

«Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population».

This is not all. Paragraph 87, then, goes on to establish that:

«Where the infrastructure for Internet access is present, the Special Rapporteur encourages States to support initiatives to ensure that online information can be accessed in a meaningful way by all sectors of the population, including persons with disabilities and persons belonging to linguistic minorities».

A similar approach has been adopted by the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), which, in a 2011 report⁷, stressed that: «Everyone should have a right to participate in the information society and states have a responsibility to ensure citizens' access to the Internet is guaranteed».

From the examples mentioned, it seems possible to imply as in international law there is the tendency to look at Internet access not as autonomous «new right» but as a part of a right to participation of all citizens in the information society that can be achieved by the possibility for citizens to have access to the Internet. This also implies active intervention by the public authorities, with the result that the scenario involves not only a negative freedom, which requires the public authorities simply to refrain from acting

⁶ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, United Nations General Assembly, 16 May 2011.

⁷ The report was issued by the Office of the Representative on Freedom of the Media, Dunja Mijatović, and entitled *Freedom of Expression on the Internet – A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*.

in order not to obstacle individuals enjoying their rights, but also a positive dimension implying intervention by public authorities.

Two aspects, in particular, are at issue: on the one hand, the social «service» dimension and, on the other hand, the access to the Internet as a prerequisite for the exercise of other fundamental rights.

In the light of the above, the impression is that the right to access to the Internet does not fully enjoy, under international law, the status of autonomous human right. As it has been mentioned earlier, it seems that Internet access is very often connected to classic rights whose represents the digital projection and is not treated as an autonomous independent right.

Moreover, there would be another reason why the right to access to the Internet as construed within these above-mentioned documents has not to be framed as a human right in a strict sense, even if these assertions are considered from a typically international law point of view. In fact, always in the light of the view before mentioned, it is an essential requirement that a human right must be enshrined in treaties and in treaty laws which not only provide for its exercise, but also ensure its enforcement.

However, at the international law level, provisions of this type are in reality lacking: there are reports, which are undoubtedly important although they cannot be considered to recognise or establish human rights in a strict sense. If anything, they invoke the idea of freedom as being an essential prerequisite for the exercise of other rights, which, as such, must not be impaired.

This view risks to being confirmed by looking at the relevant case-law of the ECtHR. When Strasbourg judges, who are not surely shy when they decide to let new digital rights emerge in the world of bit based on provisions which were obviously framed in the age of the world of atoms, had to face cases clearly connected to the restriction of a right to Internet access, they did not have doubts to include the latter within the scope of application of Art. 10 ECHR⁸.

In conclusion, as far as the language of international law is concerned, the Internet seems to be considered just as another medium through which freedom of speech or democratic participation to the information society are exercised and protected.

With specific reference to freedom of speech, it is indisputable that the latter: «[it] applies to the Internet, just as it does to other communication

⁸ See European Court of Human Rights, *Ahmet Yıldırım v. Turkey*, app. no. 3111/10, judgement 18 December 2012 and *Kalda v. Estonia*, app. no. 17429/10, judgement 19 January 2016.

media», as stated in the UN/OSCE joint statement on «Challenges to freedom of expression in the new century» in 2001. The same approach, which can be analysed in the same document⁹, is also shared by other sources, among which there is the first Principle of the «Declaration on freedom of communication on the Internet» of the Council of Europe of 2003, according to: «Member States should not subject content on the Internet to restrictions which go further than those applied to other means of content delivery».

Moving from the language of human rights to that one of fundamental rights, as it has been mentioned above, the main question is whether, under the perspective of inquiry offered by comparative constitutional law, the right to access could be qualified as an autonomous fundamental right¹⁰. As said above, the fundamental nature of a right emerges, first of all, from its codification at constitutional level.

Only Greece¹¹, Portugal¹², and Ecuador¹³ seem to have codified at constitutional level the access to the Internet as a fundamental right in a strict sense. In all the three cases, the constitutional codification of the right has

⁹ According to the Declaration on freedom of communication on the Internet: «States should not adopt separate rules limiting Internet content», p. 26.

¹⁰ Among others, see T. E. FROSINI, *Access to internet as fundamental right*, in *Italian j. public l.*, 2013, p. 226 ss.

¹¹ According to Art. 5, par. 2, of the Greek Constitution: «All persons have the right to participate in the Information Society. Facilitation of access to electronically transmitted information, as well as of the production, exchange and diffusion thereof, constitutes an obligation of the State».

¹² According to Art. 35 of the Portuguese Constitution: «1. Every citizen shall possess the right to access to all computerised data that concern him, to require that they be corrected and updated, and to be informed of the purpose for which they are intended, all as laid down by law. [...] 6. Everyone shall be guaranteed free access to public-use computer networks, and the law shall define both the rules that shall apply to cross-border data flows and the appropriate means for protecting personal data and such other data as may justifiably be safeguarded in the national interest».

¹³ According to Art. 16 of the Ecuadorian Constitution: «All persons, individually or collectively, have the right to: 1. Free, intercultural, inclusive, diverse and participatory communication in all spheres of social interaction, by any means or form, in their own language and with their own symbols. 2. Universal access to information and communication technologies. 3. The creation of media and access, under equal conditions, to use of radio spectrum frequencies for the management of public, private and community radio and television stations and to free bands for the use of wireless networks. 4. Access and use of all forms of visual, auditory, sensory and other communication that make it possible to include persons with disabilities. 5. Become part of participation spaces as provided for by the Constitution in the field of communication».

been able to emancipate it from the scope of protection of freedom of speech.

However, clearly, the constitutional codification of a «new» right does not exclude other paths through which new rights could be afforded constitutional relevance. In this regard, the research question is about which of the potential new rights are currently legally recognised, and on what basis should be interpreted in a quite broad sense.

More precisely, the process of constitutional «judicialization» of the protection of new rights should be taken into consideration as well. Nowadays more than ever, courts, especially constitutional courts, from the privileged position of their legal orders, are able to define the risk of potential clashes that may encroach upon the effective protection of fundamental rights between interconnected legal systems. If this holds true generally in times of judicial globalization, it is even more true, specifically, when judicial globalization meets Internet law for at least two reasons.

The first one is substantive in nature and regards the existing gap between the activities of Governments and lawmakers and the fast development of new technologies. In this framework, the role of courts is crucial in order to fill this regulatory gap.

Actually, this is the main reason, along with the inertia of the legislature on national and supranational levels, why courts increasingly seek assistance and inspiration (and ultimately dialogue) with respect to the protection of fundamental rights on the Internet with courts of different yet interconnected legal orders even more than they use to do in the analogical world.

The second reason is procedural in nature and is related to the jurisdictional issues brought about by the rise of the Internet¹⁴, which had crucial implications for the protection of fundamental rights and paved the way for a key role of courts in this new environment¹⁵.

Against this background, there is no doubt that the landmark (not only constitutional) judgements which have dealt with the nature of the right of access to the Internet have to be examined. It should be immediately said that in all these cases the right to access the Internet appears to be construed

¹⁴ See O. POLLICINO, M. BASSINI, *The Law of the Internet between Globalisation and Localisation*, in M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge 2014, p. 346.

¹⁵ See for instance the *Yahoo! – Licra* saga: Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 May 2000, *UEJF and Licra v. Yahoo! Inc. and Yahoo France*; *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme*, 379 F.3d, p. 1120-1126 (9th Cir. 2004). For some comments see, among others, J. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, in *U. Pa. L. Rev.* 2005, n. 153, p. 1951; M. H. GREENBERG, *A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo – Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, in *Berkeley Tech. L. J.* 2003, n. 18, p. 1191.

as a typical example of freedom of expression, and almost as an evolution or in any case a projection of that right into the innovative technological context. Differently from the constitutional emancipation from the free speech we have seen above in the express constitutional provisions related of the right to access to the Internet, no much room is left to speculate about a «judicial emancipation» of the right to the access to the Internet from free speech.

This was the case for example in France where the judgement issued in the *Hadopi* case construed the right of access to the Internet specifically in terms of a corollary of freedom of expression and communication on the Internet.¹⁶

The dispute, in this case, had arisen in relation to the establishment of an authority charged with monitoring violations of copyright committed by users through peer-to-peer systems and punishing repeat offenders, who were caught unlawfully downloading protected works on three occasions, by disconnecting their access to the Internet.

This measure was considered by the Constitutional Council a disproportionate sanction for users due to the fact that it interferes with their freedom of expression. Indeed, notwithstanding this case recognized a right to access to the Internet, such right was not framed as an autonomous one but was linked to freedom of expression.

That is to say that the Constitutional Council has not recognized a positive obligation for the French Government to provide connection as a social right, but it has traditionally conceptualized the right to access in the framework of freedom of expression, so as part of a negative freedom¹⁷.

3. As noted above, the second part of the paper will focus on the «ordinary» national protection of the right to access to the Internet. The analysis

¹⁶ See Conseil Constitutionnel, 2009-580 DC, 10 June 2009. For some comments, see, among others, N. LUCCHI, *Regulation and Control of Communication: The French Online Copyright Infringement Law (HADOPI)*, in *Cardozo J. Int. Comp. L.*, 2011, n. 19; Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-07.

¹⁷ Also, the Supreme Court of Costa Rica solemnly identified (in judgement of 20 July 2010) access to the Internet a prerequisite for the exercise of other fundamental citizenship rights. According to the judges «the delay in opening verified telecommunications market has not only violated the right enshrined in Article 41 of the Constitution but also has affected the exercise and enjoyment of other fundamental rights such as freedom of choice of consumers as enshrined in Article 46, paragraph in fine constitutional right of access to new information technologies, the right to equality and the eradication of the digital divide (info-exclusion) – Art. 33 of the Constitution – the right to access the internet through the interface that the user or consumer choice and free enterprise and trade».

is not easy because the relevant legal framework and the connected debate among scholars are in a way «polluted» by the rhetoric of human rights and fundamental rights that is so appealing when the relevant playground is the Internet.

In this view, in fact, every single favourable position is frequently ranked among human rights, thus making it possible for Internet activists to claim a violation thereof any time users come across restrictions imposed by public authorities online. For a long time, in fact, the Internet has been referred to as a promised land where everyone was entitled to enjoy an unprecedented scope of liberty. Seen in this light, any regulatory measure or legislative intervention was by default labelled as an interference with the freedom of the Internet and a form of censorship.

Just as a matter of example, the 2011 OSCE report affirmed that «only 30% of the [States participating in the survey] stated that they recognize access to the Internet as a basic human right or as implied to the fundamental right to freedom of expression», explicitly referring to the Finnish and Estonian experiences.

We know that the language of fundamental rights has its own rules (requiring, e.g., public authorities not to obstacle their enjoyment when it comes to negative freedoms and, on the other hand, to take positive steps when social and economic rights are concerned), and in the national experiences before mentioned the right in question is not placed on a constitutional footing, although it is provided for under legislation, which may, therefore, be amended by subsequent ordinary legislation according to the ordinary principle of *lex posterior derogat priori*, and hence may even be watered down.

More precisely, in Finland the decree no. 732/2009 has been adopted by the Ministry for Transport and Communications to regulate the minimum level of functional access to the Internet as a universal service. In particular, it is worth mentioning Art. 60, par. 3, of the Communications Market Act (notably, an ordinary statute, not one of constitutional rank) which requires the telecommunication companies to provide all the citizens with Internet connection that runs at speeds of at least 1 megabit per second.

In Estonia, the Telecommunications Act 2000 lays down rules on the universal public service, stipulating that the Internet must be «universally available» to all users¹⁸.

¹⁸ According to Art. 5: «The set of telecommunications services specified in subsection (1) of this section comprises: [...] Internet service which universally available to all subscribers regardless of their geographical location, at a uniform price».

A similar approach has been followed by the Spanish Law on the sustainable economy (no. 2 of 2011).

On the level of EU law, on the other hand, it is worth mentioning Directive 2009/140/EC, amending Directive 2002/21/EC on electronic communications networks and associated facilities, into which it introduced Art. 3 *bis*.¹⁹

It should be added that there are examples in international law which show that, beyond the human rights/fundamental rights rhetoric, there could be a pragmatic approach. As a matter of example, in 2009, the Council of Europe dealt with the possibility to qualify access to the Internet as a provision of Member States' public services.²⁰

Against this background, another questions seems to be relevant: in the attempt to go beyond the rhetoric of human/fundamental rights inflation, when, on the one hand, does really matter protecting at constitutional level the right to access to Internet and when its constitutional status, on the other hand, does not impact on the degree of protection of the right in question?

The recent Italian experience, in which two constitutional amendments have been proposed in order to expressly enshrine in the Constitution the right to access to the Internet as a fundamental right, seems to represent an interesting case study in this regard.

More in detail, in 2015, two constitutional bills – no. 1317 and no. 1561 – have been introduced in the Italian Parliament.

¹⁹ According to Art. 3 *bis*: «Measures taken by Member States regarding end-users access to, or use of, services and applications through electronic communications networks shall respect the fundamental rights and freedoms of natural persons, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and general principles of Community law. Any of these measures regarding end-users' access to, or use of, services and applications through electronic communications networks liable to restrict those fundamental rights or freedoms may only be imposed if they are appropriate, proportionate and necessary within a democratic society, and their implementation shall be subject to adequate procedural safeguards in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and with general principles of Community law, including effective judicial protection and due process. Accordingly, these measures may only be taken with due respect for the principle of the presumption of innocence and the right to privacy. A prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned, subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The right to effective and timely judicial review shall be guaranteed».

²⁰ Under Spanish and Finnish law, Internet connection is coupled with the concept of universal service. See S. BORG, *Right to access the Internet: the countries and the laws that proclaim it*, 2 May 2011, in www.diplomacy.edu.

As regards the former bill, it called for the incorporation into the Constitution of an Art. 21 *bis* explicitly protecting the right to Internet access²¹. That provision was placed immediately after Art. 21 that protects freedom of speech, in Title I of the part I related to «civil rights». According to the proposal: «Everybody has the right to access to the Internet, without any discrimination, through tools technologically adequate able to remove any obstacle of an economic or social nature».

With regard to the second bill, it was proposed to add a new Art. (34 *bis*) to the Constitution in Title II related to «Social Rights» immediately after the provision (Art. 34) protecting the right to education. According to the proposed Art. 34 *bis*, «Everybody has the right to access to the Internet, in a neutral way, and without discrimination and through technologically adequate means. The State promotes the conditions according to which it is effectively protected Internet as a “place” in which the human being develops his/her person and where the rights and duties of social, political and economic solidarity are exercised».

The two proposed provisions, despite their apparent similarity, are structurally very different. Even if the intent is in both cases to let emerge in the Constitution an autonomous right to access to the Internet, in the first case, the proposed Art. 21 *bis* is considering the right in question as belonging to the category of civil rights and, in particular, very connected to freedom of expression (in its negative dimension); whereas, in the second case, the proposed Article 34 *bis* is taking into consideration the social (positive) dimension of the right, and more precisely the right to education dimension²².

Does it make a difference? Sure it does.

The first attempt (Art. 21 *bis*) does not achieve the goal of a constitutional emancipation of the right to access to the Internet from free speech. Even if from a formalistic point of view it could be seen as a new right, the textual and logical proximity with freedom of expression, as it shown by the debate which has followed the proposal of the bill, does not allow to the right in question to play an added constitutional value or to be enforced independently from freedom of speech.

²¹ This qualification of the right to access to the Internet was first proposed by S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 2010, n. 41, p. 337.

²² For some comments on the Italian scenario, see, among others: P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 2014; G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo*, 2011, n. 2; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie. Profili costituzionali dell'accesso ad internet*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, n. 3; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (eds.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia, il ruolo della giurisprudenza*, Naples 2013, p. 517 ss.

As seen with regard to the case-law of the French Constitutional Council, there is an undeniable process of constitutional 41, 41, «phagocytation» or «cannibalization» of the right to access to the Internet when is too connected with «Her constitutional Majesty» freedom of expression, being the latter inherently tied to the former insofar as the access to the Internet constitutes one of the channels through which users are allowed to receive information. And, even, in this case, it happens the same. The status as a prerequisite right, which is typical of access to the Internet, is already inherent within an extensive interpretation of Art. 21 (of the Italian Constitution) itself: it is sufficient to consider how the Constitutional Court has held in its case-law right since judgement 10 July 1974, no. 225 (which was adopted at a time when television represented the highest level of technological development) that access to television constitutes a prerequisite for the exercise of other rights, whereas nobody has ever asserted a right of access to television under Art. 21. This way, the Court has kept itself immune from the appealing nature of the rhetoric dimension of human rights on the Internet.

From this perspective, it would be beneficial to consider whether it would be appropriate to introduce an Art. 34 *bis*, which seems to be supported by various reasons from the viewpoint of the systemic structure of the Constitution.

Notwithstanding the widespread language of new digital rights, the above-mentioned option seems the best one for at least three reasons²³.

First of all, a *sedes materiae* other than that of negative freedoms would enhance a constitutional emancipation of the right to Internet access from the free speech' scope of application.

Secondly, the constitutional codification of a right to Internet access as a social right, would make it possible to obtain something that is not currently guaranteed under other legal systems: namely the possibility to protect citizens against potential backsliding by public authorities. Whilst Finland, Estonia and Spain protect a right of access to the broadband (albeit under ordinary legislation and not directly in constitutional law), in Italy, on the other hand, a similar guarantee and a similar foundation could be established under constitutional law, including through Art. 34 *bis*.

There is another facet which has undoubtedly interesting implications: it could be of benefit to try to put in place immediately the forms of pro-

²³ See, also, O. POLLICINO, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*, hearing at the First Permanent Committee (Constitutional Affairs), Senate of the Republic, 24 February 2015, in *Media Laws*, 13 March 2015.

tection laid down in the European Bill of Rights, i.e. the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Arts. 25, 26 and 36 of the Charter establish a concept of «social inclusion», which manifests itself in the right of the elderly to participate in the social and cultural community, the right of the disabled people to benefit from measures of social inclusion and the objective of the social and territorial cohesion of the Union.

4. In light of the above, it is maybe possible to let emerge a few provisional legal indicators.

The right to access to the Internet enjoys a constitutional emancipation from the freedom of speech only under specific conditions, when is the constitution itself to protect the right in a *sedes materiae* not too close to the one in which free speech is protected²⁴.

When, instead, the constitutional protection is given by a judicial creation of the right to access to the Internet, this right is just a constitutional appendix of free speech, and a pre-condition in order to exercise others constitutional freedoms, at least looking at the Italian experience.

Does the classification as a free-standing or derived right matter at constitutional level? Yes, it does; but it depends on the constitutional *sedes materiae* and on the framing of the constitutional codification of the right to access to the Internet.

We have seen, with regard the Italian experience, that the attempt to add a new Art. 21 *bis*, immediately after to the provision protecting freedom of speech, would not have achieved the result to attach autonomous relevance to the right to access to the Internet, being based on an ad-hoc provision whose content was in anyways inherently connected to the exercise of free speech.

It is instead crucial to work for an emancipation of the latter from the constitutional destiny of free speech because only this way would allow the right to access to the Internet to be independent from the possible decrease of protection that freedom of expression can experience when the relevant playground shifts from the world of atoms to world to bit.

An example will maybe help to be less obscure.

With specific regard to the ECHR²⁵, if we analyse the most recent decisions taken by the Court of Strasbourg, it appears that, contrary to the trend

²⁴ See the example of the Greece Constitution, on the one hand, and the proposed constitutional amendments in Italy, on the other one.

²⁵ O. POLLICINO, M. BASSINI, *Freedom of Expression and Defamation in Internet*, in J. TRZASKOWSKI, A. SAVJN (eds.), *Handbook of Internet Law*, Cheltenham 2014, p. 508-541.

in the US Supreme Court²⁶, the advent of the Internet has further extended the ability to limit freedom of expression, provided that the conditions set forth under Art. 10, para. 2, are complied with by the national legislation.

The assumption that freedom of speech works as a watchdog for democracy appears to have been revisited or, at least, marginalized, as the ECtHR seems to be focusing more on cases in which the Internet is likely to raise new issues and risks to the protection of fundamental rights than to those in which the Internet appears as a new opportunity for the exercise of rights.

Even though the Court repeatedly held that the safe harbour entrusted to Art. 10, para. 2, must be assessed strictly, it cannot be excluded that the advent of the Internet has fostered the debate about free speech. More in detail, according to the ECtHR, the specific medium of the Internet amplified the past threats to fundamental rights. In particular, this point came up, for the first time, in *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*,²⁷ concerning the particular segment of freedom of expression corresponding to freedom of press:

«The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned».

²⁶ As it is very well known the I Amendment of the US Constitution provides very extensive protection for freedom of speech: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances». The US Supreme Court has always enforced in the broadest possible the huge protection given by the Constitution to the I Amendment, without distinguishing, as in the case for the European Court of Human Rights, between the world of atoms and the world of bit. As a matter of example, it is enough to recall Supreme Court, which is nowadays regarded as a landmark ruling for Internet freedom of expression, is *Reno v. ACLU*. (521 US 844 (1997)). A similar approach, even more connected with the right to access to the Internet, is emerging from a very US Supreme Court judgement *Packingham v. North Carolina*, 582 US (2017), in which the US judges hold that a North Carolina statute that prohibited sex offenders from accessing social media websites violated the First Amendment to the United States Constitution.

²⁷ European Court of Human Rights, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, app. no. 33014/05, 5 Augst 2011.

The assumption behind the Court's reasoning is that the Internet is likely to raise new problems for the protection of fundamental rights and that the measures applied to traditional media will not work effectively in the new digital environment. This means that a new balance must be struck between freedom of expression and other human rights. In a nutshell, since the Internet is raising unprecedented legal issues, restrictions on freedom of expression should be more broadly accepted.

This remark could be enough to describe how different the approach of the ECtHR is from that of the US Supreme Court, which expressed the completely opposite view in *Reno v. ACLU*:²⁸

«The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship».

Also, in *KU v. Finland*²⁹, the Court stressed the non-absolute nature of the protection of certain fundamental rights on the Internet. The case concerned the dissemination of personal data relating to a child by an anonymous individual who had posted an online advertisement in which he claimed to be looking for a sexual relationship. When the applicant filed a complaint with the local court, there were no legal grounds under domestic law to force an Internet service provider (ISP) to disclose personal data in cases involving criminal conduct such as that at issue. In addition, the domestic legislation failed to strike a balance between the right to data protection and other interests. Although the complaint was not based on Art. 10, the ECtHR made significant remarks concerning the exercise of free speech on the Internet:

«Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others [...] [I]t is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context».

²⁸ US Supreme Court, *Reno v. ACLU*, 521 US 844, 885.

²⁹ European Court of Human Rights, *KU v. Finland*, app. no. 2872/02, 2 March 2009.

Accordingly, the view taken by the Court of Strasbourg is that the advent of new technologies, and of the Internet, in particular, has not enlarged the scope of freedom of expression. Instead, it has increased the cases in which such right conflicts with other interests protected under constitutions.

This assertion can be confirmed, first if we consider how the ECtHR reacted to the use of the Internet with respect to the freedom of the press, which is regarded as an essential pillar of freedom of speech and democracy. In the *Stoll* case,³⁰ the Court's reasoning was based on the assumption that new technologies have made the duties of journalists more demanding:

«[T]he safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide "reliable and precise" information in accordance with the ethics of journalism [...] These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance».

Furthermore, these observations are confirmed even if it is assumed that similar conduct also occurred in the non-digital realm. Recalling the case of *Yildirim v Turkey*, such a broad limitation of freedom of expression as that adopted by the Turkish authorities would not presumably have been necessary. If one single publication is found to be defamatory and there are legal grounds to prevent its circulation, the measures which must be adopted by the relevant authorities in the non-digital world must only relate to that publication, and not others. In other words, there will be no reason to block additional online content, which is equivalent to offline seizure, instead of blocking only the content regarded as an unlawful exercise of freedom of expression.

Naturally, the issue of proportionality (which is the key factor here) is related to the nature of the technology. Moreover, it is one of the leading factors, which means that it is critical for the protection of freedom of expression on the Internet.

³⁰ European Court of Human Rights, *Stoll v. Switzerland*, app. no. 69698/01, 10 December 2007.

The application of the proportionality principle was also crucial in the recent case of *Delfi v Estonia*³¹, in which the ECtHR was asked to consider whether the fining of an Internet news site for defamatory comments posted by users, which the website failed to remove promptly, amounted to a restriction of freedom of expression.

The Strasbourg Court found that Art. 10 of the Convention does not afford protection to freedom of expression in absolute terms. Rather, Art. 10 allows contracting states to interfere with the exercise of this right, provided that the said restrictions meet the conditions under paragraph 2, i.e. that they are prescribed by law, have a legitimate aim and are necessary in a democratic society. It is important to highlight that, whilst the Court held that the legislation at stake imposed a significant restriction, it nevertheless found that it did not violate Art. 10. Since, in the Court's view, the protection of individual reputations ranks among the objectives that may justify a limitation on freedom of expression, it held that there had been no infringement of Art. 10 because the interference was proportionate.

Against this background, a constitutional codification of the right to the Internet and its consequent constitutional emancipation from the right to free speech would oblige constitutional courts to finally let emerge the autonomy of the former from the more restrictive approach adopted recently with regard to the protection of freedom of speech online.

The second reason is related to a particular constitutional choice which, as in the case of the proposed Art. 34 *bis* of the Italian Constitution, would lead to a constitutional configuration as right to access to the Internet as a social right.

This choice seems to be the most appropriate option for, as I have pointed above, several reasons

First of all, a different *sedes materiae* (than that of freedom of expression) would enhance a constitutional emancipation of the right to access to the Internet from the scope of application of freedom of expression.

³¹ European Court of Human Rights, *Delfi v. Estonia*, app. no. 6465/09, 16 June 2015. The Court based its assessment on four principal considerations. First, in light of the context of Article 10, *Delfi* could have anticipated the higher than average risk of receiving negative comments, and that they could reach the level of insult or hate speech. Secondly, as *Delfi* was in a position to predict the nature of possible comments, it would have been able to take technical or manual measures, but it failed to do so. Thirdly, it was *Delfi*'s choice to allow comments from non-registered users and that, by doing so, it must be considered to have assumed a certain responsibility for them. Finally, the moderate sanction of €320 imposed by the civil courts was seen as a fully justified and proportionate sanction.

Secondly, the constitutional codification of a right to access as a social right would make it possible to obtain something that is not currently specifically protected in the other national experiences. As in fact we have seen looking at a national comparative dimension, despite the fundamental rights-based rhetoric which is sometimes polluting the debate, the right to access to the Internet is «just» an important but ordinary right, which does not enjoy the constitutional protection against legislative attempts to reduce or even remove the essence of a new right. This means that the «social injection» that through the universal service doctrine is given to the right to internet access is genetically exposed to be downgraded by different political and legislative choices made by the governments and the parliaments which will follow.

One final aspect of particular relevance concerns the type of justiciability that could be envisaged for the right to access as social right.

At least two options are possible.

The first is to assess the reasonableness of any action taken by the legislature in order to protect the social right in question, considering the balancing with other countervailing interests (for example financial resources and budgetary sustainability).

The case-law of the Italian Constitutional Court on the right to education provides various guidelines that are of particular interest in this regard, starting from judgement no. 80/2010 on classroom assistants in which, when weighing up financial interests against the right to education, the Court proved to be anything but indifferent to the latter. In fact, it held that it should prevail.

The second option is more radical. Is it possible to move beyond the «provision of material and financial possibilities»? In other words, is it possible to guarantee a social right on constitutional rank that could lead the Constitutional Court of the country at stake to review the failure to enact legislation? Can legislative inertia constitute a reason for the Constitutional Court to review a particular situation? This approach appears to be objectively complicated, even though there are indications within comparative law that this should be the case.

These indicators give the impression that the reasoning operates on two planes.

The first focuses on infrastructure and technology, namely the need to guarantee broadband or ultra-fast broadband. From this viewpoint, the principles of constitutional law would be an extremely important element in reviewing laws that do not guarantee the adequate implementation of the right in question.

On the other plane, it is necessary to engage in cognitive and, above all, cultural promotion, and to combat computer and digital illiteracy, which impinges upon a fundamental aspect of the right of access, namely its status as an inherent prerequisite for the exercise of other rights. What is more fundamental than the cultural dimension in ensuring that the digital divide does not continue to grow? The link between the right to education and the right of access could not be closer in this age in which access to the information is fundamental in order to be effectively vested with a substantive right of equality.

LA DECISIONE GIUDIZIARIA PER ALGORITMO

FILIPPO DONATI

Intelligenza artificiale e giustizia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'esperienza italiana – 3. Le discriminazioni algoritmiche – 4. Decisioni algoritmiche e tutela dei diritti – 5. Trasparenza della decisione algoritmica e GDPR – 6. Limiti all'applicazione di strumenti di giustizia predittiva per la soluzione di controversie giudiziarie – 7. L'IA come ausilio per il giudice – 8. Norme etiche e regolazione in materia di IA – 9. Considerazioni conclusive

1. Non esiste una definizione generalmente condivisa di IA¹. Ai nostri fini possiamo definire l'IA come la tecnologia che permette ad un computer di analizzare grandi quantità di dati e, sulla base della conoscenza e dell'esperienza acquisita, adottare comportamenti intelligenti o proporre decisioni. Si tratta, in altri termini, di una tecnologia che permette ad una macchina di svolgere funzioni tradizionalmente riconosciute alla sola capacità umana².

Tra le molte tecnologie che possono rientrare in questa ampia definizione rilevano soprattutto quelle basate su sistemi di autoapprendimento o «*machine learning*»³. Ogni computer opera sulla base di algoritmi, cioè su istruzioni matematiche (o codici) che servono per risolvere problemi, dare una

¹ In argomento cfr. da ultimo J. TURNER, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, London 2019, p. 7 ss. Cfr. anche M.U. SHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harvard J. L. Technology*, 2016, n. 2, p. 359, nonché C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, p. 102; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 1, p. 8, che (richiamando AA. VV., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities and Risks*, Berkman Klein Center for Internet & Society-Harvard University, 25 sept. 2018) parla di una parola «contenitore» che include «una varietà di tecniche computazionali e di processi associati (di tipo algoritmico) dedicati a migliorare l'abilità delle macchine nel fare cose che richiedono intelligenza».

² Cfr. M. A. BODEN, *Artificial intelligence: a very short introduction*, Oxford 2018, p. 1, secondo il quale l'IA è la tecnologia che cerca di «*make computers do the sorts of things that [human] minds can do*». Cfr. anche I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, Boston 2016, p. 9.

³ Il termine «*machine learning*» si riferisce a sistemi che riescono ad estrarre automaticamente modelli significativi da grandi quantità di dati. Cfr. al riguardo: S. SHALEV-SHWARTZ, S. BEN-DAVID, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge 2014.

risposta a quesiti ovvero per svolgere determinate funzioni. A differenza dei computer tradizionali, che operano sulla base di algoritmi o codici stabiliti dal programmatore e modificabili soltanto attraverso un intervento dello stesso, i nuovi sistemi di «*machine learning*», attraverso analisi statistiche di grandi quantità di dati, ricavano continuamente ed in maniera automatica gli algoritmi che verranno poi impiegati nel proprio funzionamento. La principale caratteristica dei nuovi sistemi di IA, pertanto, è quella di operare in via autonoma.

I sistemi di IA sono ormai entrati nella nostra vita di tutti i giorni e sono utilizzati nei più disparati settori. L'IA, infatti, permette di ottenere risultati fino a pochi anni fa difficilmente immaginabili: motori di ricerca capaci di fornire i risultati attesi dall'utente, *software* che analizzano transazioni bancarie o finanziarie per individuare possibili frodi, sistemi di riconoscimento facciale utilizzati ai fini più disparati (dalle comuni macchine fotografiche a sistemi controllo e prevenzione del crimine), sistemi per prevenire incidenti stradali, auto o aerei capaci di funzionare senza pilota, sistemi di *scoring* per valutare se concludere un contratto assicurativo o di mutuo e le relative condizioni, ecc. L'IA, ormai quotidianamente utilizzata nel campo scientifico (dalla bioinformatica alla medicina, all'astronomia), si presta ad essere impiegata anche nel campo del diritto. In effetti, l'IA può interessare il sistema giudiziario sotto due distinti profili. In primo luogo, l'IA può rilevare come oggetto del giudizio. Sta infatti emergendo l'esigenza di adattare le categorie giuridiche tradizionali ad una nuova realtà, in cui molte decisioni sono assunte non da persone umane ma da algoritmi che possono adottare scelte non prevedibili neppure dal programmatore. Emblematico, al riguardo, è il problema relativo alla individuazione della responsabilità derivante da lesioni a beni giuridicamente protetti causate, ad esempio, da *driverless cars* ovvero da droni o anche da sistemi automatizzati di diagnosi e di cura delle malattie. In casi del genere, l'individuazione del responsabile della condotta dannosa risulta assai problematica, giacché categorie giuridiche consolidate (come la responsabilità civile, la quantificazione dei danni, la distribuzione dei diritti e degli obblighi legati a determinati comportamenti e scelte) subiscono una pressione distorsiva notevole e non sempre risultano adattabili a questi nuovi sistemi⁴.

⁴ Cfr. Fra gli altri R. LEENESA, E. PALMERINI, B. KOOPSA, A. BERTOLINI, P. SALVINIC, F. LUCIVERO, *Regulatory Challenges of Robotics: Some Guidelines for Addressing Legal and Ethical Issues*, in *Law, Innovation and Technology*, 2017, p. 1 ss.; M. COSTANZA, *L'Intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1686 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, *ivi*, 2019, p. 1689 ss.; U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema e in quello statunitense*, *ivi*, 2019, p. 1704 ss.; A.

In secondo luogo, l'IA può rilevare come strumento di ausilio per gli operatori giuridici⁵. Numerose sono oggi le aziende che offrono innovativi metodi per automatizzare la ricerca in campo legale, per la redazione o il controllo di contratti o documenti, per valutazioni tecniche (ad esempio per il calcolo di indennità in caso di licenziamento, di assegni di mantenimento per il coniuge o i figli, per la quantificazione dei danni in caso di lesioni personali ecc.) ed anche determinare il possibile esito di una controversia, attuale o potenziale⁶. Sistemi del genere, fino ad oggi prevalentemente utilizzati da studi legali o compagnie assicurative, potrebbero fornire nuovi strumenti di misura, di valutazione e di predizione dei comportamenti suscettibili di essere utilizzati anche nel campo giudiziario, ed in tal modo contribuire a rendere più efficiente, più equo e meno costoso il funzionamento del sistema giustizia⁷.

I nuovi sistemi «robotici», è stato osservato, potrebbero aiutare a soddisfare quell'esigenza di «calcolabilità del diritto», segnalata da Max Weber e ripresa da chi ritiene indispensabile garantire l'affidamento del cittadino nella certezza del diritto⁸. L'impiego di tecniche informatiche a supporto di decisioni giudiziali o, addirittura, la sostituzione dei giudici con strumenti

AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 2019, p. 1715 ss.

⁵ Nonostante solo di recente sia emerso un ampio dibattito su questo tema, la questione è stata da tempo oggetto di analisi. Cfr. G. SARTOR, L. K. BRANTING, *Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence and Law*, 1998, p. 105 ss. Cfr. Da ultimo A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e Sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid rass.*, 2020, n. 3.

⁶ Molto diffusa nel mondo anglosassone, ad esempio, è la piattaforma Luminance dedicato al supporto nella fase di *due diligence* durante le operazioni di fusione e acquisizione.

⁷ La dottrina già in passato aveva prospettato la possibilità di impiegare l'informatica a servizio della giustizia (cfr. G. DI FEDERICO, *L'uso di strumenti elettronici nell'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 626 ss.). L'avvento dei sistemi di IA ha ovviamente mutato il quadro di riferimento, offrendo ulteriori strumenti potenzialmente utili per una più efficiente amministrazione della giustizia. Sull'impatto dell'informatizzazione nel mondo del diritto sono ancora di estrema attualità gli studi classici di M. G. LOSANO, *Giuriscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino 1969; V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano 1973; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna 1973.

⁸ Cfr. al riguardo le osservazioni di N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna 2019, p. 17 ss. Sulla «calcolabilità giuridica» e sul rilievo che i precedenti giurisprudenziali possono rivestire ai fini della «calcolabilità giuridica» cfr. i contributi raccolti in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017 e A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo del passato*, Bologna 2018.

automatizzati di giustizia predittiva sollevano tuttavia numerosi interrogativi, sui quali è aperto un ampio dibattito⁹. Nei paragrafi che seguono prenderò in esame questo secondo aspetto, per volgere alcune riflessioni sulle opportunità e i rischi derivanti dall'impiego dell'IA a servizio del settore giudiziario.

2. In Italia è stata completata la realizzazione del processo telematico nel campo del diritto civile e amministrativo. Ciò ha comportato una grande semplificazione per gli utenti e un forte contributo per una maggiore efficienza degli uffici giudiziari. La disciplina relativa al deposito degli atti processuali, ad esempio, affida al sistema informatico la verifica della regolarità, anche sotto il profilo fiscale, degli atti e dei documenti depositati dalle parti. Il sistema, in particolare, non procede all'acquisizione e alla registrazione dell'atto se ravvisa una carenza o irregolarità nella firma digitale¹⁰. In questo modo si realizza un controllo automatizzato sulla ammissibilità del deposito di atti e documenti, «che si sostituisce sostanzialmente alla valutazione “manuale”, in precedenza, operata dal giudice» e che, laddove vengano in rilievo termini di decadenza come quelli che operano nel processo amministrativo,

⁹ In argomento cfr., fra gli altri, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., p. 101 ss., nonché i numerosi contributi raccolti in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1657 ss. Cfr. altresì A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*; S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*; L. SOLUM, *Artificially Intelligent Law*; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*; A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, raccolti in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 1. Sulla evoluzione dei sistemi di IA cfr. J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Roma 2017, p. 14 ss.; J. BERNSTEIN, *Uomini e macchine intelligenti*, Milano 1990, p. 19 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 1, p. 102 ss. Sull'esigenza di una apposita regolazione per la robotica e l'intelligenza artificiale e della istituzione di un organismo indipendente per la robotica (come ipotizzato nelle *Raccomandazioni concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, adottate dal Parlamento europeo nella seduta del 27 febbraio 2017) cfr. E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, 2019, n. 1, p. 73 ss. In argomento cfr. altresì A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice Digitale. Revolution Graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018; J. NIEVA-FENOIL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino 2019, ed ivi ampia e aggiornata bibliografia sul tema. In argomento cfr. anche D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Quest. giust.*, 3 luglio 2019.

¹⁰ Per il processo amministrativo cfr. l'Allegato A al d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico).

può rendere inammissibile il ricorso¹¹. Nonostante questi indubbi progressi, in Italia non è dato rilevare un concreto e significativo utilizzo di sistemi di IA da parte dei giudici¹². È tuttavia assai diffusa l'esigenza di strumenti volti a rendere più prevedibile l'esito delle controversie giudiziarie. In questa prospettiva, il Dipartimento di statistica dell'Università di Firenze elaborò nel 2007 un modello per il Calcolo dell'Assegno di Mantenimento (MoCAM), che ha trovato applicazione da parte del Tribunale di Firenze¹³.

Il MoCAM è un sistema di calcolo che, tenendo conto dei vincoli normativi e delle variabili di contesto, produce, con riferimento ad un caso specifico, una stima dell'assegno di mantenimento per i figli nel caso di separazione, divorzio o rottura di una unione di fatto e, quando ne esistano i presupposti, del contributo a favore del coniuge¹⁴. Il modello è stato impostato dai programmatori in maniera da perseguire un obiettivo di fondo: consentire ai due nuclei familiari che risultano dalla separazione di avere lo stesso «tenore di vita», in modo che il danno economico derivante dalla separazione sia equamente ripartito. Per valutare il tenore di vita dei soggetti coinvolti nella separazione, il MoCAM proponeva due diversi criteri basati sul reddito ovvero sulla spesa per consumi delle famiglie¹⁵. MoCAM proponeva valutazioni dell'assegno di mantenimento basate, alternativamente, su entrambe le misure rimettendo alle parti o al giudice valutare i risultati a cui le due impostazioni conducono.

Il modello era implementato su un sito web (www.mocam.net) che consentiva, ad utenti registrati, dietro il pagamento di un corrispettivo, di inserire

¹¹ Cfr. al riguardo i rilievi di L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit. p. 30 ss., il quale prospetta una possibile violazione dell'art. 111, comma 1, Cost., stante il livello sub-regolamentare della disciplina sul processo amministrativo telematico.

¹² Secondo J. NIEVA-FENOIL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 7, l'IA viene invece da tempo applicata nel processo «di solito in modo rudimentale e solo occasionalmente in modo più avanzato». L'A. richiama tuttavia al riguardo attività (programmi di videoscrittura, banche dati) che, sebbene definite come forme di IA «debole» (cfr. J. O. MCGINNIS, R. G. PIERCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in *Fordham L. Rev.*, 2014, p. 3041 ss.), non rientrano nell'accezione di IA qui utilizzata.

¹³ Trib. Firenze, 3 ottobre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 52, con nota di c. di E. AL MUREN, *Tenore di vita e assegni di mantenimento tra diritto ed econometria*.

¹⁴ In argomento cfr. S. GOVERNATORI, M. MALTAGLIATI, G. MARLIANI, G. PACINI, V. PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio*, Milano 2009, spec. p. 145 ss.

¹⁵ Il criterio reddituale indica la capacità potenziale di soddisfare bisogni e, quindi, di raggiungere un dato tenore di vita; il criterio basato sulla spesa fornisce, invece, la misura quanto di questa capacità potenziale si realizza attraverso l'acquisto di beni di consumo. La differenza tra le due misure indica il risparmio.

dati relativi ad uno specifico caso ed ottenere una relazione completa contenente il riepilogo delle informazioni immesse ed il calcolo del relativo assegno di mantenimento. L'utente che voleva ottenere il calcolo dell'assegno di mantenimento, riferito a un caso specifico, era chiamato a fornire una serie di informazioni tra cui dati anagrafici (zona di residenza della famiglia, anno di nascita dei coniugi e dei figli, numero di figli, anno di matrimonio), reddituali e patrimoniali. Nel sito era attiva un'area riservata ai magistrati per l'uso gratuito del *software*.

Il modello sopra descritto presentava evidenti punti di debolezza. In primo luogo, il *software* era basato su un algoritmo che, a differenza dei moderni strumenti di IA, non sfruttava le potenzialità oggi messe a disposizione dalle nuove tecniche di *big data analytics* e, quindi, non poteva tenere conto della prassi maturata nei diversi Tribunali italiani e dell'evoluzione giurisprudenziale. Inoltre il sistema non era disegnato in maniera tale da tenere conto delle specifiche peculiarità dei singoli casi concreti. Così, ad esempio, l'algoritmo considerava il tempo trascorso dai bambini con ciascun genitore in termini di quantità, senza tuttavia prendere in considerazione la qualità dei compiti svolti da ciascun genitore nel periodo trascorso con i figli. La rigidità del MoCAM non permetteva, pertanto, di rispettare il principio di diritto enunciato dalla Cassazione, secondo cui la misura delle indennità dovute ai coniugi e ai figli in caso di crisi coniugale debbono essere determinate attraverso una valutazione globale di tutte le circostanze rilevanti e un bilanciamento dei principi giuridici, non invece sulla base di semplici criteri matematici¹⁶.

Nonostante la diffusa consapevolezza dell'impossibilità di affidare ad una macchina valutazioni che la legge affida al prudente apprezzamento del giudice, resta l'esigenza di assicurare ai cittadini una maggiore trasparenza sulla possibile durata ed il probabile esito di determinate controversie, anche al fine di limitare il ricorso non necessario alla giustizia.

In questa prospettiva, il Presidente della Terza Sezione civile della Corte d'Appello di Bari, «ritenuto che la prevedibilità delle decisioni costituisce un valore ormai riconosciuto nel nostro ordinamento», ha avviato un progetto¹⁷ per rendere accessibili, attraverso il sito web della Corte d'Appello,

¹⁶ Cfr. ad esempio Cass. S.U. civili, sentenza 11 luglio n. 2018, n. 18287.

¹⁷ Progetto «Prevedibilità delle decisioni», approvato con decreto 5 ottobre 2016 del presidente della Terza Sezione civile della Corte di Appello di Bari, reperibile su http://www.corteappello.bari.it/allegati_sito/progetto_prevedibilita_decisioni.pdf. Il decreto ha affidato l'elaborazione della casistica e la redazione delle schede ai tirocinanti e agli specializzandi della sezione, sotto la supervisione dei consiglieri affidatari o di altro consigliere designato dal Presidente di Sezione; ha riservato al Presidente di Sezione l'assegnazione dei temi ai tirocinanti

schede tematiche sulla giurisprudenza consolidata della Sezione su materie e casistica ricorrenti, al fine di fornire agli utenti indicazioni circa il prevedibile esito di una possibile controversia in tali materie nonché sul tempo necessario alla definizione della stessa¹⁸. Analoghe iniziative sono state adottate in altre Corti d'Appello, sul cui sito web sono inseriti link, utilizzabili da tutti, a pagine tematiche volte a fornire indicazioni sulla giurisprudenza consolidata in ordine a problematiche di frequente ricorrenza¹⁹.

Iniziative del genere, pur nella loro utilità, mostrano evidenti limiti. In primo luogo, le schede tematiche messe a disposizione nell'ambito dei progetti sopra richiamati si limitano a fornire indicazioni sugli orientamenti giurisprudenziali in determinate materie, ma non possono tenere conto delle peculiarità del caso concreto dei singoli utenti che effettuano l'accesso al sito. In secondo luogo, le schede richiederebbero un costante aggiornamento sull'evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento agli orientamenti della Corte di cassazione, della Corte costituzionale e delle Corti internazionali. Non vi è dubbio che l'impiego di sistemi di IA potrebbe, in futuro, aiutare a superare alcune delle criticità della macchina giudiziaria italiana²⁰. L'impiego di sistemi di IA come alternativa o come ausilio della funzione giurisdizionale appare tuttavia assai problematico sia per ragioni di natura tecnica o «strutturale», collegate cioè alle caratteristiche dei sistemi di IA, sia per ragioni di natura giuridica.

e specializzandi; ha stabilito che i lavori «saranno coordinati dal Presidente di sezione e le schede saranno approvate dai consiglieri della sezione nel corso delle riunioni ex art. 47 quarter Ord. Giud., cui potranno essere invitati a partecipare: magistrati, anche onorari, di altre sezioni; magistrati, anche onorari, di altri uffici e di altri gradi di giudizio; esperti di particolari settori in trattazione (infortunistica stradale, medicina legale, ingegneria, agraria, ecc.); rappresentanti del Foro o docenti universitari».

¹⁸ Cfr. http://www.corteappello.bari.it/buone_prassi_4.aspx.

¹⁹ Nel sito della Corte d'Appello di Venezia, ad esempio, è inserito il collegamento ad una pagina denominata «giustizia predittiva», che permette ad ogni interessato di accedere a schede tematiche di giurisprudenza in materia civile e di conoscere i tempi medi di definizione dei procedimenti in determinate materie (cfr. http://www.corteappello.venezia.it/giurisprudenza-predittiva-per_198.html); una iniziativa simile è stata adottata dalla Corte d'Appello di Brescia (cfr. http://www.giustiziabrescia.it/giustizia_predittiva.aspx, dove sono riportate schede tematiche in materia di protezione internazionale e di licenziamenti disciplinari).

²⁰ Cfr. M. R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica"? Il giudice di merito*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 125 ss. In effetti, l'IA offre nuovi strumenti di calcolo basati su un approccio probabilistico o attuariale che potrebbero fornire risultati rapidi ed affidabili non solo nell'offrire indicazioni sul probabile esito di una controversia, ma anche con riguardo alla definizioni di questioni di natura tecnica come quelle relative alla determinazione dell'assegno divorzile, dell'indennità per il mantenimento dei figli in caso di crisi familiare, dell'indennità di licenziamento, della misura del risarcimento in caso di lesioni personali ecc.

3. Sul piano tecnico, l'idea che l'IA possa aiutare a eliminare o diminuire gli errori o i pregiudizi che possono influenzare l'esito del processo decisorio è stata da tempo efficacemente messa in dubbio²¹. Secondo alcuni studi, infatti, gli errori e i pregiudizi insiti nel pensiero umano possono essere riprodotti e persino aumentati dalle tecniche di IA²², come è stato confermato dalla vicenda relativa al sistema COMPAS²³, un programma di IA disegnato da una società privata per calcolare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale delle persone²⁴.

COMPAS è un sistema non trasparente, perché la legge statunitense sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale non permette l'accesso ai codici sorgente su cui è impostato il *software*. Il sistema, dagli esperimenti effettuati, ha peraltro offerto in molti casi buoni risultati, tanto che ne è stato invocato da più parti un utilizzo al fine di rendere più oggettive, veloci e non discriminatorie le decisioni che richiedono una valutazione sulla pericolosità del condannato e, conseguentemente, sul rischio di recidiva. È stato sostenuto al riguardo che in alcune circostanze quando ad esempio si tratta di valutare la possibile recidiva di una persona, i giudici «si comportano in modo altamente automatico e in assenza di dati precisi su cui basare il loro giudizio prognostico», con la conseguenza che, in ipotesi del genere, l'impiego di un *software* potrebbe paradossalmente consentire al giudice di scegliere in condizioni migliori²⁵.

In questa prospettiva la Corte Suprema del Wisconsin, nel notissimo caso *State c. Loomis*²⁶, ha ritenuto che l'impiego di tale sistema non pregiudici-

²¹ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge-London 2015, spec. p. 102 ss.

²² T. CALDERS, I. ŽILIOBAITĖ, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Springer 2013, p. 43 ss. Sui rischi di discriminazioni derivanti dall'impiego di algoritmi cfr., anche A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo"*, cit., p. 16 ss.

²³ *Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions*. COMPAS è un *software* che valuta il rischio di recidivismo attraverso un'analisi statistica basata su informazioni ottenute dall'imputato attraverso un'intervista e sui dati giudiziari relativi all'imputato, valutati sulla base di dati statistici relativi a campioni di popolazione. Il *software* è commercializzato da Northpointe inc. che ne detiene i diritti e le licenze commerciali.

²⁴ Cfr. al riguardo A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale; intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 1, p. 71 ss.; S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, cit., p. 142 ss.

²⁵ Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 56 ss., spec. p. 67.

²⁶ 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) su cui cfr., tra gli altri, C. PIOVESAN, V. NTIRI, *Adjudication by algorithm: The risks and benefits of artificial intelligence in judicial decision-making*, in

chi il diritto del convenuto a un giusto processo. In primo luogo, ha osservato la Corte del Wisconsin, nonostante che i criteri impiegati dall'algoritmo siano tenuti segreti dall'impresa che ne ha i diritti di sfruttamento, l'imputato potrebbe, alla luce del manuale d'uso dello strumento, confrontare i dati presi in considerazione (gli input) e le valutazioni di rischio offerte (gli output), e confutare se del caso l'attendibilità del sistema²⁷. In secondo luogo, la Corte ha stabilito che la valutazione del rischio non può dipendere esclusivamente dal risultato offerto da COMPAS, che deve rimanere soltanto uno degli elementi presi in considerazione dal giudice per fondare la propria conclusione²⁸. La Corte ha evidenziato, in altri termini, che le valutazioni del programma possono essere impiegate come elemento di convinzione soltanto insieme ad altre prove e, pertanto, non possono rappresentare l'elemento esclusivo o determinante del giudizio²⁹. La Corte Suprema ha rigettato il *writ of certiorari* presentato avverso tale decisione, che è così divenuta definitiva.

L'organizzazione non governativa ProPublica ha però effettuato verifiche, dalle quali è emerso che il sistema produce effetti discriminatori, perché tende ad attribuire un rischio di recidiva maggiore a determinate persone in relazione al colore della pelle ed all'ambiente sociale di riferimento, fornendo in molti casi inaccettabili indicazioni che conducono a scelte «razziste»³⁰.

Il rischio di errori o discriminazioni algoritmiche non può essere sottovalutato. In effetti, i sistemi di IA possono essere fuorviati da due ordini di fattori. In primo luogo, il buon funzionamento del sistema può essere compromesso da problemi di «apprendimento», ovvero dalla gestione non corretta dei dati presi in considerazione nella fase in cui il *software* elabora i propri modelli decisori (i cosiddetti *training data*). Se questi dati non sono stati raccolti correttamente oppure contengono errori, l'attendibilità dei risultati

https://marcomm.mccarthy.ca/pubs/Spring-2018-Journal_Piovesan-and-Ntiri-article.pdf, ed ivi richiami ulteriori richiami alla dottrina d'oltre Manica che si è occupata della vicenda.

²⁷ *Loomis*, 881 N.W.2d, 749 (Wis 2016) par. 53-54.

²⁸ *Loomis*, 881 N.W.2d, par. 99.

²⁹ Come evidenziato nella decisione (*Loomis*, 881 N.W.2d, par. 99), «a COMPAS risk assessment is only one of many factors that may be considered and weighed at sentencing».

³⁰ Cfr. al riguardo J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, J. ANGIN, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, in <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>, da ultimo J. DRESSEL, H. FARID, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Science Advances*, 17 gennaio 2018. Molto conosciuta è anche la vicenda del sistema di riconoscimento facciale di Google che, in passato, ha erroneamente identificato persone di colore come gorilla: cfr. A. BARR, *Google Mistakenly Tags Black People as 'Gorillas'*, *Showing Limits of Algorithms*, in *Wall Street Journal*, 1 luglio 2015.

successivamente offerti dal sistema ne risulta inevitabilmente compromessa³¹. Un secondo fattore che può incidere sull'attendibilità dei risultati offerti dal *software* può dipendere da una «discriminazione statistica», ovvero dall'esistenza di condizionamenti determinati da rilevazioni statistiche precedentemente effettuate. Un esempio spesso citato è quello di una compagnia di assicurazioni che stabilisce i premi per le polizze auto sulla base delle valutazioni di rischio effettuate da un *software*. Se, in ipotesi, indipendentemente dai fattori presi in considerazione dal sistema, risulta che il grado di rischio è superiore per gli uomini rispetto alle donne, questo dato può rappresentare un elemento di discriminazione per il singolo assicurato di genere maschile in sede di determinazione del premio.

Si potrebbe osservare che la discriminazione dovuta a rilevazioni di natura statistica è frequente anche quando non vengono impiegati sistemi di IA, perché spesso chi è chiamato a prendere una decisione, in assenza di dati su un determinato aspetto, sostituisce l'informazione mancante con altre disponibili, come ad esempio il rendimento medio dei soggetti che rientrano nella categoria (tipo di educazione, sesso, razza, paese di origine ecc.) del soggetto che aspira al posto di lavoro³². Un rilievo del genere non appare tuttavia sufficiente a giustificare l'impiego di sistemi di IA che potenzialmente possano produrre effetti discriminatori, anche perché quando vengono impiegati sistemi di IA il rischio di discriminazioni di questo tipo è ancora maggiore³³.

4. Nonostante i rischi sopra evidenziati, i sistemi di IA trovano sempre più diffusa applicazione. Come garantire quindi la tutela dei diritti a fronte di decisioni che si fondano su valutazioni derivanti dall'impiego di algoritmi?

³¹ Un esempio spesso citato è quello di una banca che utilizza, per valutare il rischio di credito in sede di erogazione di un mutuo, un sistema di IA che attribuisce una valutazione migliore alle persone di una determinata categoria perché i dati su cui è stato testato l'algoritmo riguardavano principalmente quella categoria: cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., p. 101 ss.; per numerosi altri esempi di discriminazioni derivanti da incompletezza o errori nei dati presi in considerazione nella fase di «apprendimento» ovvero da discriminazioni correlate alle rilevazioni statistiche dell'algoritmo cfr. P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Market L. Rev.*, 2018, p. 1146 ss.

³² In argomento cfr. T. CADERS, I. ŽIOBAITĖ, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, cit., p. 52.

³³ Cfr. P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, cit., p. 1148 ss.

Il problema è stato sottoposto al giudice amministrativo, chiamato a valutare la legittimità di una procedura di assunzioni gestita da un sistema informatico per mezzo di un algoritmo³⁴. Nel caso di specie venivano contestati l'irrazionalità dell'assegnazione delle sedi di servizio per i candidati utilmente posti in graduatoria, perché effettuata senza tenere conto delle preferenze indicate dai soggetti interessati, il difetto di motivazione dei provvedimenti finali e la mancanza di trasparenza della procedura. Si tratta di uno dei tanti esempi di impiego delle nuove tecnologie informatiche al campo dell'amministrazione, la cui importanza e diffusività erano state segnalate già molti anni fa da Vittorio Frosini³⁵.

Il Consiglio di Stato³⁶, ribaltando l'impostazione seguita dal giudice di prime cure, ha sottolineato gli indiscutibili vantaggi in termini di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'amministrazione quando vengano impiegati algoritmi che in via informatica sono in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande. Sistemi del genere consentono infatti all'amministrazione di realizzare i propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale, in applicazione del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). Ciò non significa però che l'impiego di procedure automatizzate possa giustificare l'elusione dei principi che regolano l'attività amministrativa. L'algoritmo è infatti una regola costruita dall'uomo per disciplinare le operazioni di calcolo effettuate dal *software*. Conseguentemente, spetta all'amministrazione l'obbligo di garantire il rispetto dei principi del

³⁴ Per una riflessione sui problemi derivanti dall'impiego di sistemi di IA nel procedimento amministrativo cfr. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi*, 2018, n. 21; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit.; M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi*, 2019, n. 16, su cui cfr. I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 4, p. 86 ss..

³⁵ Cfr. V. FROSINI, *L'informatica e la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 484: «bisogna riconoscere che anche nel settore della pubblica amministrazione è in corso un processo profondo di trasformazione e che il calcolatore elettronico rappresenta una nuova figura di pubblico funzionario, ovviamente in senso metaforico».

³⁶ Sezione VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270. Il principio secondo cui «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa» è stato successivamente ribadito dal Consiglio di Stato in alcune decisioni che confermano, anche attraverso il rinvio a richiami testuali, quanto già sancito nella sentenza n. 2270 del 2019 (cfr. Cons. St., Sez. VI, sentt. 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474).

procedimento amministrativo (pubblicità, trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità ecc.); per gli atti che richiedono l'esercizio di discrezionalità amministrativa, inoltre, deve essere l'amministrazione a compiere, *ex ante*, la necessaria attività di mediazione e composizione di interessi, «anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di *deep learning*)»³⁷. Il programma dovrà inoltre permettere al giudice «di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti»³⁸. Così inquadrato, l'algoritmo deve essere considerato a tutti gli effetti come un «atto amministrativo informatico»³⁹, cui sono applicabili le norme che regolano gli atti e i procedimenti amministrativi⁴⁰.

Da tale premessa discendono importanti corollari. Il primo riguarda la «conoscibilità dell'algoritmo», che deve essere garantita «in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti»⁴¹. Di qui l'esigenza, giustamente segnalata in dottrina, di una progressiva riduzione

³⁷ Il TAR Lazio, Sez. III bis, nella sent. n. 3769 del 2017 cit., aveva invece ammesso l'impiego dell'algoritmo soltanto perché, nel caso esaminato, il *software* era stato impiegato al fine di adottare un atto amministrativo vincolato. In dottrina è invece frequente il rilievo che l'atto amministrativo ad elaborazione elettronica debba essere confinato alla categoria degli atti amministrativi vincolati: in argomento cfr. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., 23 ss., secondo il quale (p. 28), peraltro, la natura discrezionale del potere di valutazione non costituisce ostacolo all'automazione, posto che nel potere di autolimitazione pacificamente riconosciuto alla P.A. rientra anche la possibilità di «prevedere criteri generali di valutazione che vengano a “ridurre” il tasso di discrezionalità fino ad un livello compatibile con l'automazione».

³⁸ Cons. St., Sezione VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270, cit., 8.2 del considerato in diritto.

³⁹ Sulla definizione di atto amministrativo informatico cfr. A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, p. 221; G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione della robotica*, Milano 2008, p. 74.

⁴⁰ Sull'esigenza di estendere al procedimento informatico anche il diritto di partecipazione previsto dalla l. n. 241 del 1990 cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli 1993, p. 65; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Bologna 1993, p. 116 ss. In argomento cfr. più di recente L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., p. 14 ss.

⁴¹ In argomento cfr. già TAR Lazio, Sez. III-bis, sent. 22 marzo 2017, n. 3769, che ha riconosciuto il diritto di accesso anche con riferimento al c.d. «codice sorgente» del programma utilizzato nel procedimento amministrativo. Sulla decisione cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 74 ss.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, 2018, n. 2.

dell'impiego da parte dell'amministrazione di *software* cui si applica la disciplina sui diritti di proprietà intellettuale a vantaggio dei c.d. open data⁴². Il secondo corollario riguarda la sindacabilità dell'algoritmo da parte del giudice amministrativo, al fine di poter valutare la correttezza del processo informatico e la logicità e la ragionevolezza della «regola» che governa l'algoritmo⁴³.

Una soluzione analoga è stata del resto adottata anche in altri ordinamenti. In Francia, ad esempio, il legislatore permette decisioni amministrative automatizzate, ma impone all'amministrazione di comunicare agli interessati le regole sottese all'algoritmo e le sue principali caratteristiche, aggiungendo che la «decisione algoritmica» deve poter essere oggetto di un ricorso amministrativo la cui decisione non può essere affidata ad un *software*⁴⁴.

5. L'esigenza di trasparenza per le decisioni algoritmiche vale, ovviamente, anche al di fuori del procedimento amministrativo. La correttezza del processo decisionale informatico, infatti, deve essere garantita in tutti i settori nei quali vengono effettuate scelte che possano incidere sui diritti delle persone.

Laddove non sono operanti i principi del procedimento amministrativo, per assicurare la trasparenza e la correttezza delle decisioni assunti attraverso l'impiego di sistemi di IA possono essere invocate le disposizioni del regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)⁴⁵. I principi generali

⁴² Cfr. al riguardo D. MARONGIU, *I dati aperti come strumento di partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CIVITARRESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze 2016, p. 77 ss.; M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per decisioni*, in S. CIVITARRESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, cit., p. 168.

⁴³ Sui problemi processuali derivanti dall'adozione di atti amministrativi informatici, ed in particolare sulla eventuale possibilità di impugnare il *software* in via autonoma oppure soltanto unitamente all'atto finale cfr. ad esempio A. G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2002, p. 2256 ss.; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, 2003. Sui problemi derivanti dal fatto che il titolare della funzione pubblica non coincide con l'informatico-programmatore che predispone materialmente il *software* cfr. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit. p. 10 ss.

⁴⁴ Cfr. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in A. NUZZO, G. OLIVIERI (a cura di), *Algoritmi. Se li conosci li regoli...*, cit., p. 116 ss.

⁴⁵ Regolamento (UE) n. 2016/679. Sull'applicazione del GDPR nei sistemi di intelligenza artificiale cfr. il Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione degli individui con riguardo al trattamento dei dati personali (convenzione 108), Strasburgo, 25 gennaio 2019, T-PD(2018)09Rev. In dottrina cfr. i contributi

cui deve conformarsi ogni forma di trattamento dei dati personali sanciti dall'art. 5 del GDPR, infatti, si applicano evidentemente anche al trattamento dei dati effettuato nell'ambito di sistemi di IA. Inoltre, l'art. 15 del GDPR, nel riconoscere in termini generali il diritto di accesso ai dati personali, stabilisce che l'interessato ha diritto di conoscere l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, e, in tal caso, di ricevere «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»⁴⁶. In dottrina è stato sostenuto che, in forza di tale disposizione, il titolare del trattamento deve fornire indicazioni anche sull'esistenza di possibili cause di discriminazione inerenti all'algoritmo utilizzato⁴⁷.

L'art. 57 del GDPR affida inoltre alle autorità nazionali di controllo incisivi poteri di indagine, di controllo e di repressione, e l'art. 83 prevede la possibilità di infliggere consistenti sanzioni amministrative pecuniarie in caso di violazione della disciplina dettata dal GDPR. Gli artt. 35 e ss. del GDPR richiedono poi un apposito procedimento di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ogni volta in cui un determinato tipo di trattamento, specie se prevede l'uso di nuove tecnologie, possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone⁴⁸.

Infine, l'art. 22 GDPR permette all'interessato di opporsi a decisioni che producano effetti significativi nella sua sfera giuridica e che siano basate «unicamente» su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione: si tratta delle decisioni nelle quali «non vi è alcun coinvolgimento umano nel processo decisionale», inteso come coinvolgimento significativo che non costituisca un gesto meramente simbolico⁴⁹. La disposizione

raccolti in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino 2018.

⁴⁶ Sul rapporto tra GDPR e tecniche di profilazione cfr. F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., p. 30 ss.

⁴⁷ Cfr. Cfr. P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence*, cit., p. 1174.

⁴⁸ Si veda al riguardo anche il considerando n. 71 del GDPR, secondo cui, nel caso sia previsto ed autorizzato un trattamento automatizzato, «tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione».

⁴⁹ Cfr. Comitato europeo per la protezione dei dati, le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e modificate il 6 febbraio 2018, 23. Il Comitato europeo per la protezione dei dati è l'organismo che, con l'entrata in vigore del GDPR, ha

prevede una serie rilevante di eccezioni, relative alle ipotesi in cui il trattamento automatizzato dei dati sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto, sia autorizzato dal diritto dell'Unione o di uno Stato membro o si basi sul consenso esplicito dell'interessato⁵⁰. In ogni caso la disposizione, al comma 3, impone al titolare del trattamento, quando in cui vengono adottati procedimenti decisionali automatizzati compresa la profilazione, l'obbligo di adottare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato»⁵¹. Le disposizioni sopra richiamate potranno quindi essere invocate da chi abbia interesse a verificare la

sostituito il Gruppo di lavoro articolo 29 (Working Party Article 29 o WP29, appunto perché previsto dall'art. 29 della direttiva europea 95/46), ed è il gruppo di lavoro comune delle autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati. La disposizione non chiarisce tuttavia quale sia l'ambito di intervento umano che giustifica l'adozione di decisioni automatizzate. In dottrina si è pertanto sviluppato un dibattito relativo all'interpretazione dell'avverbio «unicamente», utilizzato per delimitare l'ambito dei trattamenti automatizzati vietati dal GDPR: secondo alcuni la disposizione sottrarrebbe al divieto tutte le decisioni in cui sia riscontrabile anche un minimo intervento umano, mentre secondo altri l'intervento umano dovrebbe essere significativo per giustificare l'esonero previsto dalla norma. Al riguardo cfr. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1224 ss.

⁵⁰ Per una critica alla formulazione dell'art. 22 GDPR, sul rilievo che il carattere eccessivamente ampio delle eccezioni ivi previste finisce da rendere marginale l'applicazione della regola ivi prevista cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale; intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 80. Il GDPR esclude espressamente dal proprio ambito di applicabilità il trattamento di dati ai fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Al riguardo rileva invece la direttiva (UE) 680/2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Il d.lgs. n. 51 del 2018, che ha recepito tale direttiva, vieta all'art. 8 «le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato», con la sola eccezione che le stesse siano autorizzate dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. In questo caso, esse devono prevedere garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e assicurare comunque il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento.

⁵¹ Sempre nel considerare n. 71 del GDPR si chiarisce che, in materia di profilazione, «è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi dei diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle

correttezza del procedimento seguito dal sistema di IA. La necessità di garantire la trasparenza del processo decisionale algoritmico, del resto, è stata di recente sottolineata anche nelle linee guida sull'utilizzo dell'IA pubblicate dalla Commissione europea⁵².

Si pone a questo punto l'interrogativo relativo alla possibilità di poter garantire la trasparenza dei sistemi di IA, ovvero la possibilità di conoscere il percorso seguito dal *software* per adottare la decisione automatizzata. Le caratteristiche «strutturali» dei sistemi di IA, quando gli stessi sono disegnati in modo da poter operare con un certo grado di autonomia, parrebbero impedire o quantomeno rendere più difficile il soddisfacimento di quei requisiti di trasparenza richiesti dalla legge sul procedimento amministrativo e dalla disciplina del GDPR. I sistemi di IA, infatti, sono basati su meccanismi di apprendimento automatico (*machine learning*), che consentono al sistema di imparare in modo autonomo a svolgere una determinata azione anche se questa non era stata inizialmente programmata tra le scelte possibili. Sistemi del genere, considerati come una «scatola nera» (*black box*), rendono difficile poter ottenere informazioni sui criteri in base ai quali opera l'algoritmo.

Per superare questo problema non è certo sufficiente osservare che la definizione di *black box* potrebbe essere applicata anche per certe decisioni umane, che spesso vengono adottate sulla base di emozioni o impulsi o comunque senza seguire una logica riconoscibile. Neppure il rilievo che le persino le decisioni giudiziali sono non raramente influenzate «dalle sensazioni, dai sentimenti, dalle intuizioni»⁵³, del resto, può giustificare l'ammissibilità di decisioni algoritmiche che incidono sulla sfera giuridica di un soggetto senza che questo possa sindacare la correttezza del processo informatico. La vicenda relativa al caso *Loomis*, tuttavia, sembra confermare la concreta possibilità di un controllo sui sistemi di IA per valutarne l'attendibilità. L'ONG ProPublica, infatti, è riuscita a dimostrare che il sistema COMPAS produce effetti discriminatori. In effetti, anche a voler riconoscere la difficoltà di ottenere chiare indicazioni sulla «logica» impiegata dai sistemi di IA per assumere determinate decisioni, appare in linea, almeno teorica, possibile sottoporre il funzionamento di un siffatto sistema ad un controllo per così dire «contro-fattuale». Così, ad esempio, per valutare se l'impiego di un

convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

⁵² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica», COM(2019) 168 final.

⁵³ Cfr. G. LEGNINI, *Introduzione*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 12.

sistema algoritmico di selezione del personale conduce a discriminazioni di genere, si potrebbe semplicemente testare il comportamento del sistema quando due candidati di sesso diverso presentano curricula identici. Se all'esito della prova il sistema dovesse scegliere uno dei due candidati, saremmo in presenza di un indice di non attendibilità dello stesso.

In questa prospettiva dovrebbero essere introdotti sistemi di certificazione e di controllo sull'affidabilità dei sistemi di IA⁵⁴. I sistemi che evidenziassero errori o discriminazioni non potrebbero ovviamente essere suscettibili di impiego.

6. Una volta ammessa la possibilità di valutare l'attendibilità di un sistema di IA, quali sono gli ostacoli di natura giuridica che ne potrebbero impedire l'applicazione nel campo giudiziale? Da tempo sono in fase di studio e di perfezionamento software definiti come «predittivi», perché perseguono l'obiettivo di stabilire le probabilità di successo o di insuccesso di un determinato caso sottoposto ad un giudice.

Nel 2016 è stato sviluppato presso l'*University college of London* un algoritmo in grado offrire previsioni fortemente attendibili sul possibile esito di controversie dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'algoritmo, prendendo in esame la giurisprudenza della Corte (584 decisioni), si è rivelato idoneo a valutare la violazione o meno degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione in nuovi casi concreti posti all'attenzione della Corte, con un margine di successo fino al 79%⁵⁵. La macchina funziona non attraverso la simulazione di un ragionamento giuridico, ma sulla base un trattamento statistico dei dati raccolti. L'esistenza di un tasso di errore attorno al 20% non rappresenta un elemento decisivo per escludere l'attendibilità complessiva del sistema. Anche nel campo della giurisdizione, infatti, esiste un fisiologico tasso di sentenze riformate in appello o in cassazione.

⁵⁴ Cfr. Al riguardo le proposte contenute nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, spec. pagg. 23 ss., dove si propone di affidare ad apposite autorità il compito di verificare l'affidabilità dei sistemi di IA, la sicurezza degli stessi nonché l'idoneità a garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

⁵⁵ Cfr. N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOȚIUC-PIETRO, V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *Peer J. Computer Science* (<https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>). In argomento cfr. M. MEDVEDEVA, M. VOLS, M. WIELING, *Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*, in *Artificial Intelligence Law*, 2019, i quali hanno dimostrato la possibilità, attraverso tecniche di analisi del linguaggio, di predire l'esito di casi dinanzi alla Corte EDU con un'accuratezza di circa il 75%.

La sostituzione del giudice con sistemi di IA non può tuttavia essere ammessa, perché contraria ai nostri principi costituzionali⁵⁶. L'art. 102 Cost., infatti, affida l'esercizio della funzione giurisdizionale a magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. L'art. 111, secondo comma, Cost., impone che ogni processo si svolga davanti a un giudice terzo e imparziale. L'art. 101, comma 1, Cost., nel disporre che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, esclude che il giudice possa essere vincolato dall'esito di procedure algoritmiche che pongono l'operatore del diritto di fronte a pericolosi automatismi applicativi. Lo stesso art. 25 Cost., nel garantire il diritto al «giudice naturale precostituito per legge», fa evidentemente riferimento ad un giudice-persona. Tali disposizioni escludono chiaramente la possibilità che un sistema di intelligenza artificiale possa sostituirsi al giudice. La sostituzione del giudice con meccanismi automatizzati di soluzione delle controversie, inoltre, comprimerebbe il diritto di difesa delle parti⁵⁷. La garanzia del diritto di ogni cittadino ad un giudice indipendente e imparziale è del resto ribadita anche dalla CEDU (art. 6, comma 1) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per escludere la possibilità di introdurre giudici-robot è stato inoltre osservato che, almeno al momento, non è possibile ricondurre agli schemi astratti della computazione algoritmica la straordinaria varietà dei fatti che il diritto è chiamato a considerare⁵⁸. Il giudice, nella soluzione delle controversie, non si limita ad un semplice sillogismo ma è chiamato a compiere una serie di valutazioni che spesso richiedono scelte complesse e non predeterminabili a priori: quali tra i fatti ad esso sottoposti sono quelli rilevanti ai fini della soluzione del caso? Quando si può ritenere raggiunta una sufficiente prova dei fatti dedotti in causa? Quale tra le molteplici concorrenti fonti del diritto (nazionale e sovranazionale) è applicabile al caso concreto? Quale è la corretta interpretazione che occorre dare alla disposizione rilevante? Difficile soltanto immaginare che tali valutazioni possano essere sostituite dal ricorso ad un sistema automatico di giustizia predittiva. Inoltre, non appare possibile sostituire con un algoritmo la motivazione giudiziale della decisione, che sostanzia il cuore delle garanzie costituzionali del processo e della stessa imparzialità dell'organo giudicante.

⁵⁶ Cfr. al riguardo le acute osservazioni di Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., spec. p. 85 ss.

⁵⁷ Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., p. 89 ss., il quale osserva che un processo robotico imporrebbe una radicale trasformazione (e verosimilmente una compressione) dell'esercizio del diritto di difesa, imponendo nuove tecniche nella redazione dei ricorsi, nella articolazione dell'istruttoria, nelle argomentazioni dei difensori ecc.

⁵⁸ Cfr. A. D'ALOIA, *Il diritto verso il "mondo nuovo". Le sfide dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 18.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimi, in varie circostanze, automatismi decisionali previsti dal legislatore. Così, ad esempio, nella recente sentenza n. 194 del 2018, la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma del d.lg. n. 23/2015 che, in attuazione della legge delega n. 183/2014 (cosiddetto *Jobs Act*), aveva determinato in maniera «forfetizzata e standardizzata» l'indennità spettante al lavoratore ingiustamente licenziato, privando così il giudice del potere/dovere di valutare, alla luce delle specificità del singolo caso concreto, la misura dell'indennità ragionevolmente spettante al lavoratore, tenendo conto non solo dell'anzianità di servizio, ma anche degli altri criteri «desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

In definitiva, l'impiego dell'IA al posto del giudice inciderebbe sulle garanzie costituzionali attinenti alla giurisdizione, quali l'effettività e la pienezza del diritto alla difesa delle parti, la qualità della decisione giurisdizionale, la capacità del giudice di far emergere la irriducibile peculiarità dei fatti e di calibrare su di essi la decisione, l'obbligo di motivazione.

7. Se i nostri principi costituzionali impediscono di affidare l'esercizio della funzione giurisdizionale a un robot, è invece possibile ipotizzare l'impiego dell'IA in funzione strumentale e di ausilio per il giudice?

In primo luogo, i moderni sistemi di IA potrebbero agevolare l'attività di ricerca dei precedenti. Essi potrebbero cioè fornire nuovi e più potenti motori di ricerca tali da permettere ai soggetti interessati di valutare se avviare o meno un processo, e al giudice di reperire in maniera più agevole il quadro dei precedenti utilizzabile ai fini della decisione⁵⁹. L'importanza del precedente ai fini dell'esercizio della funzione giurisdizionale, bene evidenziata in recenti contributi dottrinali⁶⁰, è stata valorizzata anche dal legislatore. Così, ad esempio, l'art. 374 c.p.c., come modificato dal d.lg. n. 40 del 2006, obbliga le sezioni semplici della Corte di Cassazione, quando non condividono un precedente delle Sezioni Unite, a rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Analoga previsione vale per il Consiglio di Stato⁶¹. Il nuovo art. 360 bis c.p.c., inoltre, ha introdotto

⁵⁹ Su questa tematica è d'obbligo il rinvio a A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit.

⁶⁰ Cfr. i contributi raccolti in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit.

⁶¹ L'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo stabilisce che «se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

il c.d. filtro di ammissibilità per i ricorsi in Cassazione. In base a questa disposizione, quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa, il ricorso è dichiarato inammissibile. L'impiego dei nuovi strumenti di IA potrebbe poi rivelarsi prezioso nell'applicazione del nuovo meccanismo di «filtro in appello», che impone al Collegio di dichiarare inammissibile l'impugnazione che non ha una «ragionevole probabilità» di essere accolta⁶².

Non è questa la sede per affrontare i problemi posti dalle disposizioni appena richiamate. È sufficiente evidenziare che l'impiego dei nuovi strumenti informatici potrebbe rivelarsi uno strumento prezioso sia per mettere rapidamente a disposizione dell'organo giudicante i precedenti conformi per l'eventuale rimessione della decisione alle Sezioni Unite, sia per realizzare in maniera più rapida ed efficiente l'attività di «spoglio» delle sentenze ai fini dell'applicazione del filtro di ammissibilità per i ricorsi in cassazione o in appello⁶³. Ovviamente, sulla base dei principi costituzionali precedentemente richiamati, in questi casi la decisione finale in ordine all'ammissibilità dell'appello sarebbe comunque demandata al giudice. Sotto questo profilo, l'impiego di strumenti di IA volti a fornire il quadro dei precedenti conformi potrebbe rivelarsi un utile strumento sia per l'avvocato, che deve suggerire al cliente se impugnare la sentenza sfavorevole, sia per lo stesso giudice.

I sistemi di IA potrebbero, inoltre, offrire un ausilio in ogni caso in cui si tratta di effettuare valutazioni tecniche volte alla determinazione di importi monetari nell'ambito di giudizi civili come, ad esempio, la determinazione dell'indennità dovuta in caso di licenziamento o l'importo dell'assegno divorzile⁶⁴ o, più in generale, in tutti gli ambiti in cui la valutazione si fonda su elementi numerici e su valutazioni tecnico-scientifiche, come ad esempio nel computo delle percentuali sull'invalidità civile⁶⁵. L'IA potrebbe fornire un valido supporto anche per ricostruire dati fattuali da utilizzare ai

⁶² Art. 348-bis c.p.c., introdotto dal d.l. n. 83 del 2012 convertito in l. n. 143 del 2012

⁶³ Cfr. in tal senso le osservazioni di G. LEGNINI, *Introduzione*, cit., p. 12 ss.; L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech": la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 150.

⁶⁴ Cfr. le indicazioni fornite nella Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, CEPEJ(2018)14, p. 32.

⁶⁵ Cfr. G. LEGNINI, *Introduzione*, cit., p. 11; per analoghe conclusioni cfr. M. R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica"?*, cit. p. 133; L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech": la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 149 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, *ivi*, p. 171.

fini della decisione⁶⁶, o per la predisposizione di bozze dei provvedimenti o per la trattazione di cause semplici, seriali, ripetitive, interamente documentali⁶⁷, nei limiti permessi dalla legislazione applicabile⁶⁸. L'impiego delle nuove tecnologie informatiche potrebbe inoltre, «se adeguatamente governata ed accompagnata da misure di carattere professionale e formativo, coadiuvare le politiche di miglioramento della efficienza della governance giudiziaria»⁶⁹. Non è quindi un caso che l'impiego di algoritmi nel campo giudiziario si vada diffondendo in altri paesi, in particolare gli USA e il Regno Unito⁷⁰. I sistemi di IA possono infine essere impiegati nelle procedure alternative di risoluzione delle controversie, tra cui ad esempio quelle che riguardano i cosiddetti *small-claims*, ovvero le questioni di valore economico così basso che difficilmente verrebbero fatti valere dinanzi a un giudice⁷¹. In casi del genere, sono proprio i principi costituzionali in materia di tutela dei diritti a suggerire la messa a disposizione di piattaforme *online* che, attraverso sistemi di IA, possano offrire forme di tutela non costose, rapide ed affidabili, alternative alla giurisdizione ma che non escludono il ricorso alla tutela giurisdizionale.

In dottrina è stato proposto di prevedere una fase preliminare all'avvio di un giudizio, basata sull'impiego di un sistema di IA, volto a stabilire il probabile esito dello stesso. Le parti dovrebbero decidere se accettare la decisione robotica ovvero procedere dinanzi all'autorità giudiziaria. In tale

⁶⁶ Nelle controversie in materia di protezione internazionale o immigrazione, ad esempio, potrebbe presentarsi la necessità di verificare le affermazioni del cittadino straniero, privo di documenti di riconoscimento, in ordine all'effettivo paese di origine. In casi del genere, un *software* che permettesse di stabilire, sulla base di una serie di domande e di dati statistici, l'attendibilità delle dichiarazioni fornite dall'interessato potrebbe rivelarsi utile per il giudice. Sulle possibilità di impiego dell'IA cfr. di recente J. NIEVA-FENOIL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 64 ss.; A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2019; D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, *ivi*, 3 luglio 2019.

⁶⁷ Cfr. M. R. COVELLI, *Dall'informazione della giustizia alla "decisione robotica"?*, cit., p. 133.

⁶⁸ In Italia, ad esempio, il codice di procedura penale esclude espressamente la possibilità di ricorrere a perizie, e quindi a maggior ragione a valutazioni automatizzate, volte a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche (art. 220, comma 2, c.p.p.).

⁶⁹ Cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 4, p. 153.

⁷⁰ Cfr. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti e Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019.

⁷¹ Cfr. le indicazioni fornite al riguardo nella Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, CEPEJ (2018)14, p. 32 ss.

secondo caso, la parte rimasta soccombente per non avere seguito il «suggerimento» del sistema di IA dovrebbe essere condannata, secondo la proposta, al risarcimento dei danni per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.⁷². Una soluzione del genere non appare certamente condivisibile, perché limiterebbe la tutela dei diritti costituzionalmente garantita. Ciò non esclude però che i sistemi di IA, riconosciuti come attendibili, possano essere utilmente impiegati dai cittadini e dagli operatori del diritto.

Parte della dottrina sembra tuttavia ancora oggi fortemente scettica sulla possibilità di consentire al giudice l'utilizzo di strumenti di IA, soprattutto se di natura predittiva, a supporto delle proprie decisioni. Il problema, è stato osservato, riguarda la «travolgente forza pratica dell'algoritmo», che finirebbe per indurre il giudice a seguire la scelta suggerita dal computer, finendo così per condizionarne la motivazione. Una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, è stato osservato, «il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa», anche in considerazione della «forza pratica» di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di «qualificare» la propria decisione con il crisma della «scientificità» ovvero «neutralità» che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata – autorità⁷³.

Considerazioni del genere bene evidenziano il timore che il sistema, benché correttamente programmato, possa indurre l'utilizzatore a una gestione «automatizzata» delle affermazioni cristallizzate dal sistema algoritmico: il rischio è che il dato offerto dalla strumentazione «intelligente» non abbia più un valore indicativo o persuasivo, ma quasi prescrittivo, facendo sì che l'operatore applichi la soluzione offerta dalla macchina senza esaminarla alla luce della particolarità del caso concreto. In altre parole, se il giudice, nel decidere, finisce per adagiarsi acriticamente sulle proposte dell'algoritmo, la riproduzione meccanica di decisioni rischierebbe di condurre a una pericolosa cristallizzazione della giurisprudenza a scapito della sua evoluzione. Rischi del genere vanno decisamente evitati. L'autonoma valutazione del giudice, cui compete in via esclusiva l'interpretazione del diritto applicabile e

⁷² Cfr. M. MAUGERI, *I robot e la possibile "prognosi" delle decisioni giudiziali*, in A. CARLEO (a cura di), *La decisione robotica*, cit. p. 162 ss.

⁷³ Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale; intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 81. Cfr. altresì C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 4, p. 194, secondo cui l'impiego di strumenti predittivi potrebbe avere ripercussioni sull'imparzialità del magistrato, stante la verosimile riluttanza dei giudici a farsi carico dell'onere di decidere contro la previsione di un algoritmo.

la valutazione della peculiarità della fattispecie oggetto del giudizio, è senz'altro un valore irrinunciabile. È quindi fondamentale che, come ha stabilito la Corte Suprema del Wisconsin nel caso *Loomis*, il giudice mantenga piena autonomia di giudizio e che non basi la propria decisione esclusivamente sulle indicazioni provenienti dal computer.

8. In Europa sta emergendo una diffusa consapevolezza circa l'utilità dell'impiego delle nuove tecnologie informatiche a servizio della giustizia. Nel dibattito di oggi non si discute tanto sul se impiegare sistemi di IA in questo campo, ma su come garantire un utilizzo di questi sistemi rispettoso dei diritti fondamentali⁷⁴.

Il Consiglio europeo, nelle conclusioni dell'11 febbraio 2019 sul piano coordinato per lo sviluppo e l'uso dell'IA elaborato dalla Commissione⁷⁵, ha sottolineato la necessità di garantire uno sviluppo e un impiego dei nuovi sistemi di IA nel rispetto dei valori dell'Unione e dei diritti dell'uomo. L'8 aprile 2019, il gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'IA istituito dalla Commissione europea, ha pubblicato linee guida volte ad indicare le condizioni in presenza delle quali un sistema di IA può considerarsi affidabile⁷⁶. Recentemente la Commissione europea ha pubblicato il Libro bianco dell'IA⁷⁷ che evidenzia le grandi opportunità legate all'impiego della nuova tecnologia, e quindi l'opportunità di favorire investimenti in questo settore, ma anche i rischi che essa comporta per i diritti fondamentali, con conseguente necessità di un nuovo quadro regolamentare volto a garantire uno sviluppo dei sistemi di IA tale da garantire i diritti della persona.

Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa si è da tempo diffusa la consapevolezza che la fiducia nello sviluppo, nella distribuzione e nell'utilizzo di tali sistemi non dipende soltanto dalle proprietà e dai risultati delle tecnologie impiegate, ma anche dalla capacità di garantirne un impiego nel rispetto dei fondamentali principi etici e giuridici. In questa prospettiva, il Committee of Experts on Internet Intermediaries del Consiglio d'Europa ha pubblicato, nel marzo 2018, lo studio *Algorithms and Human Rights* nel marzo 2018. In considerazione della «crescente importanza dell'IA nella

⁷⁴ Cfr. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., p. 12.

⁷⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Coordinated Plan on Artificial Intelligence* (COM(2018) 795 final), 7th December 2018, reperibile su <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coordinated-plan-artificial-intelligence>.

⁷⁶ Secondo le linee guida, tre sono i presupposti la cui sussistenza permette di considerare affidabile un sistema di IA: legalità, eticità e robustezza.

⁷⁷ *White paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.

moderna società» e dei «benefici attesi una volta che le sue potenzialità verranno impiegate anche a servizio dell'efficienza e della qualità della giustizia», pochi mesi dopo la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ), istituita dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ha adottato la Carta etica europea per l'uso dell'IA nei sistemi giudiziari⁷⁸.

La Carta etica elaborata dalla CEPEJ assume un particolare rilievo ai fini della tematica in esame, trattandosi del primo documento volto a stabilire criteri volti ad orientare le modalità di sviluppo e di impiego di sistemi di IA a supporto delle decisioni giudiziali. La Carta etica detta alcune fondamentali linee guida per «i soggetti pubblici e privati responsabili del progetto e utilizzo degli strumenti e dei servizi di IA». L'idea di fondo che emerge dalla Carta etica è che l'IA, se utilizzata come strumento non di sostituzione, ma di ausilio del giudice, possa, in determinate circostanze, favorire la prevedibilità nell'applicazione della legge e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali⁷⁹. Si tratta del primo strumento in Europa che individua i principi fondamentali cui dovrebbe attenersi l'impiego dell'IA nei sistemi giudiziari: rispetto dei diritti fondamentali, non discriminazione, qualità e sicurezza del sistema, trasparenza, controllo da parte degli utilizzatori. L'osservanza di tali principi deve essere assicurata sin dalla fase di progettazione e di apprendimento del sistema, secondo un approccio *ethical-by-design* o *human-rights-by-design*. Il rispetto di tali principi andrebbe assicurato da un'autorità indipendente, con compiti di certificazione e di controllo.

La Carta contiene, in appendice, uno studio su alcune applicazioni di IA in via di sperimentazione in alcuni Stati europei, una raccomandazione sull'uso di tali applicazioni, un glossario e una checklist di autovalutazione, volta a permettere una verifica sul livello di adesione ai principi enunciati dalla carta etica.

La Carta etica, nonostante abbia carattere non vincolante, è chiamata a svolgere un ruolo di orientamento e di guida per assicurare che i sistemi di IA, dalla fase della progettazione a quella dell'applicazione pratica, garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali e della disciplina sulla tutela dei dati personali.

Il legislatore sarà presto chiamato a convertire i principi sanciti dalla Carta etica in una disciplina vincolante. Potrebbe essere questa l'occasione

⁷⁸ *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adottata dalla CEPEJ nella 31ma assemblea generale (Strasburgo, 3-4 Dicembre 2018, CEPEJ(2018)14).

⁷⁹ Riserve sono state invece formulate in ordine all'utilizzabilità dei sistemi di IA nel processo penale.

per introdurre misure volte a garantire l'affidabilità dei nuovi sistemi di IA⁸⁰.

Sotto questo profilo, ad esempio, si può pensare a forme di certificazione volte ad attestare la conformità di un sistema di IA rispetto a determinati requisiti, volti a garantire il rispetto dei diritti fondamentali. La vigente disciplina impone oggi la certificazione dei più disparati prodotti, dal settore alimentare a quello tecnologico, al fine di garantire gli utenti contro i più diversi rischi associati all'uso dei prodotti messi in commercio. Si potrebbe quindi ipotizzare una certificazione anche per i *software* basati su sistemi di IA, soprattutto per quelli destinati ad essere utilizzati in settori «sensibili» tra cui, evidentemente, anche quello della giustizia.

La circostanza che i sistemi di IA possano essere considerati come una sorta di *black box*, come si è osservato sopra⁸¹, non esclude infatti la possibilità di assoggettarli a controlli di tipo «contro-fattuale», volti ad attestare la loro attendibilità. Appare quindi possibile e auspicabile affidare ad apposite autorità pubbliche compiti di certificazione e di controllo sul concreto funzionamento dei sistemi di IA, per verificare l'attendibilità degli stessi e la legittimità del loro impiego in determinati settori.

9. L'impiego dell'IA a servizio della giustizia, nei limiti consentiti dal nostro modello costituzionale e nel rispetto dei principi etici che rilevano in materia, è possibile e auspicabile. Condizione indispensabile per lo sviluppo delle nuove applicazioni informatiche a servizio del sistema giustizia è tuttavia la disponibilità di dati. I dati sono ormai una risorsa indispensabile per tutte le nuove applicazioni a servizio della nostra società, tanto da essere considerati come il «petrolio» del nostro secolo. Maggiore è la quantità e la qualità dei dati disponibili, maggiore è la possibilità di sviluppare sistemi di IA sempre più precisi e affidabili.

Il processo telematico nel campo civile e amministrativo è una realtà ben sperimentata nel nostro Paese. La digitalizzazione nel campo della giustizia non può, tuttavia, dirsi ancora completa e priva di problemi. Il processo penale telematico è in fase ancora sperimentale. Manca ancora oggi un archivio completo delle sentenze dei giudici di merito accessibile a tutti gli

⁸⁰ Sull'esigenza di una regolazione in materia di algoritmi cfr. J. TURNER, *Robot Rules*, cit., p. 207 ss. Cfr. inoltre A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in A. NUZZO, G. OLIVIERI (a cura di), *Algoritmi. Se li conosci, li regoli ...*, in *Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2019, n. 1, p. 47 ss.

⁸¹ Cfr. par. 5.

interessati. Ancora oggi sussistono problemi con riguardo alla conservazione dei documenti digitali nel settore della giustizia⁸². La creazione di una raccolta dei provvedimenti giudiziari in formato digitale, accessibile a tutti gli interessati, dovrà garantire il rispetto dei principi sanciti dal GDPR. In questa prospettiva potrebbe rendersi necessario un intervento volto ad assicurare la pseudonimizzazione o la cifratura dei dati personali, al fine di tutelare il diritto delle persone alla propria riservatezza ed al controllo sui dati personali ed evitare il rischio di profilazione degli organi giudicanti⁸³.

Occorre dunque lavorare su un duplice fronte. Il primo è la creazione di una banca dati, completa e affidabile, delle decisioni giudiziarie. Il secondo è garantire che l'impiego dei sistemi di IA non leda i principi costituzionali e i diritti della persona.

Sotto questo profilo, la sostituzione del giudice con sistemi automatici di giustizia predittiva non è certamente possibile. Per quanto possa evolvere il progresso tecnologico, rimane fermo il principio secondo cui ogni citta-

⁸² Il processo di conservazione e fruibilità dei documenti in modalità digitale è oggi disciplinato dal d.lgs. n. 82/2005 «Codice dell'Amministrazione Digitale» (artt. 43 e 44), dal d.P.C.M. 22 febbraio 2013 (art. 8) e dal d.P.C.M. 13 novembre 2014 (artt. 11, 12 e 15), un *corpus* normativo che indica, introduce e regola il sistema di conservazione dei documenti informatici nei rapporti tra la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese. Sull'argomento v., in particolare, M. GUERCIO, *Conservare il digitale. Principi, metodi e procedure per la conservazione a lungo termine di documenti digitali*, Roma-Bari 2013. Con specifico riferimento alla conservazione dell'atto pubblico redatto dal notaio cfr. il d.lgs. n. 110 del 2010 e il d.P.C.M. 3 dicembre 2013. Peraltro, con specifico riferimento al sistema giudiziario, la normativa vigente in materia di processo telematico – dal d.p.r. n. 123 del 2001 al d.m. n. 44 del 2011, fino alla l. n. 228 del 2012 e al d.l. n. 90 del 2014 – non fornisce alcuna espressa indicazione in merito alla conservazione elettronica della documentazione ivi prodotta: eppure, essa stessa risulterebbe molto utile per provvedimenti (come le sentenze, ad esempio) la cui conservazione è necessariamente perpetua. A questo proposito, vi è chi ritiene che, ancorché non espressamente indicato, il vasto apparato normativo previsto dal CAD e dalle relative regole tecniche sulla conservazione elettronica potrebbe comunque ritenersi valida per ogni tipologia di conservazione documentale informatica e, dunque, anche al processo telematico (cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, G. RIEM, *Problematiche e soluzioni del processo telematico*, Santarcangelo di Romagna 2015, 23 ss., per cui, a tal fine, «si dovrebbe ricorrere al procedimento analogico mediante il quale l'interprete del diritto, qualora vi sia una lacuna ovvero quando un caso o una materia non siano espressamente disciplinati, applica le norme previste per casi simili o materie analoghe»). In effetti, è indubbio che potrebbero essere ben sfruttate le potenzialità che già allo stato attuale offre l'infrastruttura del processo telematico per ipotizzare la creazione di un sistema di conservazione documentale *ad hoc* per il sistema giustizia che assicuri una maggiore celerità ed efficienza alla macchina processuale.

⁸³ Sull'obbligo di adottare, sin dal momento della progettazione del sistema di trattamento automatico dei dati, misure di pseudonimizzazione e di cifratura dei dati personali, cfr. gli artt. 25, 32 e 89 GDPR.

dino ha diritto di rivolgersi ad un giudice indipendente ed imparziale, pre-costituito per legge, per ottenere tutela dei suoi diritti.

Ciò non toglie, tuttavia, che i sistemi di IA possano fornire utili strumenti di cui il giudice potrebbe avvalersi nell'esercizio delle proprie funzioni tra cui, ad esempio, motori di ricerca sempre più avanzati, *software* di assistenza per la redazione degli atti, sistemi automatizzati volti a migliorare l'organizzazione interna del lavoro, *software* per facilitare le operazioni di spoglio e di filtro, sistemi per la trattazione di cause semplici, seriali, ripetitive, interamente documentali ecc. I sistemi di IA potrebbero poi essere utilmente impiegati nelle procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Sarebbe un grave errore rinunciare a sfruttare le potenzialità offerte dalla tecnologia informatica e dai nuovi sistemi di IA che, se utilizzati in modo controllato e ponderato, potrebbero favorire un miglioramento complessivo della qualità e dell'efficienza della nostra giustizia.

ROSARIO FERRARA

Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli algoritmi e il giudice amministrativo – 3. Spunti conclusivi

1. Non posso esordire senza ammettere un mio clamoroso errore: l'espressione algoritmo mi era subito sembrata più accattivante e suggestiva di quanto in realtà sia, quasi dichiaratamente e manifestamente ideologica, in quanto allusiva di un ritmo freddo, algido, e pertanto asettico e neutralizzato, per l'appunto freddo. Nulla di più errato e fuorviante, a quanto risulta¹, trattandosi invece della traduzione, dal persiano in latino, del nome di un grande studioso mediorientale che per primo aveva teorizzato, e dunque scoperto, una determinata procedura, su base matematica, capace di organizzare e gestire alcuni processi decisionali il cui esito conclusivo sarebbe in qualche modo scontato o comunque calcolabile e prevedibile in qualche misura *ex ante*. E cioè il mondo dei *Big Data*² troverebbe quasi le sue radici in un tempo lontano allorché, con un'indubbia levata d'ingegno (e con

¹ E, infatti, l'espressione algoritmo deriverebbe, secondo *Wikipedia*, dalla trascrizione latina del nome del matematico persiano Al-Khwarimi, vissuto nel IX secolo d.C., autore, fra l'altro, del libro *Regole di ripristino e riduzione*.

² L'interesse dei giuristi, sia dei privatisti che dei pubblicisti, per il mondo dei *Big Data* è già disvelato dagli incontri di studio, convegni, seminari, ecc. dedicati a tale problematica, fra i quali si segnalano il convegno tenutosi a Torino, 20-21 maggio 2019, organizzato da R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica e i Big Data*, con relazioni, fra gli altri, oltre che di R. Cavallo Perin, di C. Barbati, J. B. Auby, F. Merloni, U. Pagallo A. Pioggia, A. Simoncini (Atti in corso di pubblicazione) e il Convegno nazionale dell'AIPDA, Pisa, 10-12 ottobre 2019, sul tema *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione, spec. in riferimento al panel su Competenze e fabbisogni della pubblica amministrazione: la digitalizzazione*. In dottrina, nel quadro di una letteratura ormai piuttosto nutrita, cfr. F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Soveria Mannelli 2018, *passim* nonché, soprattutto nell'ottica civilistica, F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli 2019, *passim*. D'altro canto, i problemi affrontati dalla giurisprudenza ci rappresentano un tema tanto nuovo quanto, in qualche misura, «antico», secondo quanto già disvela il denso volume di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli 1993. Di particolare interesse D. U. GALETTA, J. G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0?*, in *Federalismi*, 2019, n. 3, nonché il saggio di C. NOTARMUZI, *Il procedimento informatico*, in *www.altalex.com*.

straordinaria capacità profetica), viene già costruita e teorizzata, nei suoi elementi costitutivi di base, la nozione di algoritmo.

Non compete certamente a me parlare del momento attuale, e pertanto del ruolo vieppiù rilevante oggi giocato dall'informatica, in ogni sua variante sostantiva e procedurale (da internet, per le mille e più abilità che gli sono proprie, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione), essendo ad ogni buon conto sotto gli occhi di tutti la crescita esponenziale, per qualità e quantità, delle modalità d'impiego e di utilizzo delle nuove tecnologie, anche al servizio della pubblica amministrazione in funzione della miglior cura degli interessi generali³. Si tratta, a ben vedere, di rilevanti dati di fatto, la cui importanza non può essere in alcun modo negata, o anche solo sottovalutata, e il cui impatto su ogni aspetto della nostra vita quotidiana, sia professionale che di relazione, è ormai davvero considerevole, e anzi persino più incidente e considerevole di quanto talora ci possa sembrare.

E tuttavia, dalla mera narrativa dei fatti non si può non passare alle conseguenze, di ordine sistematico e sicuramente di elevata problematicità, che i processi in corso, ai quali ho appena accennato, sembrano materializzare, e il cui *focus* è emblematicamente rappresentato dalla (forse nuova) declinazione del potere discrezionale, al limite dalla riscrittura stessa della nozione di discrezionalità amministrativa al tempo della «scienza incerta»⁴, in ragione, fondamentalmente, della penetrazione, massiccia e condizionante, della scienza (della tecnica e della tecnologia) nel mondo della gestione e della regolazione degli interessi⁵.

Ed è anche su questo terreno che il giudice amministrativo elabora e diffonde importanti «semi di verità», forse perché si trova davvero posizionato là ove si incontrano i poteri e le funzioni dello Stato, e quindi là ove l'ampiezza, per qualità e quantità, del sindacato giurisdizionale sulle forme

³ Ancora *supra*, alla nota immediatamente precedente, cui *adde* due importanti e recenti saggi, il primo in chiave sociologica e il secondo di taglio prevalentemente economico: S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino 2019; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Londra 2019.

⁴ Nel senso messo efficacemente in luce da M. C. TALLACCHINI, in più contributi, e segnatamente nel saggio *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in AA.VV., *Ambiente e diritto*, I, Firenze 1999, p. 57 ss.

⁵ Sia consentito rinviare, anche per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici, a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari 2014, *passim*. Si consideri anche il denso volume di G. PIZZANELLI, *Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza e diritto*, Pisa 2016, *passim*, e *ivi* egualmente la Introduzione di A. MASSERA, *Il diritto dell'ambiente e il dialogo con la scienza*, p. 7 ss.

concrete di esercizio del potere discrezionale degli apparati politico-amministrativi costituisce in qualche modo la cartina di tornasole capace di farci testare e misurare la capacità di tenuta e di positiva evoluzione del nostro ordinamento generale.

2. Mi sembra essere, proprio sotto questo più generale profilo, di particolare interesse il recente dibattito, tutto interno alla giurisprudenza del giudice amministrativo, intorno al ruolo giocato dai sistemi informatici, e segnatamente dall'impiego di algoritmi impostati e predefiniti onde gestire al meglio, celermente e con margini ridottissimi di errore, procedimenti selettivi caratterizzati (a quel che pare!) dall'assenza di un significativo potere di apprezzamento discrezionale.

Le vicende, nelle quali, ad avviso dei primi commentatori⁶, si registrerebbe una sensibile divergenza di opinioni fra il TAR del Lazio e il Consiglio di Stato⁷, riguarda il mondo della scuola e può essere in qualche modo sintetizzata, con una prima importante avvertenza, tuttavia: la decisione del Consiglio di Stato non è resa, in qualità di giudice d'appello rispetto a quella del TAR per il Lazio alla quale farò fondamentalmente riferimento. Si tratta infatti di processi che affrontano problematiche in larga parte simili, se non addirittura identiche, ma con parti e vicende di vita diverse, secondo quanto disvela il semplice fatto che la sentenza del giudice d'appello è cronologicamente antecedente quella del TAR per il Lazio.

I ricorsi hanno comunque ad oggetto l'annullamento della procedura di mobilità straordinaria di cui all'ordinanza ministeriale n. 241 dell'8 aprile 2016 nonché di ogni altro provvedimento in materia di trasferimento, o comunque di collocazione degli interessati, docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, in ambiti territoriali non richiesti o richiesti soltanto in via subordinata e residuale⁸.

A questo riguardo, si contesta che il processo selettivo e decisionale sia stato gestito esclusivamente da un algoritmo preimpostato e predefinito

⁶ Cfr., esaustivamente, V. VESCIO DI MARTIRANO, *Pa digitale, perché il dietrofront del TAR Lazio nell'utilizzo dell'algoritmo*, in *www.key4biz.it*, 12 giugno 2019, e S.S. DI VEROLI, *Il TAR e il Consiglio di Stato in disaccordo sulla querelle dell'utilizzo dell'algoritmo nel meccanismo decisionale*, in *Dir. internet*, 17 giugno 2019.

⁷ Il riferimento è, in primo luogo, alla sentenza del T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606, (che conferma la precedente decisione n. 9224 del 2018), in *Dir. internet*, cit., ed alla pronunzia di Cons. St., 8 aprile 2019, n. 2270, in *Giust. amm.* Altri precedenti giurisprudenziali meno recenti sono riportati da V. VESCIO DI MARTIRANO, *Pa digitale*, cit.

⁸ Cfr. nuovamente, anche per la ricostruzione dei presupposti e delle dinamiche fattuali delle vicende processuali esaminate dal giudice di primo grado e dal Consiglio di Stato, i cit. commenti di Vescio Di Martirano e Di Veroli.

onde tener conto in automatico delle posizioni personali, e dunque dei punteggi e dei titoli degli interessati, in difetto di «una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola»⁹.

È sul terreno dei principi di diritto, ovviamente, che si verifica poi il contrasto (parziale e quasi più apparente che reale, a mio avviso) fra il giudice di prime cure e il Consiglio di Stato.

Infatti, ad avviso del TAR del Lazio, «un algoritmo, quantunque preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 l. 7 agosto 1990, n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario, [...] istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi di relazione del privato con i pubblici poteri». Sicché, i suddetti principi che sono, in verità, fondamentali valori dell'ordinamento democratico, in piena sintonia con il diritto originario e derivato dell'Unione europea¹⁰, «non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche»¹¹.

E cioè, «a essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al giudice di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad una determinato approdo provvedimentale»¹².

Questo, riportandone ovviamente solo per sommi capi le argomentazioni e le conclusioni, il punto di vista del giudice di primo grado.

E vengo subito al Consiglio di Stato, la cui *ratio decidendi* parrebbe essere in contrasto, quantomeno parziale, con quanto sostenuto dal TAR Lazio.

⁹ Così la cit. decisione del TAR Lazio, sent. 27 maggio 2019, n. 6606, che conferma la precedente sua sentenza n. 9224 del 2018 e anche, sebbene con un lessico più sfumato, la meno recente n. 8312 del 2016.

¹⁰ Ancora TAR Lazio, sent. 27 maggio 2019, n. 6606.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Il «punto logico di partenza» da cui prendono le mosse le riflessioni del giudice d'appello è quasi a carattere pratico-utilitaristico, nel senso che, anche alla luce della Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003 sull'Agenda digitale europea (e del nostro Codice dell'amministrazione digitale)¹³, «devono sottolinearsi gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un algoritmo – ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande»¹⁴. E cioè, nei procedimenti di massa, nei quali sia coinvolta una vasta «folla» di partecipanti e interessati all'esito del procedimento amministrativo, il ricorso a «procedure seriali e standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale» può rivelarsi estremamente utile, proprio in vista del ragionevole ed equo contemperamento degli interessi pubblici e di quelli privati. Ossia, il ricorso a siffatte procedure standardizzate può risolversi, in qualche modo, in un esemplare modello di semplificazione amministrativa, in quanto vengono «tagliati» i tempi del procedimento, e, del tutto contestualmente, può contribuire a far raggiungere più elevati standard di imparzialità amministrativa, nel solco dell'art. 97 Cost., e pertanto importanti obiettivi di giustizia in senso sostanziale.

Mi sembra importante sottolineare questo aspetto del discorso, in quanto è verosimilmente su questo terreno che deve essere misurato il contrasto (e quale contrasto, per qualità e quantità), fra le argomentazioni del giudice di primo grado e quelle del Consiglio di Stato, in primo luogo proprio allo scopo di accertare se di vero e proprio antagonismo concettuale si tratti, e non (eventualmente) di semplici variazioni sullo stesso tema, e quindi di differenti sfumature argomentative.

E, infatti, «l'assenza di intervento umano in una attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono queste sì elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica». Il che sarebbe ampiamente e definitivamente confermato dal fatto che la messa in

¹³ Trattasi, come è noto, del d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, così come successivamente modificato ed integrato, soprattutto ad opera della l. 30 dicembre 2018, n. 145. In argomento, *ex multis*, F. TROJANI, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Rimini 2016.

¹⁴ Così Cons. St., sent. 8 aprile 2019, n. 2270, con la quale, in accoglimento dell'appello, viene riformata la sentenza del TAR Lazio, n. 12026 del 2016.

campo di «operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità» determinerebbe la esclusione, o comunque la limitazione, di «interferenze dovute a negligenza (o peggio a dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

È proprio su questo terreno che si evidenzia, in forme e con caratteri che non è tuttavia semplice intercettare in tutta la loro valenza, un certo contrasto fra le motivazioni e le riflessioni del giudice di primo grado e il Consiglio di Stato. In che rapporto si pone infatti l'algoritmo, che può quasi essere assunto come il modello totemico e paradigmatico di un'amministrazione dematerializzata, con il potere discrezionale degli apparati amministrativi, o con quel poco che ancora ne resta, sia che si tratti, secondo i canoni ermeneutici della nostra tradizione¹⁵, di discrezionalità pura o tecnica (oppure verosimilmente mista)?

Non voglio certo concludere, con un'enfasi che mi parrebbe certamente esagerata, che ci si trova al cospetto di opposte «visioni del mondo», o comunque di antagoniste, e non componibili, narrazioni del mondo che cambia, e cioè alla rappresentazione, da un lato, di una variante sistemica di quel capitalismo «immateriale»¹⁶ dal quale ogni residua *Humanitas* verrebbe voracemente fagocitata, e alla riaffermazione, dall'altro lato, del ruolo fondamentale e irrinunciabile della volontà dell'uomo, quasi del libero arbitrio, in nome proprio di quella stessa *Humanitas* che si vorrebbe soppiantare, o comunque ridurre ai minimi termini.

Il conflitto di opinioni che così si manifesta è, a mio avviso, meno radicale di quanto possa sembrare, come meglio si vedrà, ma certo è comunque che esso si evidenzia in modo per così dire solido e plastico, almeno ad una prima lettura.

Il giudice di primo grado ci ricorda infatti che è pur sempre l'uomo il *dominus* di un procedimento amministrativo, al cui servizio le tecnologie debbono essere attivate (e non il contrario), nel senso che le procedure informatizzate «seppur precise e maggiormente analitiche rispetto alla deci-

¹⁵ La letteratura sulla discrezionalità amministrativa è addirittura sterminata, in quanto il potere discrezionale è davvero il sistema nervoso dei modelli (teorici ed effettuali) di Stato e di amministrazione con i quali ogni amministrativista deve in qualche modo cimentarsi. Sicché, mi limito a rinviare, se si vuole, a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., *passim*, ma spec. al primo capitolo, soprattutto per un più completo corredo di riferimenti bibliografici. Importante, a conferma dell'assoluta centralità del tema della discrezionalità amministrativa in ogni realtà ed esperienza spazio/temporale, il recente saggio di P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 71 ss.

¹⁶ Cfr., diffusamente, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale*, cit., *passim*.

sione umana non possono mai soppiantare appieno l'attività, cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere»¹⁷.

Pensiero, nitido, profondo, e del tutto condivisibile, a mio avviso, al quale il Consiglio di Stato parrebbe contrapporre, come già visto, un ordine di riflessioni «moderniste» nel segno della contemporaneità, in quanto la gestione informatizzata di procedure seriali o standardizzate, dalle quali esulerebbe ogni residua potestà di apprezzamento discrezionale, sarebbe addirittura veicolo di una reale semplificazione amministrativa contribuendo soprattutto ad arginare la corruzione delle amministrazioni pubbliche in piena sintonia con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

In questo senso, il nucleo duro del contrasto giurisprudenziale in questione si focalizza intorno al ruolo stesso (e persino intorno alla nozione) di potere discrezionale, e cioè del potere discrezionale al tempo del capitalismo «immateriale», del capitalismo «di sorveglianza»¹⁸, al tempo del diritto della «scienza incerta», ossia agli albori di un'era che viene dai più positivamente salutata, talora forse acriticamente, senza il supporto del necessario *esprit de finesse* (e dunque alla luce del semplice *esprit géométrique*) ma che, del pari acriticamente, viene anche da taluni svalutata e segnalata nei suoi profili critici, quasi nel segno di un aprioristico e «ideologico» rifiuto della modernità¹⁹.

E il potere discrezionale – si sa! – è il sistema nervoso degli ordinamenti giuridici contemporanei, sia di *civil Law* che di *common Law*²⁰, con i correlati principi di ragionevolezza e di proporzionalità, essendo la cartina di tornasole capace di misurare, da un lato, l'estensione quali-quantitativa del potere di valutazione e decisione delle amministrazioni pubbliche, e di misurare, egualmente, dall'altro lato, l'ampiezza e la significatività (per qualità e quantità, ancora) del sindacato giudiziale sul «modo di farsi del potere», e dunque

¹⁷ Così, ancora, la cit. sentenza del TAR per il Lazio, 27 maggio 2019, n. 6606.

¹⁸ S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale*, cit., e S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit., *passim*.

¹⁹ Il rinvio è, naturalmente, a M. C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit., cui *adde* G. PIZZANELLI, *Conciliare interessi amministrando*, cit., ove si passano in rassegna le posizioni «moderniste» e quelle maggiormente critiche e dubbiose. Di interesse i contributi di S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale*, cit. e di S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit. Sia anche consentito rinviare a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano 2014, p. 19 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁰ In questo senso, recentemente e del tutto esaurientemente, P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito*, cit.

non meramente sui provvedimenti amministrativi in senso stretto, soprattutto ad opera del giudice amministrativo.

Ed è proprio su questa via che il Consiglio di Stato avvia un importante processo di riflessione a conclusione del quale gli elementi di differenziazione che sembravano quasi contrapporlo al giudice amministrativo di primo grado vengono in qualche modo decantati e sfumati, finendo quasi col diventare parte di uno stesso ragionamento complessivo nel quale tutta la giurisprudenza amministrativa (e non soltanto essa!) può verosimilmente riconoscersi e identificarsi.

Il dato di sostanza da cui prendere le mosse è così efficacemente messo in evidenza dal Consiglio di Stato: «l'utilizzo di procedure robotizzate non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa»²¹.

In questo senso, e quasi collocandosi sul terreno solido della nostra tradizione (anziché su quello decisamente più «liquido» della civiltà dell'informatica!), il giudice d'appello si muove alla ricerca della «regola tecnica che governa ciascun algoritmo», in quanto si tratta pur sempre di una «regola amministrativa generale», elaborata dal pensiero dell'uomo che ne è e ne resta, sempre e comunque, il *dominus* laddove alla «macchina» ne viene rimessa la semplice applicazione sul terreno, quando pure ciò avvenga in via «esclusiva», ossia senza la cooperazione attiva dell'uomo.

E poi, a seguire, il punto di snodo e di sviluppo di un ragionamento elegante, fondato e – persino – non privo di un certo fascino: «Questa regola algoritmica quindi:

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale [...] deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza [...] di ragionevolezza e proporzionalità;

- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili».

Il che comporta, come logica conseguenza, che la discrezionalità amministrativa non possa essere demandata al *software*, dovendo essere invece rintracciata, e pertanto collocata, al momento dell'elaborazione e della messa in esercizio dello strumento digitale.

Il che porta, ad avviso del Consiglio di Stato, ad un doppio ordine di conseguenze.

²¹ Ancora la più volte cit. sentenza di Cons. St., n. 2270 del 2019.

Innanzitutto, la procedura e il meccanismo grazie ai quali la decisione robotizzata (ossia, l'algoritmo) assume carattere di definitività e concretezza, debbono risultare «conoscibili», alla luce di una «declinazione rafforzata del principio di trasparenza». E questo perché la «formula tecnica» rappresentata dall'algoritmo deve essere, sempre e comunque, opportunamente spiegata onde potersi efficacemente tradurre nella «regola giuridica» che le è sottesa.

In secondo luogo, la regola algoritmica è (*rectius*, deve essere) non soltanto conoscibile, ma egualmente sottoposta alla piena cognizione e al pieno sindacato della giurisdizione amministrativa. Ovverosia, «la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione», in quanto che «il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della regola che governa l'algoritmo».

Mi sembra del tutto evidente l'obiettivo fondamentale coerentemente perseguito dal giudice amministrativo, anche prescindendo dall'esito del processo con il quale il ricorso viene accolto e la sentenza di primo grado conseguentemente riformata in ragione dell'accertata violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

Punto logico di arrivo (in coerenza con il punto logico di partenza, come prima ricordavo) è infatti certamente l'obiettivo di ricondurre in qualche modo a sistema una realtà complessa e caotica (quella dei *Big Data*, dei processi informatizzati, delle decisioni robotizzate, ecc.), a conferma di come e quanto la penetrazione massiccia e pervasiva della tecnica e delle (nuove) tecnologie nel mondo della gestione e della regolazione degli interessi possa sospingere (e forse addirittura imporre) la cauta rivisitazione dei principi tradizionali e delle nostre più radicate convinzioni, onde testarne la perdurante sostenibilità (se ancora sussistente) oppure per decretarne il parziale, o totale, accantonamento.

Il diritto non procede per salti, ma secondo linee evolutive che paiono piuttosto di tipo dialettico, nel segno di positivi processi di autopoiesi, secondo regole di affastellamento e di adeguamento piuttosto che di insana-bile contrapposizione²².

²² In ordine a tale problematica di teoria generale, cfr. per tutti, nel quadro di una pubblicistica molto vasta, N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1977, *passim* e, spec., G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano 1996, *passim*.

E tuttavia, la penetrazione delle «regole della tecnica nel diritto»²³, mi sembra essere un fenomeno di portata addirittura epocale capace di imporre un rinnovato ordine di riflessioni, e forse di conclusioni di valore sicuramente sistemico.

Il giudice amministrativo ha senza dubbio intercettato, in tutte le sue più recenti pronunzie, tale emersione problematica e ne ha sicuramente messo a nudo gli angoli più scoperti e sensibili.

E quale «angolo», nella dimensione del diritto amministrativo, può manifestarsi con maggior rilevanza e spessore della discrezionalità amministrativa, ossia del potere discrezionale degli apparati amministrativi, sia per la sua definizione in generale che per le forme concrete del suo esercizio?

Sia ben chiaro: anche se il tema non viene deliberatamente affrontato la discrezionalità di cui si parla è quella convenzionalmente definita come tecnica, nel senso che i «fatti complessi»²⁴, dei quali debbono essere investigati e chiariti tutti i molteplici e più riposti aspetti, sono per l'appunto complessi perché implicati con la necessaria conoscenza di campi disciplinari che rinviano alle scienze c.d. dure, presupponendo comunque, anche se in funzione strumentale e servente, la padronanza delle nuove tecnologie e, segnatamente, delle discipline informatiche. E, su questo terreno, il giudice amministrativo non si interroga soltanto sulla natura, e sulla dimensione quali-quantitativa, del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche al tempo del «diritto della scienza incerta» ma anche sulla sua collocazione spazio-temporale allorché l'esercizio delle facoltà discrezionali vada a intrecciarsi e ad implicarsi con l'esercizio di poteri c.d. vincolati e/o di un potere dal quale esulerebbe comunque ogni pur residuale potestà di apprezzamento discrezionale dei fatti, sia semplici che complessi, che rilevano in un procedimento amministrativo.

È forse proprio sotto questo riguardo che si manifesta quel certo antagonismo di posizioni fra il giudice di primo grado ed il Consiglio di Stato che è stato opportunamente messo in luce dai primi commentatori della giurisprudenza che sto passando in rassegna²⁵, sebbene si tratti, a mio avviso, di un contrasto più apparente che reale, più un contrasto tra diverse sfumature di colore che l'irriducibile antagonismo di differenti campi visivi.

²³ Secondo quanto illustra, magistralmente, e quasi con una certa capacità divinatoria, P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Colonia-Berlino 1979, *passim*.

²⁴ Magistralmente, e per tutti, il contributo di un grande Maestro: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 2018, *passim*.

²⁵ Cfr., nuovamente, S.S. DI VIEROLI, *Il TAR e il Consiglio di Stato in disaccordo*, cit. nonché V. VESCIO DI MARTIRANO, *Pa digitale*, cit.

E, infatti, se le riflessioni del giudice di primo grado sono certamente volte a riconoscere, e quasi ad enfatizzare, il ruolo giocato dagli operatori (dall'*homo sapiens*, verrebbe da dire!) anche nei procedimenti amministrativi contrassegnati da un elevato livello di vincolatività, in quanto standardizzati, e anzi robotizzati, non mi sembra comunque che il punto di vista affermato, e sapientemente argomentato, dal Consiglio di Stato sia irrimediabilmente diverso o peggio inconciliabile.

Il giudice amministrativo è sempre e comunque alla ricerca del potere discrezionale, consapevole del fatto che è attraverso la sua definizione, ed in conseguenza della sua allocazione nel tempo e nello spazio, che il suo sindacato potrà risultare più o meno esteso e pieno, per qualità e quantità, riuscendo, se del caso, ad abbracciare il «modo di farsi del potere», e non soltanto il provvedimento conclusivo della procedura.

È del tutto ovvio, sotto questo profilo, che la pienezza dei poteri di cognizione e di decisione è soprattutto in funzione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte in giudizio (e già prima nel procedimento amministrativo), in sintonia con i principi di garanzia già declinati dalla nostra legge generale sul procedimento amministrativo (in merito alla motivazione dei provvedimenti, alla partecipazione procedimentale, ecc.)²⁶, ed in piena consonanza con i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Ma, allora, su cosa si fonda, e soprattutto si materializza, la (supposta o reale) situazione di contrasto fra i TAR e il Consiglio di Stato, visto che entrambi pongono al centro delle proprie riflessioni l'investigazione, necessaria e non eliminabile, che deve comunque essere condotta, in sede di sindacato giurisdizionale, sulle forme concrete di esercizio del potere discrezionale, di un potere discrezionale che è pur sempre possibile intercettare, anche quando l'amministrazione operi nel contesto di procedure standardizzate e informatizzate?

Sarei tentato di rispondere che il giudice di primo grado manifesta un più accorato e convinto riconoscimento del ruolo che la persona, ossia il funzionario, il responsabile del procedimento, alla luce dell'art. 4 e ss. l. n. 241 del 1990, è comunque chiamato a giocare, nel senso che anche nelle

²⁶ Il che è davvero estremamente chiaro sia nelle riflessioni e nelle motivazioni del giudice di primo grado che del Consiglio di Stato, alle cui sentenze faccio rinvio. D'altro canto, i principi di ragionevolezza e di proporzionalità sono, a tutti gli effetti, principi e regole generali del diritto, e sia nei paesi di *civil Law* che di *common Law* (oltre che nell'ordinamento dell'Unione europea: cfr. il protocollo n. 2 al Trattato UE e al TFUE, su sussidiarietà e proporzionalità), secondo quanto ci segnala, anche recentemente, la migliore dottrina: P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito*, cit.. Sia anche consentito rinviare, per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici, a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., spec. al secondo capitolo del volume.

procedure robotizzate e informatizzate, quali sono quelle che hanno originato la casistica *sub judice*, sarà pur sempre sussistente un certo potere di apprezzamento discrezionale dei fatti e degli interessi coinvolti che non può essere espunto dai processi volitivi e deliberativi in quanto sono l'informatica e la digitalizzazione delle procedure al servizio dell'Uomo, e non viceversa.

E, se questo fosse vero, non potrei non condividere il pensiero del giudice amministrativo di primo grado che esattamente coglie, e risolve, un problema che appartiene certamente al mondo del diritto ma che è soprattutto quasi esistenziale e rilevante sul piano della sociologia generale (e forse della nostra psicologia collettiva).

E, tuttavia, il discorso è infinitamente più complicato in quanto il Consiglio di Stato non mi sembra sottovalutare (o peggio ignorare) il ruolo obiettivamente giocato dal potere discrezionale nei procedimenti informatizzati e robotizzati sempre più diffusamente utilizzati dalle nostre amministrazioni, semmai ne viene ipotizzata una diversa collocazione, nel tempo e nelle fasi del procedimento amministrativo, senza che ciò debba necessariamente comportare la sua (non ammissibile) svalutazione. È anzi forse vero l'esatto contrario, se solo si rammentano le argomentazioni del nostro giudice d'appello, prima sinteticamente riportate, ed alle quali integralmente rinvio.

La «regola tecnica» che governa un algoritmo è comunque pur sempre una regola giuridica, ossia una «formula tecnica» che assume la forma e la caratterizzazione materiale di una regola giuridica in senso proprio.

Il che significa che è nel momento alto e definitorio nel quale la regola tecnica viene concretamente elaborata e messa in campo che il potere discrezionale dell'amministrazione si manifesta in tutta la sua persistente attualità e rilevanza, nelle forme contemporanee e suggestive della discrezionalità tecnica, la quale sembra quasi ormai costituire, a mio avviso, il modello fondamentale e paradigmatico del potere discrezionale *tout court* ²⁷.

E tale attività di elaborazione e definizione della «formula tecnica» destinata a governare l'algoritmo è certamente sindacabile da parte del giudice amministrativo, soprattutto laddove si evidenzierà, in occasione degli esiti

²⁷ Cfr., per tutti, i contributi già riportati di M. C. Tallacchini, G. Pizzanelli, F. Levi, P. Marburger ed Altri. A ben vedere, e proprio esplorando il ruolo giocato dai c.d. fatti complessi nel procedimento amministrativo, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., aveva aperto nuovi e suggestivi percorsi in merito alla qualità del potere discrezionale e, segnatamente, circa la sua connotazione come attività di studio e di valutazione, ai fini della decisione finale, di esperienze e realtà fattuali e cognitive oggettivamente implicate con i saperi tecnici e specialistici.

concreti determinati dall'impiego degli strumenti digitali, l'esercizio di potestà per così dire neutre e a contenuto vincolato, vista l'automaticità (o quasi) delle decisioni alle quali conducono le procedure standardizzate e robotizzate dell'amministrazione digitale.

Viene quasi da pensare che la «regola giuridica» che governa l'algoritmo possa essere in qualche modo assimilata ad un atto amministrativo presupposto nei confronti del quale le decisioni attuative/esecutive che originano dall'utilizzo delle procedure informatizzate si configurano come meri atti di esecuzione di «regole del gioco» in altra sede e in altro momento (ossia, in un altro *step* procedimentale) proposte ed elaborate.

3. Mi sembra importante una prima considerazione che riguarda sia la giurisprudenza dei TAR che del Consiglio di Stato: in ogni caso le procedure informatizzate e robotizzate non possono azzerare del tutto il potere discrezionale che è tipico e proprio degli apparati amministrativi, per così dire *in re ipsa*, e cioè consustanziale all'esercizio delle funzioni amministrative, anche quando il processo decisionale sia governato «a monte» da una formula tecnica di origine e natura matematica (un algoritmo). E questo modo di ragionare, con il quale viene in qualche modo enfatizzato il ruolo giocato dalla discrezionalità tecnica, se da un lato non comporta (almeno sul piano della sistematica generale) il superamento del tradizionale approccio al tema del potere discrezionale *tout court* (e quindi non mette formalmente in discussione il suo articolarsi, e quasi spaccettarsi, nelle tre varianti classiche ben note)²⁸, intercetta, dall'altro lato, lo straordinario rilievo della Scienza, della Tecnica e della Tecnologia al tempo del «diritto della scienza incerta».

In qualche modo, l'affermazione della (inevitabile e non eliminabile) persistenza di un pur residuo margine di apprezzamento discrezionale, anche «a valle», là ove ci si confronti con gli esiti finali e conclusivi delle procedure informatizzate (ossia con i provvedimenti che chiudono la procedura), sembra quasi ricordarci quanto uno studioso del valore di Max Weber sosteneva circa il ruolo e la collocazione degli apparati politico-amministrativi: ossia l'amministrazione è libera e soggetta alla legge oppure – se si preferisce – è soggetta alla legge e comunque libera²⁹.

Ed è proprio in tale apparente antagonismo – che in realtà scherma una realtà duale, una sorta di vera e propria endiadi concettuale – che può essere

²⁸ Nel senso messo in luce, fra gli altri, ancora una volta nei contributi riportati *supra*, alla nota immediatamente precedente.

²⁹ Tale convinzione è diffusa e ricorrente in tutti, o quasi, gli scritti di M. WEBER e, segnatamente, nel classico studio *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino 1948, *passim* nonché nella sua opera di maggior spessore: *Economia e società*, Milano 1968, *passim*.

trovato, a mio modo di vedere, il nocciolo duro del potere discrezionale e, del tutto coerentemente, la conseguente declinazione della pubblica amministrazione come potere sempre in qualche modo autoreferenziale, ossia come potere molto spesso capace di manifestarsi come una «forza» irriducibile, tanto più irriducibile quanto più sia animata e sospinta da una prepotente pulsione centrifuga³⁰.

Si comprende pertanto come e perché (soprattutto in difetto di un'adeguata capacità conformativa del potere amministrativo messa in campo dalla legge, o comunque dalle fonti del diritto) il giudice amministrativo rivendichi il suddetto ruolo di controllo conformativo, in funzione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti e delle stesse garanzie del «giusto procedimento», e comunque anche – *last but not least!* – quasi nell'interesse della legge, e pertanto in funzione dell'obiettivo legalità dell'azione amministrativa³¹.

E, sotto questo riguardo, come già detto, il giudice d'appello individua il momento strategico nel quale il suo sindacato verrà esercitato in tutta la sua pienezza «a monte», là ove la «formula tecnica» viene elaborata assumendo conseguentemente la struttura e la natura formale/sostanziale di regola giuridica, mentre il giudice di primo grado ritiene comunque che, anche quando il potere selettivo e conformativo degli operatori venga esercitato «a valle», con la messa in campo di decisioni finali (*rectius*, di provvedimenti), è comunque possibile intercettare, anche in quel momento, la presenza di un residuo potere di apprezzamento discrezionale che si radica in capo agli operatori.

E sempre di potere discrezionale, e del suo esercizio nel concreto, si tratterà, a ben vedere, con un intreccio di posizioni e di argomentazioni che,

³⁰ Il riferimento d'obbligo è nuovamente a M. Weber, *supra*, alla nota immediatamente precedente cui *adde*, peraltro, il più weberiano dei nostri maggiori studiosi (F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit. nonché ID., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1977, p. 1625 ss.) per un approccio analogamente molto realistico al tema del potere degli apparati amministrativi e delle forme concrete del suo esercizio.

³¹ Non affronto, ovviamente, il problema del carattere della giurisdizione amministrativa, e del suo oggetto, in merito al quale già la lettura dei molti, ottimi manuali di diritto amministrativo può aiutarci a mettere insieme un adeguato bagaglio informativo grazie al quale poter affrontare i molti temi sul tappeto. È comunque mia ferma convinzione che il giudice amministrativo eserciti, del tutto oggettivamente, pienezza di funzioni con il suo sindacato, in vista del risultato, oggettivamente rilevante, di consentire la tutela equilibrata delle situazioni giuridiche soggettive delle parti, collocandosi tuttavia in un certo angolo visuale (esso stesso oggettivamente rilevante, e anzi fondamentale), ossia quello dell'interesse pubblico, e quindi operando per il ripristino della legalità violata (allorché tale violazione venga accertata nel processo) e comunque per l'equo, necessario contemperamento degli interessi pubblici e privati: secondo ragionevolezza e proporzionalità.

in realtà, non vede davvero contrapposti il Consiglio di Stato e il giudice di primo grado. È infatti indubitabile che anche il TAR, non dissimilmente dal giudice d'appello, non voglia (o, meglio, non possa) rinunciare ad esercitare un sindacato pieno sul modo d'essere della «formula tecnica», e pertanto sul suo materializzarsi come formula giuridica preordinata al governo degli algoritmi.

In questo modo, se mi è consentita una constatazione davvero estemporanea, viene contestualmente celebrato il ruolo vieppiù crescente e significativo giocato dalla discrezionalità tecnica, nel quadro dei processi deliberativi del decisore pubblico, ed il mutato valore, per qualità e quantità, del sindacato del giudice amministrativo la cui fondamentale *mission* sembra davvero essere quella di cogliere, con sapienza e competenza, il peso occupato dalle «regole della tecnica nel diritto», e pertanto di avviare percorsi di ristrutturazione, anche profonda, del sistema, sia dal punto di vista processuale che sul terreno «costituzionale» del rapporto fra poteri dello Stato³².

È in qualche modo soltanto sul ruolo giocato dagli operatori che agiscono «a valle», allorché la «formula tecnica» costituita da un algoritmo sia chiamata a produrre i risultati finali cui è preordinata, che si verifica, comunque, una certa divergenza di ragionamento fra il Consiglio di Stato e il giudice di primo grado, anche se forse più che di un vero contrasto si tratta piuttosto di una diversa sensibilità manifestata dal TAR del Lazio.

Mi sembra opportuno ricordare che il Consiglio di Stato sembra affermare che le procedure informatizzate e robotizzate al centro del giudizio d'appello si caratterizzano per un esito finale scontato, per così dire costruito in automatico, in quanto gli operatori «a valle» sarebbero privati di qualsivoglia potere di apprezzamento discrezionale. Ad avviso del giudice di primo grado, invece, le procedure informatiche sono al servizio degli operatori, ossia dell'*Homo sapiens*, il cui ruolo è sempre e comunque fondamentale in quanto le formule tecniche non possono mai soppiantare appieno «l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere», come già visto.

Mi sembra altrettanto opportuno precisare che le riflessioni del giudice amministrativo si riferiscono a fattispecie concrete e delimitate relative alle

³² Il che è quanto viene colto, ad esempio, dalla migliore dottrina tedesca (P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, cit.) ove si analizza il ruolo giocato dalla giurisdizione allorché sia chiamata a sindacare i «vizi della discrezionalità libera» (*i freie Ermessen Fehler*) e dalla pubblicistica francese, ad esempio da D. LOSCSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Parigi 1972, *passim*. Per la Gran Bretagna, cfr. ancora P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito*, cit.

procedure di mobilità dei docenti ed alla loro collocazione presso sedi che possono essere anche non gradite, ma che vengono comunque assegnate per l'appunto in automatico. Ossia, non è affatto detto (e anzi mi parrebbe sostenibile l'esatto contrario) che possa essere sempre e comunque ravvisata una totale, assoluta mancanza di potere discrezionale in ogni operazione e/o attività robotizzata che si svolga «a valle»: gli straordinari progressi che si sono registrati nelle discipline chirurgiche grazie all'impiego dei robot non ha assolutamente privato gli operatori sanitari del loro fondamentale potere di apprezzamento e valutazione discrezionale dei fatti complessi rilevanti nelle procedure, a quel che è dato di arguire.

E ci mancherebbe ancora!

In altre parole, i problemi su cui si interroga la nostra giurisprudenza amministrativa sarebbero tipici e propri, a quel che pare, soltanto (o principalmente) delle procedure si robotizzate e informatizzate ma soprattutto standardizzate e quindi, per così dire, a carattere seriale.

Giungo ora a toccare un ultimo punto, sul quale sarebbe certamente necessario un maggior approfondimento concettuale che tuttavia esula dai confini di queste «noterelle estemporanee».

Forse è bene introdurre il tema con una domanda: ma davvero lo straordinario edificio di principi, di regole e di istituti della nostra tradizione (e, in verità, sia dei sistemi di *civil Law* che di *common Law*)³³ non presenta qualche crepa, ossia non deve fare i conti con la contemporaneità? E, in particolare, è davvero ancora fondata la distinzione/contrapposizione fra il potere discrezionale e quello c.d. vincolato?

Perché anche di questo ci parla il giudice amministrativo nelle sentenze passate in rassegna, magari per implicito e con un tocco leggero, ma finendo col delineare scenari ed orizzonti estremamente suggestivi.

E, infatti, nel momento in cui i tribunali amministrativi regionali, pur con sfumature argomentative variate, affermano che è l'uomo, il funzionario «il *dominus* del procedimento [...] che deve dominare le procedure informatiche predisposte in funzione servente, e mai sostitutiva», e che ciò è sempre e comunque evidente anche nelle procedure informatizzate e robotizzate governate da un algoritmo, in vista del raggiungimento in automatico di risultati certi e scontati, allora ci si trova, a mio modo di vedere, al cospetto di un punto di vista se si vuole inatteso e soprattutto oggettivamente innovativo.

Senza voler assolutamente forzare – o peggio stravolgere – le riflessioni del giudice amministrativo di primo grado, e cogliendone tuttavia gli spunti

³³ Sul punto ancora, diffusamente, P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito*, cit.

di maggior interesse, è forse possibile pervenire ad una provvisoria conclusione, provvisoria in quanto dovrebbe essere opportunamente corroborata da un più robusto apparato argomentativo: il potere amministrativo assolutamente vincolato, o comunque vincolato *tout court*, sulla cui base molte teorie generali con importanti ricadute sul piano pratico sono state costruite³⁴, in realtà forse non esiste in quanto tale oppure è comunque merce assai rara.

Se tutto ciò traspare abbastanza nitidamente nel percorso motivazionale delle sentenze di primo grado – e rammentando che il Consiglio di Stato colloca «a monte» il potere discrezionale *de quo*, allorché la «formula tecnica» dell'algoritmo viene elaborata – allora la conclusione, sempre parziale e provvisoria, alla quale si può pervenire, è forse la seguente. E cioè: se anche nelle procedure ultramoderne governate da un algoritmo la persona, l'*homo sapiens* con il suo razioicinio operativo non può essere espunto dalla procedura, della quale è anzi il *dominus*; se comunque, anche quando si vogliono enfatizzare i profili di vincolatività di un potere il cui esercizio determina esiti e risultati finali per così dire in automatico, il momento alto della discrezionalità è anticipato «a monte», come si è visto, allora ciò che appare, a mio avviso, affermato e confermato è la piena centralità del potere discrezionale e la conseguente residualità di quello c.d. vincolato, della cui sopravvivenza come categoria di diritto sostanziale è forse anche possibile dubitare³⁵.

Ancora due constatazioni minime: la discrezionalità nella quale in genere ci imbattiamo è, ovviamente, quella tecnica, tipica e propria del «diritto della scienza incerta», e ciò contribuisce a sfumare e a decantare la stessa tradizionale contrapposizione fra il potere discrezionale *tout court* e quello c.d. vincolato; il carattere residuale del potere vincolato, quando pure non si

³⁴ Almeno tendenzialmente, in quanto l'alternativa potere vincolato/potere discrezionale mi sembra più rilevante sul piano dell'utilità strumentale che ne deriva, là ove si tratti di qualificare come diritto soggettivo piuttosto che come interesse legittimo le pretese di cui si invoca la tutela giudiziale, con tutto quanto ne consegue, anche sul terreno materiale/sostanziale della identificazione/definizione del potere che viene esercitato. Tema, questo stesso, della cui complessità sono ben consapevole, e relativamente al quale, per ulteriori cenni, mi permetto di rinviare a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., *passim*, ma spec. al primo capitolo, anche per riferimenti bibliografici. Ciò che mi sembra tuttavia possibile rilevare è che, anche a voler far uso della tradizionale dicotomia concettuale potere discrezionale/potere vincolato (o supposto e immaginato come tale!), residuerebbe pur sempre un qualche margine operativo per il sindacato di ragionevolezza/logicità del giudice amministrativo sulle forme concrete di esercizio di un potere assunto come vincolato.

³⁵ Rinvio a quanto appena argomentato nella nota che precede.

voglia decretarne il definitivo accantonamento, può essere in qualche misura foriero di conseguenze, anche sistemiche, di un certo peso.

Ad esempio, in che modo si gestisce la fattispecie degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, la cui conclusione può riguardare soltanto il contenuto discrezionale del provvedimento finale che si vuole integrare quando l'accordo non sia addirittura volto a sostituirlo? E, infine, come ci si rapporterà alla fattispecie di cui all'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990, ove si fa indubbiamente leva sul tradizionale antagonismo fra potere discrezionale e potere vincolato, con importanti conseguenze anche per quel che concerne la collocazione, di straordinario rilievo strategico, della giurisdizione amministrativa³⁶?

Interrogativi senza risposta, a ben vedere, ma che debbono essere affrontati in piena sintonia con quanto affermato dalla giurisdizione amministrativa, anche nelle pronunzie passate in rassegna, e cioè nel fermo rispetto dei principi fondamentali di garanzia del nostro diritto pubblico, e segnatamente del nostro diritto amministrativo, alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

³⁶ È, infatti, lo stesso meccanismo, a mio avviso non perspicuo, messo in piedi con l'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990 a collocare, per così dire, il giudice amministrativo in una posizione di splendido isolamento, quasi sulla classica «torre d'avorio»; invero, è sì l'amministrazione a dover provare che il provvedimento sarebbe stato comunque lo stesso, anche quando siano stati violati i principi del «giusto procedimento» (perché di questo si tratta!) o perché il provvedimento era comunque a carattere vincolato, ma è il giudice stesso a trovarsi, drammaticamente solo, sul perimetro esterno della legalità ed a dover pronunziare l'ultima, definitiva parola. Ossia, a rappresentare, in un sistema caratterizzato, fra l'altro, dalla forte dequotazione dei controlli preventivi di stretta legittimità l'ultimo baluardo posto a presidio della legalità, della legalità senza aggettivi, sia formale che sostanziale.

MASSIMO LUCIANI

La decisione giudiziaria robotica

SOMMARIO: 1. Genocidio a Palazzo di Giustizia? – 2. Quando il giudice è un «buon» giudice? – 3. L'aspirazione all'oggettività e la spersonalizzazione della funzione giurisdizionale – 4. La decisione robotica e i suoi nemici – 5. Apologo conclusivo

1. Nel 1949 Ugo Betti metteva per la prima volta in scena il suo coinvolgente *Corruzione al Palazzo di Giustizia*¹. Adesso in quel palazzo potrebbe commettersi ben altro reato, anzi un vero e proprio genocidio, se mai si realizzasse l'ipotesi – a un tempo scientifica e normativa – della sostituzione di giudici con robot. Robot che, paradossalmente, non potrebbero a loro volta essere vittime di simili delitti (a meno di non concludere che a un vero e proprio omicidio equivalga la disattivazione della memoria centrale di un computer, come sembra suggerirci Arthur Clarke in *2001, Odissea nello spazio*)².

Ma perché mai sostituire un robot a un giudice? Ipotizzo tre possibili risposte: liberare gli esseri umani dal peso del lavoro³; erogare prestazioni più efficienti di quelle che sono fornite dall'elemento umano; garantire certezza giuridica. Pongo subito la questione del *quia* prima di quella del *quomodo* per la semplice ragione che le modalità del raggiungimento di un obiettivo pratico meritano di essere studiate solo a condizione che l'obiettivo sia desiderabile (*quia* e *an* in realtà coincidono): anche se questo è ovvio è bene precisarlo, perché la discussione contemporanea ruota più attorno alla seconda, subordinata, questione che attorno alla prima, principale. Vediamo, allora, le singole, possibili, *rationes*, non senza la precisazione preliminare che le questioni che porrò riguardano l'ipotesi estrema della sostituzione «integrale» della macchina all'essere umano, non quella della desiderabilità/praticabilità di una sostituzione «parziale» (ad es. per le questioni seriali, per

¹ U. BETTI, *Corruzione al Palazzo di Giustizia*, Roma 1993.

² A. C. CLARKE, 2001. *A Space Odyssey*, trad. it. di B. Oddera, 2001. *Odissea nello spazio*, Milano 1972, p. 167, p. 175 ss.

³ Del resto, lo stesso neologismo «robot» allude, in ceco, al lavoro, ancorché forzato o servile, a quanto ho potuto appurare. In russo, invece, *работать* sta per «lavorare» in generale.

quelle che comportano un mero sforzo computazionale, etc.)⁴ o comunque ancillare alla decisione umana⁵.

I) La prima (liberare gli esseri umani dal peso del lavoro) può essere messa agevolmente da canto. Certo, il lavoro, nella tradizione giudaico-cristiana, è una condanna inflitta agli uomini in ragione del peccato originale (anche se Kierkegaard cercherà di riabilitarlo, affermando la «convinzione etica» dell'importanza del lavoro «lotta per il sostentamento», che dimostrerebbe come «l'uomo [sia] più grande di ogni altra creatura, nel provvedere a sé stesso»)⁶. Certo l'azione robotica, sostituendosi all'azione umana, consente di darsi a «mansioni più creative e significative»⁷ e addirittura di dedicare meno tempo al lavoro e più tempo all'istruzione, alle attività ludiche, alla solidarietà, etc. Questo, tuttavia, non basta. Non si tratta semplicemente di rammentare che il lavoro è un essenziale fattore identitario, così decisivo che la sua precarizzazione e parcellizzazione, con la disoccupazione e la sottoccupazione, sono all'origine di quella grave «crisi del rappresentato» che (più ancora dell'innegabile crisi di qualità del rappresentante) ha inceppato il meccanismo della rappresentanza politica⁸. Più prosaicamente, si tratta di questo: se possiamo essere lieti che un robot faccia al posto nostro un lavoro non gratificante (spaccare pietre, pulire gabinetti, etc.), dubito che lo siamo altrettanto se il lavoro dal quale veniamo «liberati» è di soddisfazione e ci consente di esercitare un bel po' di potere (è un punto essenziale, sul quale tornerò). Il lavoro dal quale aspiriamo che il robot ci liberi, insomma,

⁴ È noto che, in varie parti del mondo, attività robotiche di questo tipo sono già ampiamente in corso.

⁵ È questa, invece, la prospettiva dell'art. 22 del Regolamento (del Parlamento Europeo e del Consiglio) 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati): «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

⁶ S. KIERKEGAARD, *Enten-Eller* (1843), trad. it. di K. M. Guldbrandsen e R. Cantoni, *Aut-Aut*, Milano 2008, spec. p. 165 ss.

⁷ Per servirsi della formula impiegata dal Parlamento Europeo nella nota Risoluzione P8_TA(2017)0051 del 16 febbraio 2017, recante «raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» (Considerando J).

⁸ Il rappresentante, infatti, al di là dei suoi demeriti, si trova nella poco invidiabile condizione di non sapere nemmeno chi rappresenta. Come potrebbe dare, dunque, risposte politiche davvero soddisfacenti? Sul punto, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA. VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, p. 114 ss.

è solo quello delle «tre D» del dibattito anglosassone: *dull, dirty, dangerous*⁹, non il lavoro che ci dà soddisfazione e nel quale ci sentiamo realizzati. Anche se la resistenza del lavoratore umano alla sostituzione da parte di un robot più efficiente è in genere destinata al fallimento¹⁰, le sue *chances* di successo aumentano quando a gestirla sono ceti socialmente forti e culturalmente attrezzati.

II) La seconda (erogare prestazioni più efficienti di quelle che sono fornite dall'elemento umano) sembra più plausibile: non a caso si è preconizzato che, in settori che sperimentano «condizioni di eccessivo carico di lavoro del sistema», tra i quali rientrerebbero «certamente il settore sanitario e quello della giustizia», i robot avranno «larghissima diffusione»¹¹. Nel dominio dell'attività giurisdizionale, però, l'efficienza (che possiamo intendere – in accordo con un numero indifferenziato – come economicità e rapidità) si atteggia in modo assai peculiare.

Economicità e rapidità sono termini di una sostanziale endiadi, perché tutti gli strumenti che incidono sull'una sono funzionali anche all'altra. In particolare, la deflazione del contenzioso con l'introduzione di più difficili ostacoli processuali o con l'imposizione del pagamento di un cospicuo contributo per le spese di giustizia, come pure la previsione di un limite massimo della mole degli scritti difensivi, servono a impegnare meno risorse (epperò a soddisfare l'economicità), ma anche a rendere più sollecite le risposte offerte da quelle disponibili (epperò a soddisfare la rapidità). L'esigenza di rapidità, del resto, è esplicitamente entrata anche in Costituzione con il nuovo art. 111 e con il principio della ragionevole durata del processo, ma è ben noto che già prima la giurisprudenza costituzionale se ne era fatta carico (come di quasi tutte le esigenze fatte valere dalla l. cost. n. 2 del 1999, che, come è noto, ha novellato l'art. 111 Cost.)¹².

Ora, la rapidità, nel diritto, ha un costo. Come dimostra soprattutto il processo amministrativo¹³, cosperso di riti abbreviati o accelerati della più

⁹ P. LIN, K. ABNEY, G. BEKEY, *Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world*, in *Artificial Intelligence*, 2011, n. 175, p. 944.

¹⁰ P. LIN, K. ABNEY, G. BEKEY, *Robot ethics*, cit., p. 947. È questo un terreno sul quale le «profezie» di Isaac Asimov, in genere assai felici, hanno fallito. In *Io, Robot* (Milano 1985, p. 37), in particolare, Asimov immaginava che la produzione di robot da parte di robot sarebbe stata impedita dai sindacati: i fatti sono andati in altra direzione, temo.

¹¹ Così A. CARCATERA, *Machinae autonome e robot*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna 2019, p. 59.

¹² Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 433 ss. (in rete è accessibile in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, p. 1 ss.).

¹³ Anche nel dominio del processo civile, peraltro, ci sono stati molti interventi nella medesima direzione: dall'ormai risalente riforma del rito del lavoro (con la l. 11 agosto 1973,

varia natura, ridurre i termini processuali ha molti inconvenienti: accelerare una controversia significa rallentarne un'altra; se tutto è accelerato nulla è accelerato, specie a fronte di risorse (umane e materiali) non incrementate; la rapidità può andare a scapito della qualità, il che pone seri problemi di legittimità costituzionale, perché la giurisdizione deve soddisfare un diritto fondamentale come quello di difesa (anzi: il primo diritto a essere stato così qualificato dalla Corte costituzionale dopo quello alla salute, che tale qualifica riceve direttamente dall'art. 32 Cost.)¹⁴. Tutto questo, ai nostri fini, comporta una conclusione assai semplice: la maggiore rapidità della decisione robotica potrebbe importare solo a condizione che la prestazione robotica e quella umana si equivalessero in termini qualitativi e soddisfacessero quel principio della tutela giurisdizionale effettiva che la giurisprudenza ha da tempo valorizzato. Sennonché, sebbene non poche pronunce¹⁵ abbiano posto la celerità del processo e l'effettività della tutela sul medesimo piano, costruendole come un'endiadi o comunque collegandole strettamente, esse sono esigenze diverse, che fatalmente possono anche confliggere, come del resto la stessa giurisprudenza ha dovuto riconoscere¹⁶. Come già in altra occasione ho osservato¹⁷, e a tacer d'altro, un eccesso di filtri o di formalismi, magari introdotti pretoriamente *iussu iudicis*¹⁸, non solo complica oltre il lecito il lavoro del difensore, ma finisce per penalizzare l'incolpevole assistito, mentre ridurre il contenzioso aumentando i costi dell'accesso alla giustizia è contrario al principio di eguaglianza sostanziale e privilegia i litiganti che hanno mezzi e possono permettersi di sostenere gli oneri della lite.

n. 533) a quella dei procedimenti sommari (con la l. 18 giugno 2009, n. 69) a quella della mediazione (con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), etc.

¹⁴ V. Corte cost., sent. 18 marzo 1957, n. 46 («[...] il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto»). Già la sent. del 26 gennaio 1957, n. 29, per vero, aveva parlato di un «diritto fondamentale», ma si trattava di quello alla salute, così esplicitamente qualificato dallo stesso art. 32 Cost.

¹⁵ Sono indicate nel mio *Garanzie ed efficienza*, cit., cui rinvio per non appesantire le note di questo scritto.

¹⁶ V., in particolare, Cons. St., sent. 20 luglio 2011, n. 4393, ove si legge che «il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale non può essere inteso con un grado di ampiezza tale da ammettere ingiustificabili forme di frazionamento delle occasioni di impugnativa supportate dal solo interesse individuale a moltiplicare le iniziative contenziose»; Cons. St., sent. 16 marzo 2016, n. 1059, ove, in tema di rito elettorale, si sottolinea la necessità di conciliare «i contrapposti interessi in gioco della effettività della tutela giurisdizionale e della celerità e speditezza che il giudizio elettorale deve in ogni caso assicurare» (in termini anche Cons. St., sentt. 13 aprile 2016, n. 1477, e 21 novembre 2016, n. 4863).

¹⁷ V. ancora M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., p. 433 ss.

¹⁸ Paradigmatica la Cass., sent. 31 marzo 2014, n. 7474.

Di fronte alla decisione robotica il problema dei costi ha un certo rilievo, perché le spese di progettazione, esecuzione e manutenzione di una struttura robotica possono essere assai ingenti e sarebbe opportuno calcolarle attentamente prima di affermare con sicurezza che la soluzione robotica sarebbe economicamente più vantaggiosa.

III) La terza (garantire certezza giuridica) è di gran lunga la più importante. L'esigenza oggettiva di certezza, con il suo connesso profilo soggettivo dell'affidamento, si colloca autenticamente al centro degli ordinamenti contemporanei. Sulla scia di Weber, Natalino Irti l'ha collegata allo sviluppo del capitalismo, mettendo in rilievo che un mondo prevedibile è essenziale per l'imprenditore e le sue strategie di investimento¹⁹, ma a me sembra che il rilievo weberiano, per quanto ineccepibile, sia solo parziale e che quell'esigenza sia, più in generale, un lascito della modernità, la quale, se «comprende» il capitalismo, nel capitalismo «non si esaurisce». Un lascito della modernità soprattutto politica, nel senso che lo Stato moderno nasce (nel disastro delle guerre civili e di religione) come erogatore di prestazioni di sicurezza (fisica) per i sudditi²⁰ e che la certezza giuridica non è altro che la proiezione della sicurezza nel dominio del diritto²¹. Statualità, sicurezza e certezza sono, dunque, una triade «politica» indissolubile, la cui costruzione precede di un paio di secoli i trionfi «economici» del capitalismo.

Che la certezza sia al «centro» dell'ordinamento vuol dire che non è al suo «vertice». In una Costituzione come la nostra, ha scritto la Corte costituzionale nella sent. n. 83 del 2013, scopertamente riecheggiando suggestioni schmittiane²², «la tutela [dei diritti] deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). 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, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona», il che è corretto, visto che nessun valore, positivizzato in principio

¹⁹ Da ultimo, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017, p. 21 ss.

²⁰ Che la razionalizzazione formale del diritto si sia affermata anche per esigenze politiche dello Stato moderno dice giustamente P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in AA. VV., *Calcolabilità giuridica*, cit., 30, che tuttavia la lega (a mio avviso riduttivamente) agli «interessi di potenza del principe».

²¹ L'ho osservato in molti scritti. V., in particolare, *Garanzie ed efficienza*, cit., p. 474.

²² C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, 3 ed., Berlin 2011.

costituzionale, si sottrae al bilanciamento, dignità compresa²³. Stare al centro del sistema, però, significa privilegio d'essere assunta come la «prospettiva» dalla quale l'intero ordinamento, se vuole essere abbracciato *uno actu*, deve essere riguardato.

La questione della certezza merita allora, anche qui, considerazione specifica. Non senza aver prima precisato, però, che ho parlato e parlerò di robot e non di intelligenza artificiale o di computer per una buona ragione. A parte il fatto che fra robot e AI è difficile distinguere²⁴, va detto che, anche a dare di robot una definizione che non potrebbe estendersi all'intelligenza artificiale (ad esempio «*A machine resembling a human being and being able to replicate certain human movements and functions automatically*»)²⁵, credo sia ragionevole immaginare che, per ragioni psicologiche²⁶, si accetti più di buon grado la decisione di una macchina antropomorfa che quella di un ammasso di metallo e plastica, sicché un eventuale giudice robotico futuro sarebbe probabilmente, appunto, robotico, nel senso che avrebbe preferibilmente «sembianze umane» e interagirebbe con l'esterno per mimesi di umani comportamenti (del resto, sembra che già lo faccia dal punto di vista strutturale, se è vera la natura tendenzialmente digitale, ovvero mista digitale/analogica, dei processi mentali umani, di cui diceva già v. Neumann)²⁷.

2. Per stabilire cosa ci attendiamo da un giudice-robot dobbiamo identificare le pretese che possiamo elevare nei confronti di un giudice-umano, perché quel che dovremmo esigere dal primo dovrebbe essere almeno pari a quanto legittimamente potremmo chiedere al secondo. Vediamo.

La funzione cui il giudice è preordinato è la *iuris-dictio*. Da lui possiamo e dobbiamo pretendere che dica *ius*, non possiamo né dobbiamo pretendere che dica *institiam*. Sovrapponendo diritto e morale, il pensiero giuridico oggi egemone muove da una premessa opposta, ma non tiene conto che l'antica

²³ Argomento questa posizione in M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, p. 145 ss., e in altri scritti.

²⁴ Cfr. J. M. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, in *Calif. L. Rev.*, 2015, p. 45 ss., p. 50.

²⁵ C. HOLDER, V. KHURANA, F. HARRISON, L. JACOBS, *Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotic age*, I, in *Computer Law and Security Review*, 2016, p. 384. Ovviamente, molte altre definizioni di robot sono state avanzate. Ad es., P. LIN, K. ABNEY, G. BEKEY, *Robot ethics*, cit., p. 943, l'intendono come «*an engineered machine that senses, thinks and acts*» (cors. nell'orig.).

²⁶ Invero, «*humans treat anthropomorphic robots like humans*»: H. EIDENMÜLLER, *The Rise of Robots and the Law of Humans*, 5 del dattiloscritto, che può leggersi al sito *SSRN.com*. V. anche J.M. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, cit., p. 56.

²⁷ V. J. NEUMANN, *The Computer & the Brain*, New Haven 1958, trad. it. di P. Bartesaghi, *Computer e cervello*, Milano 2014, p. 96, p. 115.

pretesa positivistica di separare i due domini era tutt'altro che ingenua e infondata (e resta ancora attuale e – come spero emergerà dalle cose che andrò dicendo – radicata in una premessa democratica e anti-aristocratica)²⁸. Vado all'essenziale, semplificando una questione evidentemente cruciale.

I) Almeno in Italia, l'indirizzo egemone non ha alcun appiglio di diritto positivo. I nostri Costituenti hanno fatto riferimento alla giustizia come «bene» o «valore» solo all'art. 11, ma in una disposizione in cui «pace» e «giustizia» sono state concepite come un'endiadi, nel senso che un ordinamento giusto dei rapporti fra le nazioni è appunto un ordinamento di pace, mentre nelle altre nove occorrenze in cui l'hanno menzionata l'hanno intesa soltanto come «funzione» (e dunque come sinonimo di «giurisdizione»)²⁹.

II) Il diritto può certamente positivizzare valori morali, ma non può logicamente importarli tal quali. Quando lo fa, essi necessariamente (se davvero vogliono entrare a far parte del mondo del diritto) si trasformano in principi ed è proprio per questo che (perdendo una caratteristica che – secondo concetto – è propria del valore) devono dismettere le loro pretese assolutistiche e «tiranniche»³⁰, piegandosi alla logica del bilanciamento e del temperamento, che è insita nell'esigenza di ricostruire l'ordinamento giuridico come un tutto dotato di coerenza.

III) Pur così delimitata, la positivizzazione della giustizia appare difficoltosa, perché si tratta del valore nel quale tutti gli altri si riassumono e al quale sono vincolati, visto che la qualificazione di un *quid* come valore appare condizionata dalla possibilità che la tensione alla sua realizzazione (che è propria del valore) sia intesa come «giusta». In realtà, il campo assiologico aperto dal valore-giustizia è così immenso e disputabile che ospitarlo nel dominio del diritto positivo appare velleitario.

IV) Sovrapporre giustizia e diritto significa negare qualità di diritto valido alle leggi ritenute ingiuste e addirittura qualità di diritto *sic et simpliciter* agli ordinamenti che non si conformino all'idea di giustizia nutrita dall'osservatore. In effetti, nel pensiero giuridico occidentale abbiamo importanti filoni di pensiero che giungono a queste conclusioni: per le singole leggi,

²⁸ Quasi superfluo il richiamo alla saldatura fra relativismo etico e democrazia operata da H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, trad. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna, V ed., 1984, p. 144; ma v. anche ID., *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, 1955-1956, trad. it. di A. M. Castronuovo, *I fondamenti della democrazia*, in *La democrazia*, cit., p. 266.

²⁹ Le cose non sono cambiate nemmeno dopo due non felicissime revisioni costituzionali, a seguito delle quali il lemma «giustizia» ricorre in altri due casi: all'art. 111, comma 1, modificato dalla l. cost. n. 2 del 1999, e all'art. 116, comma 3, modificato dalla l. cost. n. 3 del 2001.

³⁰ È scoperta l'allusione, nel testo, a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, cit.

valgono già le affermazioni di Coke nel *Bonham's Case* del 1610 («it appears in our Books, that in many Cases, the Common Law does control Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void»); per gli interi ordinamenti, quelle di Gustav Radbruch di fronte alla barbarie nazista³¹. Ma il filone che da Coke porta a Blackstone aveva, in realtà, ambizioni più ridotte, perché puntava semplicemente a proteggere il più possibile il *law of the land*, matrice e garanzia delle libertà inglesi³², mentre per quanto riguarda la posizione di Radbruch, sebbene storicamente comprensibile (eccome!), essa finiva per aprire *Tür und Tor*, porta e portone, al conflitto di valori, consentendo anche al pensiero totalitario, dal suo punto di vista, di opporre agli ordinamenti democratici una medesima de-qualificazione (del resto, Herbert Hart ha subito segnalato gli abusi cui nel secondo dopoguerra condusse l'applicazione delle tesi di Radbruch da parte dei tribunali tedeschi)³³.

V) Ancor più radicalmente, le gravi conseguenze della sovrapposizione della morale al diritto e della sostituzione della concreta giustizia del caso singolo all'astratto rispetto del dettato normativo sono state messe in luce già molto tempo prima di Hart da Rudolf von Jhering in *Der Kampf um's Recht*, trattando dell'abile espediente lessicale di Porzia che dannava Shylock e salva Antonio ne *Il mercante di Venezia*. Quell'espediente, di evidente inconsistenza sul piano dell'interpretazione della volontà delle parti ai sensi – diremmo noi – dell'art. 1362 cod. civ., sebbene moralmente giustificato dall'intento di salvare una vita, è visto da Jhering come letteralmente distruttivo delle leggi di Venezia: se ognuno può farsene beffe sulla scorta delle proprie convinzioni morali, infatti, cosa ne resta³⁴?

Quando il giudice pretende di rendere giustizia nel caso singolo, dunque, «morale, diritto e costume formano un tutto indistinto», proprio come accadeva «nelle chiuse comunità primitive»³⁵, e il puro soggettivismo si sostituisce all'idea, tipica della modernità, che una qualche oggettività del diritto, in particolare della legge (specie negli ordinamenti di diritto romano), sia

³¹ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, p. 105 ss.

³² Lo rileva, riferendosi a Coke, C. H. MCLWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York 1947, trad. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, p. 36.

³³ H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harv. L. Rev.*, 1958, n. 71, spec. p. 618 ss. V. anche la replica di L. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, *ibid.*, spec. p. 632 e p. 650 ss.

³⁴ R. V. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872, p. 64: «sein Recht [il diritto di Shylock] und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber» (cors. nell'orig.).

³⁵ E. PARESCHE, *Morale e costume*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, p. 1.

disponibile. Di conseguenza, la pretesa che possiamo legittimamente elevare verso il giudice non è alla decisione «giusta», ma alla decisione «esatta» (e cioè correttamente applicativa delle fonti rilevanti)³⁶. Se si vuole, parlare di sentenza «giusta» può ancora avere un senso se ci si limita ad alludere, con questa espressione, alla sentenza che, oltre a essere «esatta» o «corretta», arriva al termine di un processo giusto. Processo giusto che però, a sua volta, non sarebbe altro che processo «legale». Giusta, allora, può ritenersi la sentenza resa all'esito di un processo legale, perché al termine di un processo illegale (e quindi ingiusto) si potrà anche avere una sentenza esatta o che si ritiene moralmente (secondo il proprio soggettivo apprezzamento) condivisibile, ma non una sentenza giusta nel senso ora chiarito (nel senso, cioè, che è giusta non la sentenza che osserva i paradigmi di una specifica giustizia sostanziale, ma quella che osserva i precetti del processo).

3. È appunto l'esattezza della decisione che potrebbe legittimamente costituire l'obiettivo della giustizia robotica: come il robot sembra in grado di risolvere operazioni matematiche di estrema complessità con una rapidità e una precisione di cui non sono capaci gli esseri umani, così le stesse prestazioni potrebbero essere dal robot erogate nel dominio dell'attività giurisdizionale. Questa, in effetti, è un'aspirazione risalente.

Più che in Pufendorf; più che in Montesquieu; più che nella costruzione rivoluzionaria francese del rapporto giudice-legislatore che condusse all'introduzione del *référé législatif*³⁷, è in Leibniz che troviamo enunciata con la maggiore chiarezza l'aspirazione ideale della quale stiamo discutendo. «Tutte le questioni di diritto puro s[o]no definibili con certezza geometrica». Con questo *dictum* Leibniz³⁸ si proponeva di estendere al dominio della giurisdizione l'ideale della calcolabilità universale, che animava tutta la sua riflessione sulla logica. Una calcolabilità che comportava piena prevedibilità: «Il segno di una conoscenza perfetta si ha quando non si presenti alcunché della cosa di cui si tratta, del quale non si possa render ragione, e non vi sia circostanza della quale non si possa predire l'esito anticipatamente»³⁹. L'ascendenza leibniziana dell'aspirazione in questione si evince anche dal fatto che sempre il Nostro non solo immaginava una lingua universale ca-

³⁶ Quanto alla nozione di sentenza «esatta», mi permetto di rimandare al mio *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 62.

³⁷ Sulla cui vicenda v., in sintesi, F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1985, p. 535 ss.

³⁸ G. W. LEIBNIZ, *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. BARONE (a cura di), *Scritti di logica*, Milano 2009, p. 121.

³⁹ G. W. LEIBNIZ, *Sulla saggezza*, in *Scritti di logica*, cit., p. 131.

pace di tradurre e abbracciare tutte le conoscenze dell'umanità, ma la concepiva come lingua specificamente numerica. «Nulla v'è che non sia subordinato al numero» e «a ciascuna cosa si può assegnare il suo numero caratteristico»⁴⁰; così ragionando, Leibniz apriva le porte al sogno di una conoscenza universale, pienamente acquisibile e pienamente calcolabile proprio in ragione della sua riducibilità a computo matematico. Si poteva, dunque, «escogitare un alfabeto dei pensieri umani e [...] dalla combinazione delle lettere di questo alfabeto e dall'analisi dei vocaboli formati da quelle lettere si potevano scoprire e giudicare tutte le cose»⁴¹; si potevano «completare, valendosi di un calcolo infallibile, le dottrine maggiormente utili alla vita, cioè la morale e la metafisica»⁴².

Certo eravamo ancora lontani sia dalla formalizzazione attuale dei processi conoscitivi e decisionali che dalla costruzione di una logica dell'intelligenza artificiale; certo non c'era stata la prima (credo) intuizione dell'uso di un codice binario per istruire le macchine «intelligenti», maturata da Alan Turing⁴³; certo erano ancor più lontane le incredibili realizzazioni che la digitalizzazione (cioè il codice numerico) ha permesso da qualche decennio, ma non si può dubitare che qui l'*idea* di una conoscenza dimostrabile *more geometrico* fosse già esposta con piena consapevolezza.

Ora, che quest'idea si trovi proprio in Leibniz mi sembra particolarmente significativo. Francesco Barone ha messo limpidamente in luce il problematico rapporto del pensiero leibniziano con quello dell'illuminismo, dovuto a una premessa metafisica che, presente nel primo, manca nel secondo⁴⁴. Questo conferma, a mio parere, che l'aspirazione alla certezza e addirittura alla calcolabilità non si lega solo alle sorti del capitalismo (delle quali gl'illuministi erano pensosi), ma costituisce un lascito della modernità tutta intera, venendo a noi da una varia molteplicità di apporti non sempre

⁴⁰ G. W. LEIBNIZ, *Storia ed elogio della lingua caratteristica universale che sia al tempo stesso arte dello scoprire e del giudicare*, in *Scritti di logica*, cit., p. 141.

⁴¹ *Ibidem*, p. 143.

⁴² *Ibidem*, p. 146.

⁴³ A. TURING, *Proposal for the Development in the Mathematics Division of an Automatic Computing Engine (ACE). Part I: Descriptive Account*, rapporto all'Executive Committee del National Physics Laboratory, 1945, trad. it. di G. Lolli e N. Dazzi, *Proposta per lo sviluppo nella Divisione Matematica di una macchina calcolatrice elettronica (ACE). Parte I: Presentazione descrittiva*, ora in *Intelligenza meccanica*, Torino, p. 35. Al di là della sua applicazione alle macchine, l'elaborazione del codice binario è attribuita a Nepero da R. KAPLAN, *The Nothing that is. A Natural History of Zero*, trad. it. di S. Galli e C. Capararo, *Zero. Storia di una cifra*, Milano 2014, p. 297.

⁴⁴ F. BARONE, *Introduzione* a G.W. LEIBNIZ, *Scritti di logica*, cit., XIX, XXX, XXXVII e *passim*.

facilmente percepibili. Per porre un solo, ma sintomatico, plesso di interrogativi (scopertamente retorici): quanto deve la nascita dello Stato moderno al mutamento delle conoscenze e delle strategie militari? Quanto ha pesato sulla fine del feudalesimo lo sviluppo delle artiglierie, capaci di smantellare le mura della più munita fortezza feudale? Quanto, a sua volta, il progresso dell'artiglieria si deve allo sviluppo del calcolo matematico, in grado di mutare l'efficacia del potere distruttivo del tiro, pur a parità di cannone, di bombarda, di colubrina? L'aspirazione della quale parliamo viene dunque dalle viscere profonde della modernità, economica – certo –, ma anche filosofica, politica, sociale, militare.

Dall'uragano generato dal pensiero della modernità la giurisdizione non poteva uscire intatta. E, infatti, tra la fine del Settecento e la fine dell'Ottocento, per un buon secolo, assistiamo all'impetuosa tendenza alla progressiva spersonalizzazione della figura del giudice, le cui prestazioni non devono più dipendere dalla sua *virtus* individuale, ma dalla sua professionalità; non dalla sua saggezza, ma dalla sua sapienza; non dalle sue qualità morali, ma dalle sue qualità intellettuali. Il giudice-oracolo cede il passo al giudice-funzionario, con diretti effetti sulla teoria dell'interpretazione giuridica, che vede il progressivo consolidamento del formalismo. Sarà solo con il «ripudio della realtà oggettiva e della sua conoscibilità razionale»⁴⁵, che Lukács etichetterà come «distruzione della ragione», che le cose cambieranno e si svilupperanno la *Freirechtsbewegung*, la *libre recherche scientifique* di Gény, l'*Interssenjurisprudenz*, il realismo scandinavo, quello americano, la perelmaniana teoria dell'argomentazione, l'ermeneutica contemporanea, la dottrina della precomprensione, alcuni indirizzi analitici, il neo-costituzionalismo: tutti movimenti estremamente diversi l'uno dagli altri, ma tutti uniti dalla tendenza ad asserire l'insignificanza del testo della «disposizione» legislativa e la «realtà» della sola «norma» che sarebbe «creata» dal giudice.

Una sana reazione a questo magmatico filone di pensiero sembra registrarsi in questi ultimi anni, sia in dottrina che in giurisprudenza⁴⁶, ma si tratta ancora di pensiero egemone, che è fortemente penetrato nelle scuole di diritto e ha affascinato intere generazioni di studiosi, i quali ora sovente recalcitrano a rimeditarne presupposti, logicità interna, conseguenze. Potrebbe una giustizia robotica batterlo in breccia? Potrebbe l'estensione dei

⁴⁵ G. LUKÁCS, *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1954, trad. it. di E. Arnaud, *La distruzione della ragione*, 3 ed., Torino 1974, p. 24, ma v. anche p. 10.

⁴⁶ Ne do conto nel mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, IX, Milano, 2016, 391 ss., molte pagine del quale sono dedicate alla critica della distinzione fra disposizione e norma (sulla quale si regge, in sostanza, buona parte della costruzione teorica da me non condivisa).

limiti della calcolabilità che è consentita dalla robotica odierna (e ancor più è promessa da quella futura) realizzare il sogno leibniziano? Potrebbe il robot saldare i due «mondi diversi» di cui parlava il Kelsen di *Society and Nature*, quello della natura, governato dal principio di causalità, e quello della cultura, governato da norme sociali⁴⁷? Sarebbe concepibile passare dall'«autonomizzazione»⁴⁸ all'«automazione» della giurisdizione?

Di recente un autorevole magistrato ha sostenuto che «non è più tempo di esattezza matematica e unità del diritto, giustizia meccanica e giudici automa»⁴⁹ e per giungere a questa conclusione ha preso le mosse da una critica alla modernità che non condivido. Insisto a credere, invece, che quello del giudice-automa sia un buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo. Paradigma idealtipico, inutile dirlo, significa che non si tratta di un *exemplum* reperibile in fatto, ma di un modello, di una prospettiva di orientamento. Modello e prospettiva cui occorre volgersi non per ragioni ideologiche, ma logiche e giuridico-positive: perché occorre identificare un confine fra *legis-latio* e *iuris-dictio*, se alla distinzione fra le due funzioni si vuole dare ancora un senso, evitando di affogarle nella rigorosa, ma irrealistica, indistinzione kelseniana della nomopoiesi; perché quel confine è presupposto dalle norme costituzionali che disegnano l'assetto istituzionale della Repubblica. Non, dunque, una visione penalizzante della giurisdizione, ma una sua rappresentazione ideale (da tradurre auspicabilmente in auto-rappresentazione) che resta sullo sfondo, ma può funzionare da marcatore di direzione.

Altra cosa, però, è ritenere che sia praticabile la soluzione dell'automa-giudice⁵⁰. Personalmente ne dubito. Poiché mi mancano le conoscenze scientifiche «dure» necessarie per dare risposte dotate di un minimo di at-

⁴⁷ H. Kelsen, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago 1943, trad. it. di L. Fuà, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino 1953, p. 18.

⁴⁸ Constatano, giustamente, la crescente autonomizzazione della giurisdizione (dalla legge, dagli altri poteri, dal contesto ordinamentale nazionale) J. ALLARD, A. v. WAËYENBERGE, *De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, in *Rev. interd. d'études juridiques*, 2008, p. 112 ss.

⁴⁹ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna 2018, p. 31.

⁵⁰ A quanto pare, in domini meno complessi di quello giuridico, ma certo non banali, come quello della valutazione delle prestazioni artistico-sportive, la sostituzione della macchina all'uomo è prossima: alle olimpiadi di Tokyo del 2020, infatti, dovrebbe essere un robot a giudicare le prestazioni delle atlete di ginnastica ritmica (traggo l'informazione da A. LOBE, *Der Roboter hat keine Lannen*, in *Zeit Online*, 4 ottobre 2016).

tendibilità, mi limito a enunciare i dubbi che nutro: sono abbastanza convinto ch'essi sottendano difficoltà irrisolvibili, ma – ripeto – la mia convinzione riposa, almeno sul piano delle scienze non giuridiche, più sull'intuizione che sulla conoscenza. Poiché, però, si tratta dei dubbi di un giurista (che trascendono largamente il profilo tecnico-scientifico), penso di essere legittimato a enunciarli.

4. Quando Karl Popper scriveva *La società aperta e i suoi nemici* pensava a nemici politici e culturali. Qui, invece, penso a nemici logici e di diritto positivo. Credo sia evidente che molti nemici politici e culturali stringerebbero volentieri alleanza con quelli logici e giuridici, se questi avessero un'identità personale, ma in ogni caso anche gli eventuali sostenitori della decisione robotica dovrebbero porsi il problema di quei nemici (*i.e.*: ostacoli), senza il cui superamento nessuna decisione robotica (complessa) sarebbe possibile. È evidente che lo statuto concettuale degli uni e degli altri ostacoli è diverso, perché quelli di diritto positivo possono essere rimossi con una decisione politica, mentre la rimozione di quelli logici richiede una soluzione scientifica. Li elenco, nondimeno, promiscuamente, sia perché sovente sono inestricabilmente intrecciati, sia perché entrambi, sebbene per motivi diversi, potrebbero essere caratterizzati dall'insormontabilità. Se quelli logici potrebbero esserlo in ragione dell'insolubilità del problema matematico o ingegneristico che pongono (e questo, ribadisco, non sono in grado di dirlo), quelli di diritto positivo potrebbero esserlo in ragione dell'impraticabilità politica della loro rimozione (e questo, invece, sono in grado almeno di immaginarlo): tutti gli ostacoli di tal genere che elencherò, infatti, toccano snodi fondamentali della forma di governo o della forma di Stato, che le forze politiche e l'opinione pubblica potrebbero voler lasciare inalterati. Ovviamente, il mio punto di vista sarà quello dell'ordinamento giuridico italiano, ma va da sé che analoghi ostacoli, *mutatis mutandis*, si possono dare in qualunque altro ordinamento.

Fra gli ostacoli non menzionerò (oltre il delicato problema tecnico della vulnerabilità all'*hacking*) quello che per molti – invece – sarebbe sul piano giuridico addirittura il primo, sta a dire l'insormontabile discrezionalità del giudice e la naturale creatività della sua opera: per ragioni che non posso esporre qui e che ho tentato di argomentare in altra occasione⁵¹, per un verso, quelle enunciate dal giudice devono ritenersi, nella maggior parte dei casi, proposizioni aletiche; per l'altro, la sua opera non crea, in realtà, alcunché. La mancata menzione di questo preteso ostacolo, comunque, non è poi una gran perdita per i possibili avversari della decisione robotica, perché

⁵¹ Mi riferisco alla già citata voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., spec. p. 397 ss.

quelli che rimangono sono così tanti e così elevati che l'ipotesi del loro superamento appare allo stato remota. Ne conto, senza pretesa di completezza, nove e li elenco secondo l'ordine che mi sembra più conveniente, in assenza di un solo e rigoroso ordine logico che tutti li leghi e considerato che i nessi che li avvolgono sono molteplici e a loro volta correlati.

I) Se, nonostante la «crisi della fattispecie»⁵², la parte preponderante dell'attività del giudice è ancora la sussunzione del fatto nella norma, o se si preferisce la riconduzione della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, assumono un'importanza cruciale i fatti che al giudice (umano) sono «rappresentati». Come è evidente, questi fatti sono l'inevitabile risultato di una selezione, essendo impossibile rappresentare al giudice (o che il giudice acquisisca) l'intero universo dei fatti connessi alla regiudicanda. La dottrina dell'interpretazione oggi egemone in sede accademica (sebbene ancora, fortunatamente, respinta da una parte cospicua della magistratura) esibisce, sul punto, una paradossale contraddizione. Mentre, infatti, nega qualunque consistenza ontologica delle norme (esse si darebbero solo *ex post*, grazie all'opera dell'interprete) afferma una vera e propria ontologia dei fatti, sostenendo che la norma sia muta e possa parlare solo di fronte al fatto «interrogante». Sennonché, in un giudizio i fatti rilevanti non sono dati, ma sono il frutto di una selezione della pressoché infinita molteplicità dei dati materiali disponibili, che trova il proprio fondamento nell'identificazione della norma che va loro applicata⁵³. Sicché la norma viene prima del fatto o, a tutto concedere, è un *prius* che il più delle volte ha ragione di emergere alla coscienza, di volta in volta, assieme al fatto.

Questo problema non svanirebbe se il giudice-umano venisse rimpiazzato dal giudice-robot. Anche nel caso delle macchine «pensanti», infatti, i dati che vengono immessi non sono mai tutti quelli disponibili, ma solo quelli che (comunque attraverso un processo di semplificazione e di riduzione informativa, necessario per ricondurre il fatto a dato numerico leggibile dalla macchina) si è deciso di ritenere rilevanti⁵⁴: per un verso, la messa a disposizione di «tutti» i dati equivarrebbe a replicare nel robot, in forma digitalizzata, l'intera informazione disponibile nell'universo, il che è logicamente impossibile (non foss'altro perché quell'informazione dovrebbe comprendere anche se stessa nel momento del proprio farsi); dall'altro, ove pure questo fosse per ipotesi concepibile (e non valesse l'insormontabile ostacolo vichiano del *verum-factum*), sarebbe diseconomico, perché richiede-

⁵² N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 19 ss.

⁵³ Per questo rilievo, v. ancora il mio *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 425.

⁵⁴ A. CARCATERRA, *Machinae autonome e robot*, cit., p. 39.

rebbe lo sfruttamento di enormi (anzi, infinite) capacità di calcolo e di energia.

Ci troviamo, pertanto, nella medesima condizione in cui si versa di fronte al giudice-umano (salvo il particolare che a questo i fatti sono «rappresentati», mentre nel giudice-robot sono «immessi»), con la conseguenza che (data in ipotesi per acquisita la correttezza delle istruzioni logiche e dell'opera ingegneristica) l'«esattezza» del sillogismo operato dal robot viene a dipendere tutta dalla completezza e pertinenza dei dati⁵⁵. Ma, come abbiamo visto, se degli infiniti fatti selezioniamo solo una parte, ciò è perché «già» avvertiamo la loro rilevanza per rapporto alla norma e già in qualche modo anticipiamo, tentativamente, la sussunzione del fatto alla norma. Il calcolo «esatto» della macchina, pertanto, dipende pur sempre da un fallibile processo cognitivo umano.

II) Non esistono macchine infallibili. Che si tratti di *hardware* (e qui comprendo anche le influenze dell'ambiente esterno), di *software* (e dunque di logica delle istruzioni date alla macchina) o – come già detto – di difettosa immissione dei dati rilevanti, qualunque macchina può sbagliare⁵⁶. Si pone, così, un serio problema, logico e di opportunità politica all'un tempo: se anche la macchina può sbagliare, come possiamo soddisfare appieno l'esigenza di certezza che potrebbe giustificare la sostituzione del giudice-umano con il giudice-robot? Ovviamente, si potrebbe rispondere che se è vero che il robot non permetterebbe di soddisfare quell'esigenza «appieno», sarebbe altrettanto vero ch'esso è pur sempre più affidabile dell'essere umano, sicché la soluzione della giurisdizione robotica, essendo migliore ancorché non perfetta, si farebbe preferire. Sarebbe una risposta corretta, ma non toccherebbe il cuore della questione.

L'errore robotico, anzitutto, non è mai, davvero, della macchina, ma è sempre e comunque un errore umano. Né le cose cambierebbero con un'integrazione uomo-macchina portata all'estremo (cervello umano in corpo interamente meccanico): se l'identità dell'essere umano è data dal *νοῦς* più che dal *σῶμα*, in quel caso avremmo pur sempre un essere umano, non una macchina. Se a sbagliare, dunque, è un uomo, è a un uomo che l'errore della macchina va imputato ed è un uomo che dell'errore deve ritenersi anche

⁵⁵ L'osservazione che «i dati sono affetti da molti subdoli ed inevitabili difetti» (A. CATERRA, *Machine autonome e robot*, cit., p. 40), dunque, vale in questo dominio ancor più che nella generalità dei casi.

⁵⁶ Già A. TURING, *Proposta per lo sviluppo nella Divisione Matematica*, cit., p. 57, elencava tre possibili fattori di errore: difetti dell'impianto; interferenze temporanee; tavole di istruzione non corrette. A sua volta, J. v. NEUMANN, *Computer e cervello*, cit., p. 82, aveva opportunamente messo in luce che nelle procedure di calcolo complesse gli errori possono sovrapporsi e moltiplicarsi.

giuridicamente responsabile⁵⁷. Qui abbiamo una cospicua letteratura sulla responsabilità da *factum machinae*, che non c'è alcun bisogno di esaminare⁵⁸. Non interessa, infatti, stabilire se la responsabilità vada accertata puntualmente, identificando il singolo agente che ha determinato l'errore; se sia sufficiente – invece – stabilire convenzionalmente il centro d'imputazione (produttore della macchina; fornitore del servizio, etc.)⁵⁹; se la responsabilità debba essere condizionata alla presenza dell'elemento soggettivo o possa essere oggettiva, etc. Conta, infatti, altro.

In primo luogo, poiché l'errore della macchina è tendenzialmente «invisibile»⁶⁰, c'è da chiedersi come questo possa essere compatibile con il principio liberaldemocratico della piena pubblicità della giurisdizione. Non a caso il nostro ordinamento, sin dal novellato art. 111, comma 3, Cost., valorizza (sia pure per il solo processo penale) l'oralità e non meno a caso le recenti restrizioni imposte alla pubblica udienza nel giudizio per cassazione hanno fatto molto discutere, sollecitando non lievi dubbi di legittimità costituzionale sulla loro notevole estensione⁶¹.

⁵⁷ Non importa, dunque, che «le operazioni biologiche, quelle macchinari e quelle algoritmiche non posso[a]no essere qualificate come colpevoli oppure come innocenti» (B. ROMANO, *Dalla Metropoli verso Internet. Persona. Libertà. Diritto*, Torino 2017, p. 112), perché quel che conta è l'azione umana che loro soggiace.

⁵⁸ Sul tema della responsabilità si sta concentrando la maggiore attenzione dei regolatori: v., ad es., la già cit. Risoluzione del Parlamento Europeo P8_TA(2017)0051 del 16 febbraio 2017, che fa riferimento alla responsabilità già subito dopo l'enunciazione dei «principi generali».

⁵⁹ La tesi della centralizzazione, sia detto *per incidens*, appare preferibile, per evidenti ragioni di semplificazione (ovviamente, nella prospettiva della sopportazione del rischio da responsabilità, i rapporti fra i vari agenti della filiera potrebbero essere liberamente regolati fra di loro). Con particolare riferimento ai veicoli a guida autonoma l'ipotesi della centralizzazione della responsabilità nel produttore del veicolo è avanzata da C. HOLDER, V. KHURANA, F. HARRISON, L. JACOBS, *Robotics and law*, cit., p. 386.

Opposta (nel senso, dunque, della distinzione e frammentazione della responsabilità) mi sembra la posizione del Parlamento Europeo nella Risoluzione appena ricordata. Ivi, infatti, al Punto 56, si afferma che «una volta individuati i soggetti responsabili in ultima istanza, la loro responsabilità dovrebbe essere proporzionale all'effettivo livello di istruzioni impartite al robot e al grado di autonomia di quest'ultimo, di modo che quanto maggiore è la capacità di apprendimento o l'autonomia di un robot e quanto maggiore è la durata della formazione di un robot, tanto maggiore dovrebbe essere la responsabilità del suo formatore».

⁶⁰ P. ZELLINI, *La dattatura del calcolo*, Milano 2018, p. 136.

⁶¹ Mi riferisco all'art. 375, comma 2, cod. proc. civ. (da leggere in una con l'art. 380-bis), per come novellato dall'art. 1-bis della l. 31 agosto 2016, n. 168, a tenor del quale «La Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il

In secondo luogo, se un problema di responsabilità si pone è perché – come del resto già ora accade nelle questioni d’interpretazione –⁶² gli soggiace un corrispondente problema di «potere», per l’inevitabile correlazione che tra responsabilità e potere si instaura almeno negli ordinamenti liberal-democratici. Spostando la decisione giudiziaria dall’uomo al robot, quel che si sposta, in fatto, è il potere, ma lo si sposta da uomo a uomo, non da uomo a macchina, almeno sin quando non si daranno macchine pienamente autonome e autoriproducentisi. Se la decisione robotica dipende (oltre che dalle caratteristiche strutturali della macchina e dagli altri elementi che si sono menzionati in precedenza) dall’algoritmo utilizzato⁶³, è evidente che quell’algoritmo non può essere redatto da un semplice «tecnico delle norme»⁶⁴ e che su di esso occorre un accordo intersoggettivo⁶⁵. Non è però banale stabilire quali debbano essere i paciscenti, quale debba essere il peso rispettivo delle loro posizioni, in base a quali criteri l’accordo debba essere trovato. Quand’anche il robot potesse assicurarci dell’assoluta esattezza dei suoi sillogismi, tutto quel che viene «prima» sarebbe oggetto di una decisione «politica», ma poco o nulla trasparente e ben difficilmente controllabile dai consociati.

giudizio». Fra i commenti più critici, ad es., B. SASSANI, *Da Corte a Ufficio Smaltimento: ascesa e declino della “Suprema”*, in *Judicium*, s.d., spec. p. 3 (per la contestazione della lata discrezionalità della Cassazione nello stabilire cosa meriti o no la discussione in pubblica udienza); C. PUNZI, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, spec. p. 12 (per l’invito alla Suprema Corte a interpretare la riforma in «senso estremamente riduttivo»).

Con ord. 10 gennaio 2017, n. 395, tuttavia, la Corte di cassazione ha già dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità che aveva ad oggetto l’art. 380-bis cod. proc. civ.

⁶² N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 25; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 433.

⁶³ L’algoritmo, che «consiste in una sequenza di istruzioni in base alle quali il calcolatore elabora un processo di calcolo» (P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, cit., p. 11), «stabilisce le regole logiche da impiegare nella risoluzione di un problema e la sequenza secondo cui devono essere applicate» ed è distinto dal coding, che «comanda l’esecuzione dei passi di quella sequenza su un particolare dispositivo di calcolo»: P. FERRAGINA, F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna 2017, p. 8. J. v. NEUMANN, *Computer e cervello*, cit., p. 127, aveva definito il codice come «un sistema di istruzioni logiche che un automa sia in grado di svolgere e che porti l’automa a effettuare una qualche operazione organizzata».

⁶⁴ Come paventa, invece, L. AVITABILE, *Il diritto davanti all’algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, p. 319.

⁶⁵ M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di “incontrollabile soggettivismo della decisione”*, in AA. VV., *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 43.

III) Il cuore dell'algoritmo che permetterebbe al giudice-robot di funzionare attiene – a me sembra – alla dottrina dell'interpretazione che s'intende fargli praticare. Se la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta è attività di tipo sillogistico, non necessariamente lo è la ricostruzione della fattispecie astratta attraverso l'interpretazione. Insisto: a me pare che nella larga maggioranza dei casi le proposizioni dei giudici siano aletiche, sicché al robot non dovrebbe essere impossibile dare istruzioni perché anch'egli ne formuli. Cionondimeno, non tutti la pensano a questo modo, sicché lo scioglimento dell'alternativa diventa il contenuto di un'ulteriore decisione politica, priva di qualsivoglia inevitabile automatismo.

Non solo. Anche ad accogliere la premessa, si tratterebbe pur sempre di istruire il robot sull'uso dei bimillenari criteri interpretativi che i giuristi sono soliti utilizzare, graduandoli o almeno dando loro uno specifico «peso». Anche in questo caso ci troviamo di fronte a una decisione politica, della cui piena trasparenza è lecito dubitare.

IV) Per ovviare a questo inconveniente la soluzione più semplice appare quella di istruire il robot inserendo nella sua memoria tutti i possibili repertori giurisprudenziali (e in effetti questo è ciò che sembra si sia fatto quando si sono operate simulazioni su come un robot avrebbe deciso alcuni casi già definiti da certe autorità giudiziarie)⁶⁶. In questo modo parrebbe di poter contare su un dato oggettivo e incontrovertibile, superando il soggettivismo della previa decisione sull'ordine e sul peso dei criteri interpretativi. Nulla, invece, di più errato. Infatti:

a) se i repertori fossero quelli della giurisprudenza più recente daremmo al robot, come istruzione, quella di accogliere anche la dottrina dell'interpretazione oggi praticata in giurisprudenza, visto che i giudici una dottrina dell'interpretazione ce l'hanno anche quando non lo dicono;

b) se i repertori comprendessero anche la giurisprudenza precedente (ma quanto?) avremmo un panorama più completo, ma determineremmo un conflitto evidente di istruzioni, perché la giurisprudenza positivista della fine dell'Ottocento non ha molto a che spartire con la giurisprudenza (diciamo così) realistico-ermeneutica con cui abbiamo spesso a che fare oggi;

c) ipotizzando di immettere nei repertori la giurisprudenza – poniamo – dall'unità d'Italia in poi, in disparte qualunque considerazione sui costi e sulla possibilità di completezza di una simile operazione (specie quanto alle

⁶⁶ Proprio questa, infatti, è ritenuta la logica propria della c.d. «giustizia predittiva»: cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 2.

pronunce di merito), si tratterebbe di decidere se ricomprendervi la giurisprudenza del ventennio fascista, per il cui inserimento ci sarebbero buoni argomenti sia a favore che contro⁶⁷;

d) occorrerebbe stabilire un criterio per risolvere il contrasto di giurisprudenza, quando non sono disponibili pronunce del giudice della nomofilachia o ce ne sono di contrastanti (capita anche, si sa, fra decisioni delle Sezioni Unite);

e) un simile criterio sarebbe comunque discutibile, perché quello della maggioranza potrebbe non essere sempre disponibile (casi di parità) e quello della decisione recenziore non avrebbe fondamento (non valendo per la successione delle sentenze il criterio cronologico che si applica nella successione delle fonti);

f) vincolare il robot alla giurisprudenza pregressa impedisce l'evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali e preclude al diritto di esercitare la sua funzione primaria (rispondere a bisogni umani regolando umani rapporti corrispondentemente alle esigenze sociali del momento storico);

g) un simile vincolo violerebbe l'art. 101 Cost., subordinando il giudice non più solo alla legge, ma alla giurisprudenza;

h) più ancora, tutto questo sarebbe incompatibile con la logica degli ordinamenti di diritto romano, nei quali non può valere (ammesso che valga in quelli di *common law*) il famoso *dictum* holmesiano che «*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*»⁶⁸.

Certo, i problemi sarebbero diversi se oltre ai precedenti giurisprudenziali si facessero acquisire al robot le posizioni dottrinali e le prassi amministrative, ma sarebbero appunto diversi, non minori. Si tratterebbe, infatti, almeno di stabilire quale peso rispettivo attribuire alle tre fonti informative e di risolvere il problema delle opinioni dottrinali dubbiose⁶⁹, il che non è poca cosa.

V) Dobbiamo a un'acuta osservazione di Carl Schmitt il chiarimento della differenza che separa il raffronto tra fatto e norma e il raffronto tra norma e norma. Infatti, «l'applicazione di una norma a un'altra norma è qualcosa di qualitativamente diverso dall'applicazione di una norma a una fattispecie [*Sachverhalt*], e la sussunzione di una legge sotto un'altra legge (se,

⁶⁷ Fra i più critici nei confronti della magistratura italiana durante il fascismo, O. ABBA-MONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano 2003 spec. p. 332 ss.

⁶⁸ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, n. 10.

⁶⁹ Ovviamente, anche la scelta sul «quando» fermarsi nell'acquisizione dei dati sarebbe delicatissima, come pure delicatissimo sarebbe stabilire quando l'acquisizione è completa, in assenza di una totale digitalizzazione della sterminata produzione giuridica anche solo degli ultimi decenni.

d'altra parte, fosse pensabile) qualcosa di sostanzialmente diverso dalla susunzione di una fattispecie [*Sachverhalt*] normata sotto la sua normazione»⁷⁰. Quando una norma è raffrontata a un'altra, i fatti rilevanti sono evidentemente i medesimi (altrimenti il raffronto non sarebbe necessario, coprendo le due norme ambiti fattuali distinti), sicché non si sussume nulla, ma, appunto, si confronta. E la conseguenza, rileva opportunamente Schmitt, è che, se si rileva una contraddizione, quel che accade è che viene semplicemente «deciso quale delle norme vicendevolmente contrastanti debba vigere e quale restare fuori dal campo dell'applicazione»⁷¹, attraverso una «eliminazione autoritaria del dubbio»⁷².

Il tema del dubbio, appunto, appare, ai nostri fini, decisivo.

La questione del raffronto fra norme, che si pone, ad esempio, quando si mettono in relazione norme (prodotte da fonti) di rango diverso o di diversa competenza, per ragioni di diritto positivo assume una configurazione affatto particolare quando il raffronto riguarda le norme di legge da una parte e la Costituzione o le norme euro-unitarie dall'altro. Il nostro ordinamento, infatti, prevede che, in caso di «dubbio» sulla non conformità della norma di legge a Costituzione, ovvero sulla corretta interpretazione da dare alla norma euro-unitaria, il giudice si rivolga – rispettivamente – alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia dell'Unione, perché quel dubbio venga sciolto dall'autorità giurisdizionale competente (artt. 1 della l. cost. n. 1 del 1948; 23, comma 2, della l. n. 87 del 1953; 267 TFUE). Ora, il punto problematico a me pare la concettualizzazione della nozione di «dubbio» per un robot.

Prendiamo, per semplicità, il solo caso della questione di costituzionalità, che può essere sollevata solo se «non manifestamente infondata» e dunque solo in presenza del menzionato dubbio. Se, invece, il dubbio riguardasse la semplice esistenza di un'«ipotesi» di contrasto fra la norma di legge e la Costituzione, poiché una simile ipotesi è possibile formularla nella stragrande maggioranza dei casi, dovremmo concludere nel senso che il giudice-robot dovrebbe quasi sempre rimettere la questione di costituzionalità alla Consulta, con evidenti disfunzionalità del sistema. Se, invece, la soglia del dubbio fosse collocata più in alto, non solo non ci sarebbero criteri oggettivi per stabilire a che punto fissarla, ma – più radicalmente – sarebbe difficile giustificare una costruzione così barocca, perché il robot capace di valutare il dubbio dovrebbe essere capace di valutare anche la «certezza», sicché lo si potrebbe tranquillamente sostituire alla Corte costituzionale.

⁷⁰ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 4 ed., Berlin 1996, p. 42 (trad. mia).

⁷¹ *Ibidem*, p. 43 (trad. mia).

⁷² *Ibidem*, p. 46 (trad. mia).

Ancor più risolutivamente, però, ci si potrebbe chiedere se sia possibile dare al robot istruzioni corrette per ricostruire una nozione – come quella di «dubbio» – che appare difficilmente compatibile con la logica binaria propria dell'intelligenza robotica. Se non lo fosse (la nozione di dubbio potrebbe essere introiettata da un robot – a me pare – solo indicandola con una soglia numerico-percentuale, che tuttavia, come accennato, sarebbe arbitraria), visto che il raffronto di legittimità costituzionale e di legittimità euro-unitaria è necessariamente sotteso, sia pure solo implicitamente, a qualunque decisione giudiziaria, eventuale decisione robotica compresa, ne dovremmo concludere che una simile decisione sia, sebbene «solo» per ragioni di diritto positivo, impraticabile.

VI) La Costituzione menziona in più luoghi la figura dell'avvocato e la giurisprudenza costituzionale, in più occasioni, l'ha scolpito con forza, specie quando ha affermato che «per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale [...]»⁷³. È assai dubbio che un avvocato, per come lo conosciamo noi, avrebbe ancora senso di fronte a una giurisdizione robotica. Infatti:

a) le argomentazioni difensive degli avvocati non avrebbero alcun valore dinanzi a un giudice che, per definizione, pronuncerebbe *tota lege* (*et iurisprudentia*, aggiungo) *perspecta*;

b) poiché il robot si pronuncia sulla base di un algoritmo, non si comprende come sull'algoritmo, da assumere come un *a-priori*, potrebbero incidere le difese tecniche dell'avvocato (se le deduzioni «logiche» dell'avvocato facessero mutare la decisione, si dovrebbe dire che l'algoritmo che regolava l'interpretazione della norma e la sussunzione ad essa della fattispecie era logicamente viziato *ab origine*, il che pregiudicherebbe irrimediabilmente la credenza nell'esattezza della decisione robotica);

c) di conseguenza, il ruolo dell'avvocato sarebbe limitato, al più, al reperimento di un fatto nuovo, che possa incidere sul giudizio in corso o legittimare un appello;

d) l'appello stesso, a questo punto, avrebbe per presupposto solo due ipotesi, cioè il fatto nuovo o l'errore informatico (per il quale, però, l'opera dell'avvocato sarebbe del tutto inutile, dovendo essere sostituita da quella del matematico o dell'ingegnere);

e) il ricorso per cassazione per errore di diritto non avrebbe più ragione di esistere, perché l'errore di diritto non potrebbe essere commesso dalla macchina, ovvero si configurerebbe solo come conseguenza dell'errore informatico o ingegneristico, sicché ricadremmo nel caso descritto *sub d*);

⁷³ Corte cost., sent. del 10 ottobre 1979, n.125.

f) la motivazione della sentenza robotica avrebbe ragione d'essere richiesta solo per assicurarne la controllabilità sociale o per rilevare il possibile errore informatico o ingegneristico (si pensi alla discrepanza fra la motivazione e il dispositivo), ma non avrebbe molta importanza nella prospettiva oggi essenziale (quella della verifica dell'*iter* logico seguito dal giudice), se non limitatamente al riscontro, appunto, dell'errore informatico⁷⁴.

Come si vede, una vera e propria rivoluzione, che, come accennavo in apertura, avrebbe effetti di sistema così profondi che non è dato sapere quanto potrebbero essere socialmente accettati.

VII) Anche gli ordinamenti di diritto romano lasciano sovente al giudice un margine di discrezionalità nell'esercizio delle sue funzioni. Ciò accade, ad esempio, quando gli si conferisce il potere di decidere secondo equità (il che era ammesso anche nella leibniziana «giurisprudenza universale»)⁷⁵ o quando gli è consentito determinare una sanzione fra un minimo e un massimo (anzi: la più recente giurisprudenza costituzionale è ricca di statuizioni contrarie alle c.d. «pene fisse»)⁷⁶. Più dubbio è che si tratti di vera discrezionalità (e non di un semplice problema interpretativo) quando il giudice deve applicare concetti giuridici indeterminati o clausole generali (che magari rinviano alla coscienza sociale, come, ad es., «buon costume»); quando deve decidere (si pensi al giudizio sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo) se due discipline siano «omogenee»; quando deve stabilire se vi sia analogia fra due fattispecie; quando deve formulare giudizi di «prevalenza» (si pensi, nei giudizi costituzionali che oppongono lo Stato e le Regioni, alla statuizione su quale competenza, di quale soggetto istituzionale, sia più rilevante rispetto a una determinata fattispecie), etc. Quale che sia il senso in cui questo dubbio viene sciolto, resta fermo che di casi di sicura discrezionalità del giudice l'ordinamento è cosparsa. L'interrogativo, allora, è addirittura ovvio: perché affidare un simile potere di scelta a un robot? E, soprattutto, come farlo, visto che in questo caso il richiamo al precedente giurisprudenziale serve a poco, perché per comprendere le ragioni dell'una o dell'altra opzione si dovrebbero conoscere gli atti e la storia dei singoli procedimenti in tutte le loro pieghe?

VIII) Sebbene il punto sfugga ai sostenitori radicali della distinzione fra disposizione e norma (da me ormai non più condivisa)⁷⁷, se è vero che la

⁷⁴ Questo perché «i numeri sono certi, univoci. Le parole esigono una interpretazione [...]» (B. ROMANO, *Dalla Metropoli verso Internet*, cit., p. 118).

⁷⁵ G. W. LEIBNIZ, *Principi ed esempi*, cit., 121, ove si precisa che in quella giurisprudenza universale si dovrebbe chiarire anche «cosa appartenga all'equità, ossia quando per il maggior bene ci si deve allontanare dal puro diritto».

⁷⁶ V., da ultimo, sent. del 21 giugno 2017, n. 142.

⁷⁷ Rinvio, una volta di più, al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., *passim*.

disposizione di legge si configura come un enunciato, come un enunciato si configura anche la norma (pretesamente «creata» dal giudice), sicché anch'essa va necessariamente e parimenti interpretata. Poiché il giudice-robot, per comunicare in forma accessibile ai consociati, si esprimerebbe tramite enunciati, le sue statuizioni dovrebbero essere anch'esse oggetto di interpretazione. Conseguentemente, v'è da chiedersi quanto possa essere utile, a fini di certezza, la sostituzione dell'uomo con la macchina.

IX) Se (come si è visto) il robot potesse sostituirsi alla Corte costituzionale potrebbe parzialmente sostituirsi anche al legislatore e al capo dello Stato. Invece di attendere il suo giudizio di costituzionalità dopo l'entrata in vigore di una legge, infatti, lo si potrebbe coinvolgere già al momento della sua discussione, sicché non ci sarebbe bisogno di alcun intervento preventivo del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione, né della Corte costituzionale in sede di sindacato successivo. Analoghe prestazioni preventive si avrebbero probabilmente nei rapporti di diritto privato, potendo le parti dirimere ogni accenno di potenziale controversia rivolgendosi, in prevenzione, alla mediazione robotica (mediazione peculiare, invero, appunto perché potrebbe essere preventiva anche rispetto a qualsivoglia rivendicazione o controversia). Restano al di fuori del perimetro delle mie considerazioni, invece, le possibili forme (non di mediazione, ma) di negoziazione robotica, che invero il nostro ordinamento già conosce⁷⁸. Come si vede, anche in questo caso siamo di fronte a conseguenze di

⁷⁸ Già ora la negoziazione robotica è prevista dal nostro ordinamento. Così, l'art. 1, comma 495, della l. 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di stabilità 2013) stabilisce che «Si considera attività di negoziazione ad alta frequenza quella generata da un algoritmo informatico che determina in maniera automatica le decisioni relative all'invio, alla modifica o alla cancellazione degli ordini e dei relativi parametri, laddove l'invio, la modifica o la cancellazione degli ordini su strumenti finanziari della medesima specie sono effettuati con un intervallo minimo inferiore al valore stabilito con il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui al comma 500». A sua volta, il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il Testo unico della finanza (c.d. T.U.F.), dispone che «Per "negoziiazione algoritmica" si intende la negoziazione di strumenti finanziari in cui un algoritmo informatizzato determina automaticamente i parametri individuali degli ordini, come ad esempio l'avvio dell'ordine, la relativa tempistica, il prezzo, la quantità o le modalità di gestione dell'ordine dopo l'invio, con intervento umano minimo o assente, ad esclusione dei sistemi utilizzati unicamente per trasmettere ordini a una o più sedi di negoziazione, per trattare ordini che non comportano la determinazione di parametri di negoziazione, per confermare ordini o per eseguire il regolamento delle operazioni».

Sul profilo dommatico di tali questioni, v. ora le interessanti e articolate notazioni di C. ANGELICI, *Note preliminari sulle operazioni di borsa*, in AA. VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli 2018, p. 119 ss.

enorme portata in termini sia di forma di governo che di forma di Stato, che sarebbero tendenzialmente di ardua accettazione sociale.

5. In *Feeling of Power*, un breve racconto del 1958, tradotto in italiano con *Nove volte sette* e pubblicato nella meritoria antologia di fantascienza *Le meraviglie del possibile*, curata da Sergio Solmi e Carlo Fruttero nel 1959, Isaac Asimov narra di un mondo governato dagli elaboratori elettronici, nel quale un modesto tecnico, tale Myron Aub, di fronte a uno sbalordito consesso di politici e militari, carta e penna alla mano, dimostra di poter compiere operazioni matematiche complesse. Poiché ogni operazione, ormai, è fatta dai computer e ogni diretta conoscenza della μάθησις è scomparsa, la prima reazione è di assoluta incredulità, ma rapidamente ci si rende conto che il potere che quella penna e quella carta possono dare agli uomini è enorme e che essi possono emanciparsi dai computer, rivelatisi troppo costosi e inefficienti soprattutto in campo militare. A me sembra che Asimov, sessant'anni or sono, avesse ben colto che quello della liberazione è un percorso bidirezionale. Se le macchine possono liberarci dal lavoro, il recupero del nostro specifico umano passa dalla nostra liberazione dalle macchine, quando la loro presenza si fa eccessiva⁷⁹.

L'idea del giudice-robot è intrigante e gettarla in campo è molto utile e importante.

Anzitutto per uno scopo eminentemente pratico, visto che fa intendere come ci sia un ampio margine per l'utilizzo della tecnologia a supporto dell'attività degli operatori del diritto⁸⁰. Già ora noi pratichiamo il diritto in

⁷⁹ Natalino Irti invita a considerare che anche la *téchne* è umana. Ha ragione: lo è logicamente e ormai anche storicamente. Nel *Protagora* (p. XII, p. 321; p. 322), con la narrazione del mito di Epimeteo e Prometeo, Platone ci mostra ch'essa era nelle mani degli dei, ma che gli uomini hanno saputo impossessarsene, così differenziandosi dai bruti. Una liberazione dalle macchine, pertanto, non avrebbe ragion d'essere, perché sarebbe liberazione da noi stessi. Sta di fatto, però, che, una volta oggettivatasi, la *téchne* diviene in qualche modo altro da noi e a noi si contrappone. Di questo abbiamo il sentimento. E quindi possiamo averlo anche della nostra possibile liberazione. Con i consueti toni apocalittici (ma non senza fondamento) mette in guardia dal rischio che la liberazione dal lavoro ottenuta grazie al macchinismo determini un insopportabile *taedium vitae* O. SPENGLER, *Der Mensch und die Technik. Beitrag zu einer Philosophie des Lebens*, München 1931, p. 5.

⁸⁰ Alla stessa conclusione giungono I. KERR, C. MATHEN, *Chief Justice John Roberts is a Robot*, p. 7, che può leggersi all'indirizzo web <http://robots.law.miami.edu/2014/wp-content/uploads/2013/06/Chief-Justice-John-Roberts-is-a-Robot-March-13-.pdf>, ma sulla base di premesse teoriche (fondate anche su assunti dworkiniani) che non condivido (rinvio, una volta ancora, al mio *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 419, nt. 228; p. 437, nt. 368).

modo diverso da quanto facessimo in passato: abbiamo a disposizione computer sui quali scrivere i nostri atti (e, come sa chi utilizza entrambi gli strumenti, il pensiero che passa dalla penna stilografica – della biro non saprei che dire... – non è lo stesso che passa dalla tastiera); banche dati digitali (di leggi, sentenze, contributi dottrinali, atti amministrativi) alle quali attingere (sulle quali operiamo attraverso le parole-chiave e non più con quella sorta di percorso iniziatico che era implicato dalla ricerca cartacea); pur meno diffuse – allo stato – previsioni probabilistiche robotiche sull'esito di una possibile controversia (le quali, addirittura, possono rendere recessivo il nostro ruolo di chierici, se è vero che le informazioni degli esperti «in realtà altro non sono che valutazioni di probabilità»)⁸¹.

Quel che più conta, però, è che in questo modo si può mettere in discussione una dottrina dell'interpretazione e una concezione della giurisdizione che hanno generato una grave incertezza in danno dei consociati e un significativo spostamento di potere in favore della magistratura, ma al prezzo di un serio indebolimento della sua legittimazione sistemica. È, questo, un punto delicato, che va chiarito. In un ordinamento nel quale l'attività giurisdizionale è esercitata da giudici-funzionari la continua sottolineatura della sua pretesa creatività è il peggior servizio che a quei giudici si possa fare. Quale mai potrebbe essere la loro legittimazione a creare se dicono *ius* in ragione di un concorso che ha accertato le loro competenze tecniche? Perché mai sarebbero più idonei a intercettare i bisogni di giustizia e a soddisfare le richieste di allocazione delle risorse più di quanto lo siano legislatori che hanno (dovrebbero avere) sensori affondati nel corpo vivo della società civile? La questione è stata ben colta dai magistrati più attenti, consci che l'esaltazione della discrezionalità giudiziale rende sempre meno accettabili le loro decisioni, ma questa consapevolezza non è diffusa ovunque.

Nondimeno, è ragionevole pensare che mettere in pratica l'idea estrema del robot-giudice abbia più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione⁸², sicché quando chiediamo che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità mate-

Ampie indicazioni sull'attualità e sui possibili sviluppi futuri in R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future*, 2 ed., Oxford 2017, spec. (per quanto qui interessa) p. 43 ss. e p. 184 ss.

⁸¹ B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità. Sintesi introduttiva con appendice critica*, I, Torino 1970, p. 226.

⁸² M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità*, cit., p. 54.

matica (ammesso – e nient'affatto concesso – che il robot possa essere infallibile)⁸³. Forse il problema che l'idea della decisione robotica intenderebbe risolvere potrebbe essere rimosso se, da un lato, noi elevassimo pretese meno estreme (difficilmente compatibili, del resto, con un mondo fisico segnato dalla perdita delle credenze deterministiche, nel quale «tutti e sempre ci troviamo – nei confronti di tutte o quasi tutte le cose – in condizioni d'*incertezza*»)⁸⁴ nei confronti del giudice e, dall'altro, questi recuperasse una cultura della giurisdizione che ne cogliesse la funzione servente (ma non per questo meno importante) rispetto alla legislazione (e quindi alla decisione democratica).

Una volta di più, il problema non è di innovazione legislativa o di rivolgimento scientifico, ma di approccio culturale. E noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se devo scegliere qualcuno di cui «non» fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione.

⁸³ Osservava A. TURING, *Lecture to the London Mathematical Society on 20 February 1947*, trad. it. di G. Lolli e N. Dazzi, *Conferenza alla London Mathematical Society del 20 febbraio 1947*, ora in *Intelligenza meccanica*, cit., p. 87: «se si aspetta che la macchina sia infallibile, allora essa non può anche essere intelligente».

⁸⁴ B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, cit., I, p. 33.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

CARLO BOTTARI, FEDERICO LAUS

Sport e tutela della salute¹

SOMMARIO: 1. La disciplina delle attività motorie e sportive – 2. Sport e tutela della salute – 3. Stato e regioni nell'esercizio delle funzioni in materia - 3.1. Le competenze statali - 3.2. Le competenze regionali – 4. La più recente normativa delle Regioni – 5. L'istituzionalizzazione delle competenze: la Sport e salute S.p.a. – 6. L'attività sportiva e motoria ai tempi del COVID

12. La disciplina giuridica delle attività motorie e sportive, così come già avvenuto in tanti altri settori che nel tempo sono venuti assumendo significativa ed autonoma rilevanza a tal punto da rappresentare una realtà importante dal punto di vista giuridico – può dirsi un nuovo «sistema» –, non può essere considerata una materia unitariamente intesa, imputabile ad un'unica sfera soggettiva e funzionale, bensì «appare rifrangersi in una varietà di elementi ordinamentali e organizzativi suscettibili di riassunzione sotto una pluralità di materie»³.

Tradizionalmente da un punto di vista giuridico si attribuiva rilevanza principalmente allo sport ed alla sua disciplina, facendo in essa rientrare qualsiasi «attività ludica organizzata le cui regole sono universalmente accettate e ritenute vincolanti da coloro che la praticano»⁴; da ciò anche la dottrina più recente fa discendere la distinzione dello sport dalle altre attività

¹ Il contributo è il risultato di riflessioni comuni. Tuttavia, Carlo Bottari ha curato specificamente i paragrafi da 1 a 4 e Federico Laus ha curato principalmente i paragrafi 5 e 6.

² Il presente contributo ripropone e attualizza alcune argomentazioni già trattate in precedenza in C. BOTTARI, F. FRANCESCHETTI, G. PARUTO, *Elementi organizzativi e gestionali dello sport*, Bologna 2019, cui si rinvia per un maggiore approfondimento.

³ Così si esprime E. GIZZI, *Regioni e Sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1988, p. 53, a proposito della disciplina giuridica dello «sport»; ma già rispetto ad allora appare oggi limitativo riferire l'osservazione esclusivamente allo sport in quanto, da un lato, i progressi tecnologici e lo sviluppo dei modelli comportamentali, dall'altro, le innovazioni normative ed i nuovi profili organizzativi hanno ampliato l'ambito di riferimento ad una accezione necessariamente più generale rappresentata dal cosiddetto sistema delle attività motorie.

⁴ Questa definizione è stata formulata da P.M. PIACENTINI, *Sport*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano 1983, p. 1425.

motorie in ragione, cioè, della presenza di regole vincolanti e della loro provenienza da una organizzazione stabile⁵.

Di certo tra le attività motorie quella sportiva, sia essa a livello professionale o a livello dilettantistico, rappresenta la componente più importante tanto per il numero delle persone che la praticano quanto per la sua organizzazione, estremamente articolata e complessa, che coinvolge rapporti a livello internazionale, statale e locale; ci troviamo, infatti, di fronte ad un autonomo «ordinamento sportivo», per molti versi ampiamente consolidato, caratterizzato da delicate problematiche quali il coordinamento con l'ordinamento statale ed in particolare i profili concernenti il sistema giurisdizionale⁶.

Da questo punto di vista la disciplina giuridica dei «servizi» legati allo sport, siano essi pubblici o privati, rientra a pieno titolo all'interno della disciplina dei cosiddetti «servizi alla persona» anche se, in verità, con una scelta alquanto discutibile e decisamente conservatrice, il d.l. 30 luglio 1999, n. 300, concernente la riforma dell'organizzazione del Governo, nel procedere all'istituzione del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, aveva provveduto all'accorpamento di buona parte delle funzioni in tema di servizi alla persona escludendo, però, quelle concernenti lo sport rimaste di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali.

All'interno di questa rinnovata configurazione dei servizi alla persona⁷ non si può esaurire l'ambito dedicato alle attività motorie facendo esclusivo riferimento all'attività sportiva, sulla falsariga di quanto hanno fatto in questi ultimi anni quasi tutte le regioni italiane, titolari della competenza normativa in materia, le quali hanno provveduto, inizialmente, a disciplinare pressoché esclusivamente lo sport e l'attività sportiva.

Nell'ampliarne, doverosamente, l'ottica e nell'attribuire all'attività motoria una dignità maggiore coinvolgente, del resto, l'intera popolazione di uno Stato, le problematiche di ordine giuridico conseguenzialmente si moltiplicano sia in riferimento all'attuazione di specifici disposti costituzionali sia

⁵ In questo senso B. MARCHETTI, *Lo Sport*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano 2000, p. 638 ss.

⁶ Sul punto si rinvia G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed Enti pubblici*, Torino 1994.

⁷ Seguendo la definizione di G. VITTADINI, *I servizi di pubblica utilità alla persona*, Milano 2000, p. 10, «è bene e servizio di pubblica utilità alla persona un bene e servizio che migliora il benessere alle singole persone e alla collettività anche se non è erogato dallo Stato, dalle regioni, dalle provincie, dal comune o da un altro ente in qualche modo legato all'amministrazione pubblica», e, dovendone fornire una esemplificazione, vengono citati la sanità, l'assistenza, i servizi al lavoro, cultura, tempo libero, istruzione e formazione professionale.

in relazione a talune imprescindibili garanzie che l'ordinamento deve assicurare in un contesto, se non addirittura sovranazionale, di certo però almeno europeo. Ecco, allora, che «l'ordinamento delle attività motorie e sportive» dovrà svilupparsi avendo come punti prioritari di riferimento i principi posti tanto dal nostro testo costituzionale quanto dalla normativa comunitaria, e riguarderà inizialmente i soggetti, a diverso livello, operanti nel settore delle attività motorie e sportive, i profili pubblicistici della programmazione e della gestione degli impianti per la pratica delle attività motorie e sportive e quelli concernenti il loro finanziamento⁸.

2. Già in altra sede dovendo fornire una definizione quanto più esaustiva del diritto «alla tutela della salute», così come emerge nell'ordinamento internazionale, si era fatto ricorso alle determinazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità⁹, dalle quali è dato dedurre che dal profilo di carattere strettamente sanitario si è giunti ormai a teorizzare la tutela della salute in termini decisamente più generali che coinvolgono necessariamente, dandone adeguato risalto, anche l'aspetto psicologico: si dice, infatti, che per diritto alla tutela della salute si intende diritto ad una «condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale» e non semplicemente di assenza di malattia o di infermità.

Tali affermazioni trovano puntuale riscontro in principi già da tempo recepiti tanto all'interno del nostro dettato costituzionale, così come interpretato in analogia alla evoluzione del concetto di diritto alla tutela della salute e della dignità della persona, quanto nei più recenti Trattati comunitari che puntualmente affermano che ogni individuo ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali; e che nella definizione e nell'attuazione

⁸ A questo proposito si aprirebbe un importante discorso circa il coinvolgimento, in questo settore, dei soggetti della cosiddetta «pubblica utilità non statale», cioè i soggetti privati erogatori di questi servizi senza finalità di lucro, o meglio ancora le organizzazioni non profit. Il principio di sussidiarietà, largamente applicabile nell'erogazione dei servizi per le attività motorie, chiama in causa la titolarità dell'intervento in campo sociale dei corpi intermedi e dello Stato insieme, secondo una logica di complementarietà e non di contrapposizione. «Il pluralismo istituzionale nei soggetti erogatori di servizi di pubblica utilità alla persona introduce anche in questi settori una possibilità di effettiva concorrenza tra i soggetti che incentivano una qualità sia sotto il profilo dell'efficacia sia dell'efficienza sull'utente», in questo senso ancora G. VITTADINI, *I servizi di pubblica utilità alla persona*, cit., p. 12. Per una disamina della presente problematica si rinvia a C. BOTTARI, *Nuovi modelli organizzativi per la tutela della salute*, Torino 1999, p. 10 ss.

⁹ Sul punto si rinvia a F. NUTI, *Introduzione all'economia sanitaria e alla valutazione economica delle decisioni sanitarie*, Torino 1998, p. 8.

di tutte le politiche ed attività dell'Unione Europea è garantito un livello elevato di protezione della salute umana¹⁰.

Non vi è dubbio che in conformità ai richiamati presupposti normativi le «attività motorie» vengano ad assumere un rilievo che va ben oltre il mero esercizio di una attività sportiva; l'attività motoria, proprio per l'importanza che viene a rivestire per la realizzazione degli obiettivi di benessere postulati dalla norma, ma anche ben aldilà della norma, diventa oggetto di approfondimento, di studio e di sperimentazione, assurge alla qualificazione di «scienza» autonoma e a sé stante rispetto alle altre più o meno ad essa direttamente collegate.

La definitiva consacrazione di tale rinnovato approccio a queste tematiche lo ritroviamo nella istituzione della facoltà universitaria di “scienze motorie” avvenuta con il d.l. 8 maggio 1998, n. 178, attuativo della delega contenuta nella l. 15 maggio 1997, n. 127 (cosiddetta legge «Bassanini due»)¹¹.

E proprio all'interno dei nuovi percorsi formativi accademici ampio risalto è stato conferito al diritto sia nei suoi profili pubblicistici sia in quelli privatistici partendo, quindi, dalla constatazione che in questi ultimi anni si è andato via via sviluppando un ordinamento delle attività motorie e sportive con precisi ed autonomi contenuti che possono essere riassunti in tutta una serie di interventi normativi intesi ad assicurare, in primo luogo, la diffusione della pratica delle attività motorie finalizzata al benessere della per-

¹⁰ Così dispone l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elaborata a Nizza il 7 dicembre 2000, ma non ancora entrata a far parte integrante dei Trattati istitutivi.

¹¹ Il d.lg. n. 178 del 1998 dispone la trasformazione degli Istituti superiori di educazione fisica e l'istituzione di Facoltà e corsi di laurea e di diploma in scienze motorie finalizzati all'acquisizione di adeguate conoscenze di metodi e contenuti culturali, scientifici e professionali nelle seguenti aree: a) didattico-educativa, finalizzata all'insegnamento nelle scuole di ogni ordine e grado; b) della prevenzione e dell'educazione motoria adattata, finalizzata a soggetti di diversa età e a soggetti disabili; c) tecnico - sportiva, finalizzata alla formazione nelle diverse discipline; d) manageriale, finalizzata all'organizzazione e alla gestione delle attività e delle strutture sportive. Si tratta di un percorso formativo universitario volto alla comprensione, progettazione, conduzione e gestione di attività motorie a carattere educativo, adattativo, ludico e sportivo finalizzate allo sviluppo, al mantenimento e al recupero delle attività motorie e del benessere psicofisico ad esse correlato; in questa ottica la nuova Facoltà di scienze motorie, intende acquisire e trasmettere conoscenze approfondite nei vari campi delle attività motorie dell'uomo, per fare fronte alla sempre maggiore richiesta da parte della società di competenze professionali in tali campi, preparando educatori, ricercatori e professionisti di livello universitario impegnati in attività finalizzate al raggiungimento e al mantenimento delle migliori condizioni di benessere psicofisico della nostra società, nelle scuole, nelle comunità, negli ambienti di lavoro e nelle attività sportive, agonistiche e ricreative.

sona ed alla prevenzione delle malattie e delle condizioni di disagio; e, strettamente correlato a questo primario obiettivo, il recupero e la rieducazione, quindi, dei disabili, l'integrazione fra le comunità, la prevenzione della malattia e delle dipendenze, la tutela della salute mentale e la rieducazione dei detenuti, attraverso il coordinamento con le politiche sociali integrate.

Le finalità precedentemente descritte vengono, poi, poste in stretta correlazione con gli interventi normativi concernenti i «soggetti» delle attività motorie intendendo, così, assicurare la tutela del diritto alla salute ed alla integrità delle persone impegnate nella pratica delle attività motorie, con specifica considerazione per le particolari esigenze dei giovani; la promozione e l'incremento della presenza femminile nell'attività sportiva; la tutela della libertà di associazione nella pratica delle attività motorie; la promozione delle iniziative finalizzate alla realizzazione, all'adeguamento ed al pieno utilizzo degli impianti e delle attrezzature necessarie per lo svolgimento delle attività motorie; la promozione delle iniziative finalizzate alla realizzazione ed allo sviluppo di centri e strutture di documentazione, e delle attività per la diffusione della conoscenza della storia e della cultura delle attività motorie; la promozione delle attività formative ed educative per la qualificazione dei servizi alla persona per la pratica motoria.

Ma una volta individuato l'oggetto ed i soggetti del sistema delle attività motorie e sportive, volendo procedere da una razionalizzazione degli interventi normativi volti alla realizzazione degli indicati obiettivi, è indispensabile, soprattutto in questo settore, delineare nettamente fino a che punto possa opportunamente dispiegarsi e svilupparsi l'intervento pubblico e quanto, viceversa, debba essere lasciato alla libera determinazione dei soggetti privati, cominciando a dare proprio nel sistema delle attività motorie precisa e puntuale attuazione del principio di sussidiarietà da realizzarsi sia in senso orizzontale sia in senso verticale. Tutto ciò restando inteso che il costituendo ordinamento delle attività motorie e sportive è in massima parte rappresentato dal già vigente e consolidato «ordinamento sportivo» costituito dal complesso di quelle regole (tecniche e disciplinari) cui sono tenuti ad assoggettarsi coloro che intendono praticare un'attività sportiva.

3. La garanzia dei principi fondamentali – contenuti nel testo costituzionale¹² e nei Trattati istitutivi dell'Unione europea – passa attraverso l'azione

¹² Il testo costituzionale del 1948 non conteneva alcun esplicito richiamo all'attività sportiva né, tantomeno, all'attività motoria; quest'ultima, in particolare, trovava le proprie radici nell'art. 32 dedicato al diritto alla tutela della salute. In verità l'attività motoria riceve, dal

congiunta della componente pubblica e di quella privata, distinguendo l'ambito attribuito alla norma pubblicistica dalla riserva rigidamente garantita alla normazione privatistica (o, comunque, non statale); «al riguardo sono ipotizzabili tre diverse possibilità: che vi siano materie regolate esclusivamente dalla disciplina statale, ambiti coperti dalle sole regole tecniche prodotte dagli organismi sportivi e settori nei quali, essendo difficile individuare una precisa linea di demarcazione tra l'uno e l'altro ordinamento, possono verificarsi casi di conflitto tra norme»¹³.

Nel seguire, quindi, questo schema di massima, può ritenersi che al legislatore – intendendo con esso la norma pubblicistica – spetterà la promozione delle attività motorie e sportive, la loro organizzazione anche per mezzo di appositi organismi privatistici di natura federativa ed a base associativa, nonché il controllo, soprattutto, finanziario per gli enti e sanitario per coloro che praticano l'attività; saranno oggetto, invece, di normazione privatistica gli aspetti tecnici peculiari delle singole discipline motorio-sportive, quali l'ammissione e la regolamentazione delle diverse iniziative e manifestazioni. Restano, quali ambiti potenzialmente conflittuali, le questioni giurisdizionali¹⁴, la disciplina dei provvedimenti tecnici di valutazione dei requisiti di società e praticanti per l'ammissione a graduatorie e competizioni, la regolamentazione delle problematiche di carattere economico e, in particolare, di carattere penale.

Pur riconoscendo, quindi, che la disciplina sostanziale ha un'origine patizia¹⁵ e si sviluppa nel tempo sotto la vigilanza di organi in qualche modo collegati con entità statali che cercano di indirizzarla e coordinarla con le diverse realtà ordinamentali, non vi è dubbio, però, che per le dimensioni assunte e per l'ampio coinvolgimento di soggetti fisici e giuridici, il settore delle attività motorie e sportive richieda, oggi, quella maggiore attenzione

testo costituzionale, una tutela indiretta, «da ricostruire, di volta in volta, all'interno del generale disegno normativo, [...] e che trova conferma nel modello cui si è ispirato il legislatore costituzionale nella difesa delle libertà, costruito in conformità ad un criterio valutativo reso ampio ed elastico perché riferito al solo titolare del bene, la persona umana, vista nella sua sfera individuale, ma anche nel suo collocarsi nella società». Per un'attuale disamina della presente tematica si rinvia a V. SANNONER, *La Costituzione italiana e lo sport*, in D. MASTRANGELLO (a cura di), *Aspetti giuspubblicistici dello sport*, Bari 1994, p. 15.

¹³ In questo senso A. TRAVERSI, *Diritto penale dello sport*, Milano 2001, p. 14.

¹⁴ Il problema si pone in ragione della disposizione regolamentare, comune a tutte le federazioni sportive, che vieta ai propri affiliati di ricorrere per la tutela delle proprie ragioni all'autorità giudiziaria ordinaria.

¹⁵ Sul punto cfr. R. FRASCAROLI, *Sport (dir. pubbl. e priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 514

da parte delle autorità nazionali e sovranazionali che ne garantiscano la promozione e ne assicurino il corretto svolgimento senza per questo intaccarne l'autonomia ed il libero dispiegarsi¹⁶.

3.1. Una volta superata la fase della netta distinzione degli ordinamenti ed avviata quella della coesistenza¹⁷, caratterizzata da un suo deciso ruolo di carattere integrativo, lo Stato, soprattutto in questi ultimi anni, è andato concretizzando una propria autorevole presenza all'interno del sistema delle attività motorie e sportive.

Dall'iniziale intervento in tema di «finanziamenti», e di «costruzione ed utilizzazione di impianti sportivi», nel tempo lo Stato, con il riconoscere l'importanza delle attività motorie e sportive nella formazione personale e sociale all'individuo, ha progressivamente enucleato un quadro di competenze proprie demandandone talune più puntuali alle regioni, pur in assenza di una disciplina costituzionale che delineasse dichiaratamente gli ambiti delle rispettive funzioni.

Soltanto con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, il legislatore, infatti, comincia a ripartire le funzioni concernenti l'attività motoria sportiva agganciandole, in via complementare e strumentale, a quelle del turismo, dando vita così ad un impianto normativo metodologicamente deviante e «poco persuasivo» che troviamo, purtroppo, reiterato fino ai giorni nostri, come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza.

Con tale norma ci si limitava, in realtà, ad attribuire alle regioni le funzioni comprendenti la promozione di attività sportive e ricreative e la realizzazione dei relativi impianti ed attrezzature, di intesa, per le attività e gli impianti di interesse dei giovani in età scolare, con gli organi scolastici, ed a ma tenere ferme le attribuzioni del CONI per l'organizzazione delle attività agonistiche ad ogni livello e delle relative attività promozionali.

¹⁶ G. MORBIDELLI, *Ordinamento sportivo e ordinamento statale: una separazione sempre più problematica*, in *Atti del Corso di perfezionamento in diritto ed economia dello Sport*, anno 1999-2000, Facoltà di Economia, Università degli studi di Firenze, rileva con estrema chiarezza la tendenza ad una riduzione dell'autonomia dello sport rispetto agli ordinamenti statali; tendenza vista con profonda preoccupazione non soltanto per ragioni di funzionalità ma soprattutto perché l'autonomia è «l'essenza del movimento sportivo, che è nato in virtù di decisioni assunte autonomamente da associazioni private, anche se poi in qualche misura avallate dagli Stati».

¹⁷ Per una puntuale disamina della presente problematica si rinvia a R. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giannini*, I, Milano 1988, p. 507 ss.

A chiarimento dei diversi ruoli in materia interviene, in via definitiva, la Corte Costituzionale che, con la sent. 17 dicembre 1987, n. 517¹⁸, rifacendosi ai lavori preparatori della norma, individua come vera ed unica linea di divisione tra le predette competenze quella fra l'organizzazione delle attività sportive agonistiche riservate al CONI e quella delle attività sportive di base e non agonistiche spettanti alle regioni; conseguenziale appare, quindi, la ripartizione delle competenze sugli impianti e sulle attrezzature, nel senso che, mentre lo Stato è pienamente legittimato a programmare e a decidere gli interventi sugli impianti e sulle attrezzature necessarie per l'organizzazione delle attività sportive agonistiche, le regioni vantano, invece, la corrispondente competenza in relazione all'organizzazione delle attività sportive non agonistiche.

Ciò, anche, perché lo sport agonistico, sotto il profilo organizzativo, non può prescindere dal collegamento, tramite le federazioni nazionali di settore, con l'ordinamento sportivo internazionale. Resta inteso che tale distinzione non coinvolge quella, estremamente rilevante in materia di tutela sanitaria, tra attività sportiva professionistica e dilettantistica di cui alla l. 23 marzo 1981, n. 91, nel senso che lo sport competitivo resta di competenza delle federazioni sportive e del CONI mentre le regioni devono occuparsi di tutto ciò che esula da gare e competizioni.

Occorre inoltre ricordare che funzioni statali concernenti la disciplina delle attività motorie e sportive possono ancora ritrovarsi all'interno di specifiche normative di settore, quali, ad esempio, quella, tuttora in continua evoluzione, riguardante la materia della sanità pubblica e della tutela sanitaria per la pratica e lo sviluppo delle attività motorie e sportive e quella concernente il settore scolastico¹⁹.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 17 dicembre 1987, n. 517, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 3373.

¹⁹ A questo proposito si segnala il d.P.C.M. 21 febbraio 2001 (in G.U. 5 marzo 2001, n. 80), con cui sono state disciplinate le iniziative intese a favorire l'approccio al mondo dello sport di giovani studenti in situazioni di disagio socioeconomico. L'autorità di governo, considerato che obiettivo primario dell'iniziativa è quello di coinvolgere le fasce di studenti per i quali sarebbe difficile l'accesso allo sport se non in forme meramente spontaneistiche e di ottenere, nel contempo, l'ampliamento globale dell'offerta della pratica sportiva, ferme restando le competenze delle organizzazioni sportive in tema di offerte e selezioni, coordina le iniziative promosse dal CONI, dalle federazioni sportive nazionali, dagli enti di promozione sportiva e dalle altre discipline sportive associate al CONI in favore degli studenti delle scuole di ogni ordine e grado.

3.2. Tale assetto di funzioni comincia ben presto ad entrare in crisi; oggetto di particolare discussione e critica è il ruolo attribuito al Ministero del Turismo e Spettacolo, particolarmente lesivo dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta alle regioni. Si arriva così al referendum del 1993²⁰ ed al successivo d.P.R. n. 175 del 1993 con cui viene dichiarata l'abrogazione della l. 31 luglio 1959, n. 617, istitutiva dello stesso Ministero.

Il legislatore provvede, in seguito, ad una prima riallocazione delle competenze con il d.l. 29 marzo 1995, n. 97²¹, stabilendo che le regioni e la Presidenza del Consiglio dei Ministri subentrino nei termini e secondo i settori di competenza nei diritti, obblighi e rapporti già facenti capo al soppresso Ministero del Turismo e Spettacolo.

Successivamente il d.l. 31 marzo 1998, n. 112, ha previsto due interventi ben distinti: il primo con cui vengono trasferite alle regioni funzioni già esercitate a livello centrale ed il secondo con cui viene prevista l'emanazione di norme funzionali a rendere efficace il previsto trasferimento. Le funzioni trasferite sono quelle concernenti l'approvazione dei programmi relativi alla realizzazione, l'ampliamento e la ristrutturazione degli impianti sportivi e delle loro pertinenze, destinati ad ospitare manifestazioni agonistiche riferite a campionati organizzati secondo criteri di ufficialità; funzioni che vanno ad aggiungersi a quelle già spettanti in questo settore oltre a quelle in materia di lavori pubblici, edilizia, urbanistica, formazione professionale per l'abilitazione all'esercizio delle c.d. «professioni sportive» ed alla tenuta dei relativi albi, attività ricreative e tempo libero.

Un discorso a parte va fatto per le funzioni di più stretto carattere sanitario che già con la l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, erano state trasferite alle stesse regioni; funzioni che, in realtà, soltanto alcune regioni avevano provveduto a disciplinare ed esercitare con appropriatezza uscendo da una visione alquanto ristretta puramente legata alla sola attività motoria sportiva. Non vi è dubbio, infatti, che nei rispettivi ambiti territoriali, con l'opportuno – e legittimamente introdotto – coinvolgimento delle autonomie locali, dovrà progressivamente svilupparsi e diffondersi la pratica delle attività motorie e sportive principalmente finalizzata al benessere della persona ed alla prevenzione della malattia e delle condizioni di disagio.

Un ruolo propulsivo, a questo riguardo, viene attribuito dovrà essere svolto dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali che, istituito con il d.l.

²⁰ Sul tema si rinvia a L. GIORDANI, *Il referendum abrogativo del Ministero del Turismo e Spettacolo e i suoi effetti nel settore dello Sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, p. 282.

²¹ Successivamente convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 30 maggio 1995, n. 203, recante riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport.

20 ottobre 1998, n. 368, è subentrato alla Presidenza del Consiglio dei ministri nella titolarità delle funzioni statali in materia²²

4. Questo assetto normativo viene sconvolto con l'approvazione della riforma del titolo V, parte seconda della Costituzione, avvenuta con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3. La riforma della Costituzione viene ad incidere notevolmente sull'assetto delle competenze oggi vigenti.

In primo luogo, entra a pieno titolo nella nostra Costituzione lo sport ed il suo ordinamento: l'art. 3, infatti, nel riscrivere il vecchio art. 117 delinea una nuova ripartizione di competenze tra Stato e regioni prevedendo che sono materie di legislazione regionale concorrente quelle relative «alla tutela della salute» e «all'ordinamento sportivo».

A tale previsione va però collegata quella contenuta nel nuovo art. 118 secondo la quale le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di «sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». Ed ancora, lo stesso nuovo art. 118 attribuisce allo Stato, alle regioni, alle città metropolitane, alle province ed ai comuni il compito di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

Si tratta di una serie di sostanziali innovazioni normative che vengono ad incidere in maniera assai rilevante sul sistema delle attività motorie e sportive. Quanto più, infatti, viene valorizzata la funzione di sviluppo e realizzazione della personalità umana, tanto più si moltiplicano le iniziative pubbliche e, soprattutto, private tese ad organizzare le attività, fra le altre, del tempo libero all'interno delle quali assume aspetto preminente quello legato all'elemento fisico e motorio. E già nella odierna realtà i principali destinatari delle contribuzioni regionali per la promozione del tempo libero sono gli enti locali e le associazioni private che si propongono di operare per lo sviluppo e la diffusione delle attività sportive, motorie e ricreative²³.

Le problematiche, poi, legate alle esigenze di contenimento della spesa sanitaria determineranno le condizioni per un sempre maggiore intervento

²² Il citato decreto ha attribuito al nuovo Ministero le funzioni amministrative di vigilanza sul Coni e sull'Istituto per il credito sportivo disponendo il trasferimento al Ministero dell'Ufficio per i rapporti con gli organismi sportivi e della ripartizione dell'impiantistica sportiva (con conseguente assegnazione dei beni, delle risorse finanziarie e del personale relativi a tali uffici).

²³ Con riferimento alla presente problematica si rinvia a B. MARCHETTI, *Il tempo libero*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano 2000, p. 667 ss.

del privato sociale nella gestione ed erogazione dei servizi sanitari e, probabilmente, non soltanto di questi. Si è già accennato, in precedenza, alla nuova configurazione dei “servizi della persona” ed al ruolo che il principio di sussidiarietà verrà a svolgere per una rinnovata definizione dei relativi profili istituzionali e organizzativi.

La strada indicata dal legislatore comunitario, recentemente intrapresa con apparente decisione anche dal legislatore nazionale, è, quindi, quella della sussidiarietà non più in senso esclusivamente verticale bensì anche in senso orizzontale: la riforma dello Stato, ed in particolare del suo sistema amministrativo, passa attraverso il rilancio di un modello costituzione fondato sulle «autonomie», tanto istituzionali quanto sociali: «se dal punto di vista formale il fondamento dello stato democratico viene individuato nell’attribuzione della sovranità al popolo, sul piano sostanziale la qualità democratica di un ordinamento viene normalmente misurata sul grado di vicinanza (o di coincidenza) tra Governo e governanti, sul modo come il potere risulta diffuso nella società ed articolato in una pluralità di centri di decisione politica, così da realizzare, appunto, un determinato sistema di autonomie»²⁴.

Un ritorno al disegno originario voluto dall’Assemblea costituente, a quel concetto di «socialità progressiva»²⁵ che si esprimeva nell’architettura costituzionale attraverso l’immagine della «piramide rovesciata»: con la persona – e le sue libertà – posta alla base della costruzione costituzionale e destinata a svilupparsi, su piani progressivamente più estesi, attraverso le varie formazioni sociali legate all’esperienza personale, fino a giungere, attraverso le funzioni politiche, alla dimensione istituzionale degli enti locali e dello stato centrale.

Nel ricordato disegno originario filo comune che viene a legare i vari pezzi del modello è proprio l’autonomia, dal momento che nelle varie forme di autonomia lo stato democratico viene a trovare il fondamento della sua esistenza. In questa visione organica, le autonomie non rappresentano, dunque, le appendici, bensì le radici dello stato unitario: lo Stato è democratico perché il potere attraverso le autonomie sale dalla periferia verso il centro e non viceversa²⁶.

²⁴ Sul tema risulta fondamentale il contributo di E. CHELI, *Per un bilanciamento sugli sviluppi di sistema delle autonomie in Italia*, in F. ROVERSI MONACO, A. VARNI, C. BOTTARI (a cura di), *Leggere il mutamento*, Firenze 1996, p. 11.

²⁵ Cfr. A. MORO, *Intervento*, in *Atti Ass. cost.*, I, p. 594 ss.

²⁶ Ancora E. CHELI, *Per un bilanciamento*, cit., p. 16.

Punto di forza divengono, perciò, le diverse autonomie fra le quali, in particolare, quelle funzionali, incentivate e sottoposte a sistemi di vigilanza circa la loro qualità e la loro conformità ai parametri internazionali sulla sicurezza e salubrità. Questi compiti di promozione e controllo vengono affidati ai livelli di governo più vicini alla collettività degli amministratori, maggiormente in grado, di provvedere a dare tempestiva ed efficace risposta alle esigenze della popolazione con pieno rispetto dei principi e degli indirizzi formulati a livello legislativo.

In quest'ottica le regioni avviano un processo di rinnovamento delle diverse discipline per adeguare l'esercizio delle loro competenze e delle loro funzioni in materia di attività motorie e sportive ai profili innovativi contenuti nelle più recenti riforme.

Già la regione Toscana con grande lungimiranza, con la l. reg. 31 agosto 2000, n. 72, aveva proceduto al riordino delle funzioni e delle attività in materia di promozione della cultura e della politica delle attività motorie ivi ricomprendendo quelle ricreative e quelle sportive, favorendone nel contempo l'integrazione con gli interventi relativi alle politiche educative, formative e culturali, allo sviluppo dell'associazionismo, alla prevenzione ed al superamento delle condizioni di disagio sociale, nonché con gli interventi per lo sviluppo economico.

Si trattava di un programma altamente ambizioso che la regione Toscana, prima fra tutte, aveva tradotto in un testo legislativo che già poneva al centro dell'intento normativo la formazione della cultura e della pratica delle attività motorie, ivi ricomprendendo tanto le ricreative quanto le sportive, con ben diverso riconoscimento dell'importanza di tale disciplina e del ruolo che dovrà svolgere l'Ente nell'ambito delle delicate funzioni ad esso attribuite.

A tale normativa, seguiva poi nella regione Toscana l. reg. 27 febbraio 2015, n. 21, avente ad oggetto la promozione della cultura e della pratica delle attività sportive e ludico-motorie-ricreative e modalità di affidamento degli impianti sportivi, mediante, in particolare, piani di sostegno finanziario.

Analogamente anche la regione Calabria, con la l. reg. 2 maggio 2001, n. 10, ha cominciato ad estendere la disciplina degli interventi oltre che alle attività sportive anche a quelle motorie.

Di similare tenore è la normativa della regione Veneto l. reg. 11 maggio 2015, n. 8, intervenuta in sostituzione della l. reg. 5 aprile 1993, n. 12, in materia di sport e tempo libero, ora conseguentemente abrogata. La regione Veneto, nella legge attualmente vigente, all'art. 1 riconosce il valore sociale, formativo ed educativo dell'attività motoria e sportiva, strumento di realizzazione del diritto alla salute e al benessere psicofisico, e agli articoli seguenti

introduce la previsione di piani pluriennali, nonché di una Consulta regionale per lo sport e di un Osservatorio regionale per lo sport, aventi, tra gli altri, compiti di promozione dell'attività sportiva e della psicomotricità.

All'art. 21, introduce altresì le Palestre della Salute, al fine di promuovere e diffondere la pratica dell'esercizio fisico, anche attraverso la prescrizione, nelle persone con patologie croniche. In tal senso, i programmi di esercizio fisico strutturato e adattato sono da svolgersi, su prescrizione o su consiglio medico, sotto il controllo di un laureato magistrale in scienze motorie con indirizzo in attività motoria preventiva e adattata, nell'ambito di idonee strutture, pubbliche o private, dette «palestre della salute», riconosciute dalla Regione attraverso procedura di certificazione.

Vi sono poi normative, comuni nella struttura a quasi tutte le regioni italiane, che auspicano e promuovono politiche integrate tra sport e tutela della salute. Così ad esempio l. reg. 1 ottobre 2014, n. 26, della Lombardia, recante norme per la promozione e lo sviluppo delle attività motorie e sportive, dell'impiantistica sportiva e per l'esercizio delle professioni sportive inerenti alla montagna, che all'art. 1, comma 1, lettera e), include, tra le finalità prioritarie della regione, lo sviluppo di politiche integrate tra i settori dello sport, dell'istruzione, della salute, dell'ambiente e del turismo, anche attraverso la promozione e la valorizzazione dei musei dello sport.

Ma è la regione Emilia-Romagna che interviene con la più innovativa normativa di settore, dando effettiva concretezza alle disposizioni di principio precedentemente richiamate. Con la l. reg. 31 maggio 2017, n. 8, l'Emilia Romagna pone precise norme per la promozione e lo sviluppo delle attività motorie e sportive, riconoscendo il valore sociale della pratica sportiva in ogni sua forma espressiva come strumento per la realizzazione del diritto alla salute e al benessere psico-fisico delle persone, il miglioramento degli stili di vita, lo sviluppo delle relazioni e dell'inclusione sociale, la formazione dell'individuo fin dalla giovane età, la promozione delle pari opportunità e del rapporto armonico e rispettoso con l'ambiente nonché per la valorizzazione sociale ed economica dei territori.

La Regione persegue gli obiettivi della politica sportiva di promozione del diritto allo sport per tutti attraverso il coordinamento degli interventi per il benessere e la diffusione della pratica sportiva, anche in un'ottica interculturale. Ne favorisce l'integrazione con gli interventi di politiche della salute finalizzati al superamento del disagio sociale, anche attraverso l'attuazione delle strategie sull'attività fisica per la Regione europea elaborate dall'OMS, con quelli delle politiche educative, formative, di genere, culturali, turistiche e ambientali.

La Regione riconosce nella scuola, oltre che nell'associazionismo sportivo e nelle società sportive dilettantistiche, la sede privilegiata per promuovere i valori e i principi educativi della pratica motoria e sportiva come occasione di socialità, confronto e miglioramento personale e come strumento d'integrazione sociale, oltre che di promozione e tutela della salute.

Particolare interesse per il contesto nel quale vengono a porsi, rivestono, da ultimo, le norme riguardanti i corsi e le attività motorie e sportive, tenuti a fronte del pagamento di corrispettivi a qualsiasi titolo, anche sotto forma di quote di adesione, che devono essere svolti con il coordinamento di un istruttore qualificato o di un istruttore di specifica disciplina.

L'importanza è data dal fatto che l'istruttore qualificato deve possedere il diploma rilasciato dall'ISEF o la laurea in scienze motorie, oppure titoli di studio equipollenti conseguiti all'estero e riconosciuti dallo Stato italiano. L'istruttore di specifica disciplina dovrà essere in possesso dei requisiti previsti per le singole attività motorie e sportive dalle relative federazioni sportive o dalle discipline sportive associate o dagli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI e dal CIP.

Per l'esercizio di attività motorie e sportive finalizzate a contribuire a un corretto sviluppo, mantenimento, recupero psico-fisico e miglioramento dell'efficienza fisica delle persone che si svolgono in strutture aperte al pubblico, è necessario aver acquisito la disponibilità di almeno un istruttore qualificato al quale viene affidato il coordinamento delle attività svolte e la verifica della loro corretta applicazione.

Si tratta quindi di una normativa decisamente innovativa che consente l'apertura di ampi sbocchi professionali di laureati in scienze motorie che, alla pari di altre categorie, si vedono riconosciuta e garantita una legittima professionalità acquisita.

Di seguito, infine, si riporta quanto previsto all'art. 16 dalla l. reg. 5 dicembre 2018, n. 19, in materia di prevenzione attraverso l'attività motoria e la pratica sportiva, della Regione Emilia-Romagna. La Regione, in attuazione della Strategia regionale e del Piano regionale della prevenzione, promuove e sostiene l'attività motoria e la pratica sportiva, come strumenti essenziali per la salute della persona e della comunità. A tal fine, la Regione favorisce le iniziative volte a sensibilizzare e sostenere i cittadini, gli enti locali e i diversi attori sociali che operano per lo sviluppo della pratica dell'attività motoria e sportiva, nei diversi contesti sociali, tra cui in particolare gli enti di promozione dell'attività sportiva, nonché, il Comitato olimpico nazionale italiano e il Comitato italiano paralimpico, le Federazioni ri-

conosciute, le discipline sportive associate, le istituzioni scolastiche e i soggetti aderenti alla Rete regionale di cui all'articolo 7²⁷ o che gestiscono le

²⁷ Art. 7 Rete regionale per la promozione della salute e la prevenzione e «Accordi operativi per la salute di comunità».

1. La Giunta regionale, con proprio atto, istituisce e definisce le modalità di funzionamento della Rete regionale per la promozione della salute e la prevenzione, di seguito denominata Rete regionale, che insieme agli enti locali e alle aziende sanitarie rappresenta il Sistema regionale per la promozione della salute e la prevenzione, l'infrastruttura per la promozione della salute di cui la Regione si avvale per la realizzazione delle politiche disciplinate dalla presente legge.

2. Alla Rete regionale possono partecipare gli enti locali, in forma singola o associata, gli istituti scolastici autonomi, le università e ogni altro soggetto pubblico o a promozione pubblica che svolga la propria attività sui temi della promozione della salute o negli ambiti settoriali di cui all'articolo 5.

3. Alla Rete regionale possono inoltre partecipare soggetti pubblici e privati, con sede nel territorio, che per le proprie finalità sociali e competenze possono contribuire efficacemente alla pianificazione, realizzazione e implementazione di azioni per la promozione della salute e la prevenzione primaria, nonché allo scambio e diffusione delle migliori pratiche sul territorio.

4. Alla Rete regionale si aderisce attraverso la registrazione su una piattaforma regionale aperta, che consente la definizione dei soggetti che vi partecipano, a livello regionale e locale, secondo le modalità definite dall'atto della Giunta regionale di cui al comma 1.

5. Con i soggetti aderenti alla Rete regionale di cui ai commi precedenti, gli enti locali, le aziende sanitarie o le conferenze territoriali sociali e sanitarie possono promuovere e stipulare «Accordi operativi per la salute di comunità», di livello locale, allo scopo di definire obiettivi e iniziative comuni tra i soggetti partecipanti, nonché le modalità per la condivisione di competenze e professionalità, in attuazione dei principi di cui all'articolo 4, comma 6. La Giunta regionale può promuovere, per le stesse finalità, «Accordi operativi per la salute di comunità», di livello regionale, anche di tipo settoriale.

6. I contenuti degli «Accordi operativi per la salute di comunità» di livello locale, di cui al comma 5, sono definiti, sentite le parti sociali comparativamente più rappresentative, dai comitati di distretto con il supporto tecnico degli uffici di piano e dei dipartimenti di sanità pubblica, in coerenza con i Piani attuativi locali, di cui all'articolo 10, comma 3, e avvalendosi delle indicazioni derivanti da profili di salute di comunità elaborati territorialmente e congiuntamente dagli enti locali e dalle aziende sanitarie territoriali. Gli «Accordi operativi locali per la salute di comunità» contribuiscono alla appropriata attuazione locale della Strategia regionale per la promozione della salute e la prevenzione, di cui all'articolo 9, e del Piano regionale della prevenzione, di cui all'articolo 10. A tale scopo favoriscono l'integrazione delle programmazioni e delle azioni settoriali in capo alle aziende sanitarie e ai diversi servizi delle amministrazioni locali, e valorizzano il contributo dei soggetti del territorio di cui ai commi 2 e 3.

7. Nell'ambito degli «Accordi operativi per la salute di comunità», di cui ai precedenti commi 5 e 6, gli enti locali e le aziende sanitarie territoriali possono istituire Tavoli multisettoriali locali di coordinamento delle politiche di promozione della salute e prevenzione, per l'integrazione e la cooperazione tra settori, aree, dipartimenti interni agli enti locali e alle aziende sanitarie, e tra questi e i diversi soggetti aderenti agli Accordi operativi e alla Rete

palestre che promuovono salute e attività motoria adattata. Di tali palestre la Regione con propri atti definisce criteri, requisiti e modalità per il riconoscimento.

Le aziende sanitarie della Regione, valorizzando i propri servizi di medicina dello sport e promozione dell'attività fisica, promuovono l'accesso dei cittadini alla pratica dell'attività motoria, in particolare favorendo la prescrizione dell'esercizio fisico come strumento efficace nella prevenzione primaria e secondaria di diverse patologie, tra cui quelle di ambito cardiovascolare, respiratorio, oncologico, muscolo-scheletrico, diabetologico e metabolico, nonché dei soggetti trapiantati. La Regione promuove inoltre la prescrizione dell'attività motoria adattata, attraverso protocolli di esercizio fisico individuali o standardizzati per gruppi omogenei, definiti in riferimento alla presenza di una specifica patologia sensibile all'esercizio fisico, anche con attenzione ai criteri della medicina di genere.

5. La sintesi delle competenze in materia di sport e salute si realizza sotto il profilo istituzionale. Difatti, il rapporto tra tutela della salute e sport è ora giunto ad una fase maggiormente compiuta tanto da venire istituzionalizzato in seguito all'intervento del d.l. 8 luglio 2002, n. 138.

In particolare, l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2002, nella versione emersa in seguito alla conversione con modificazioni dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, ha istituito la CONI SERVIZI s.p.a., quale società di cui si avvale il CONI nell'esercizio delle sue funzioni e partecipata integralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, nell'ambito dell'ampio disegno di riassetto del CONI stesso.

Tale articolo è stato poi oggetto di riforma con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 629 e seguenti. Tale riforma ha innanzitutto modificato la denominazione della Società in Sport e salute Spa. Pur non modificandone la ratio, la riforma ha previsto la necessità, al fine di consentire al CONI di avvalersene, della stipula di un contratto di servizio annuale tra Sport e salute Spa e CONI, previa approvazione dell'autorità di Governo competente in materia di sport.

L'attuale struttura della Società, rispetto alla iniziale impostazione normativa e costitutiva, prevede un ruolo forte del Governo, in luogo della precedente primazia del CONI. La società è difatti amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre membri, di cui uno con funzioni di presidente, nominato dall'autorità di Governo competente in materia di sport previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, al quale è

regionale. Con tali soggetti gli enti locali e le aziende sanitarie possono siglare convenzioni operative per lo sviluppo di iniziative volte alla promozione della salute delle comunità locali.

affidata la rappresentanza legale della società, unitamente alle funzioni di amministratore delegato. Gli altri componenti sono nominati rispettivamente dal Ministro della salute e dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

Per comprendere l'evoluzione rispetto al modello precedente, il medesimo articolo previgente prevedeva che il presidente della società e gli altri componenti del consiglio di amministrazione fossero designati dal CONI. È evidente quindi l'intenzione del legislatore di caratterizzare tale Società non più come un organo strumentale del CONI, allo stesso interamente riconducibile, ma come un organo di promozione e di attuazione dei progetti del Governo e dei Ministeri interessati, con particolare riguardo alle tematiche, necessariamente trasversalmente connesse, di sport, salute e istruzione. Il crescente ruolo e coinvolgimento (anche terapeutico) dello sport nella promozione della salute è ormai un dato evidente, tanto nel percorso nazionale quanto nella dimensione sovranazionale del dibattito giuridico, amministrativo e sanitario.

Tra i tanti rilevanti atti a livello sovranazionale, si pensi ad esempio al Libro bianco sullo sport del 11 luglio 2007²⁸, nel quale la Commissione ha posto l'accento sul ruolo che lo sport assume nella vita quotidiana dei cittadini dell'Unione europea, quale fenomeno sociale ed economico d'importanza crescente che contribuisce in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione europea. Secondo la Commissione, oltre a migliorare la salute dei cittadini europei, lo sport ha una dimensione educativa e svolge un ruolo sociale, culturale e ricreativo.

A tale atto è poi seguita la Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 21 maggio 2014, sul piano di lavoro dell'Unione europea per lo sport²⁹, che individuò tre priorità per il periodo 2014-2017, quali proteggere l'integrità dello sport affrontando i comportamenti illegali e discriminatori, svilupparne la dimensione economica e promuovere il ruolo sociale dello sport.

I temi allora affrontati e promossi dalla Commissione, in piena coerenza con la sopra citata impostazione del legislatore italiano, si sono concentrati su profili tanto sanitari quanto economici, ponendo l'attenzione sul buon governo nello sport, sulla sua dimensione economica, sulla promozione

²⁸ Libro bianco sullo sport, COM (2007) 391 def.

²⁹ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 21 maggio 2014, sul piano di lavoro dell'Unione europea per lo sport (2014-2017) (2014/C 183/03) (Gazzetta ufficiale C 183 del 14 giugno 2014, p. 12-17).

dell'attività fisica salutare (in particolare nelle scuole³⁰ e nei contatti con le autorità locali e il settore privato) e sullo sviluppo delle risorse umane (attraverso l'istruzione, la formazione, l'occupazione e il volontariato).

Tornando alla nuova entità, così come riformata nel 2018, la norma in esame prevede ora che sempre su proposta dell'autorità di Governo competente in materia di sport, previo parere del CONI, possano essere stabiliti ulteriori requisiti manageriali e sportivi necessari per le nomine degli organi della società, in modo da maggiormente caratterizzare la Società, quale organo non politico o istituzionale, ma tecnico e di supporto concreto ai piani condivisi.

Per ulteriormente accentuare la cesura con il previgente modello, la norma dispone la incompatibilità (peraltro estesa ad un biennio dalla cessazione della carica) tra organi di vertice di Sport e salute spa e organi di vertice del CONI, nonché con gli organi di vertice elettivi delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, dei gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite.

Per il finanziamento delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, dei gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite, la Sport e salute Spa istituisce un sistema separato ai fini contabili ed organizzativi, che provvede al riparto delle risorse, da qualificare quali contributi pubblici, anche sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI in armonia con i principi dell'ordinamento sportivo internazionale. A tal riguardo la stessa norma prevede che la gestione e l'attività della Sport e salute Spa sia sottoposta al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dall'art. 12 della l. 21 marzo 1958, n. 259, ossia anche mediante la partecipazione di un magistrato della Corte alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione.

La definizione del ruolo e delle funzioni di Sport e salute Spa è limitata, nella esposizione normativa, genericamente al collegamento funzionale con CONI, quale fruitore della stessa, per l'espletamento delle funzioni attribuite al Comitato.

³⁰ Al riguardo, in particolare, sono intervenute parallelamente le Conclusioni del Consiglio sulla promozione delle abilità motorie e delle attività fisiche e sportive destinate ai bambini (2015/C 417/09). Tale atto incoraggia i Paesi membri UE ad assumere misure affinché tutti i bambini (compresi i bambini con disabilità) possano praticare un'attività fisica e prevenire così problemi di salute e di sviluppo.

Tuttavia, lo Statuto, aggiornato a maggio 2019, all'art. 4 approfondisce i compiti della Società quale fornitore e produttore di servizi di interesse generale a favore dello sport, secondo le direttive e gli indirizzi dell'Autorità di Governo competente in materia di sport, coerentemente con l'attuale impostazione della norma istitutiva.

Sport e salute, in base agli accordi da sottoscrivere secondo le modalità prescritte, fornisce servizi a supporto delle attività del CONI, delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, dei gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite. In particolare, sono affidati alla Società in esame attività quali la promozione e l'organizzazione di eventi, la gestione di centri e impianti sportivi, la promozione e lo sviluppo della pratica sportiva.

Si tratta inoltre del soggetto incaricato di attuare le scelte di politica pubblica sportiva, con particolare riguardo all'erogazione dei contributi per l'attività sportiva, anche sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI.

A fronte della riforma sopra analizzata ed in seguito all'approvazione del bilancio 2018, è stato il nuovo corso con la nuova struttura societaria, da maggio 2019 guidata dal Consiglio di amministrazione presieduto da Rocco Sabelli, quale primo Consiglio di nomina governativa ai sensi del nuovo art. 8, comma 4, d.l. n. 138 del 2002. Attualmente, dopo le dimissioni rassegnate da Sabelli a dicembre 2019, il Ministro per le Politiche giovanili e Sport ha designato in data 28 gennaio 2020 il nuovo Presidente Vico Cozzoli.

Rinviando ad altri contributi per la trattazione del rapporto tra CONI e Governo nazionale³¹, è evidente come ora, pur nella sua natura servente istitutiva, la Società Sport e Salute Spa rappresenti, in particolare nella fase di sottoscrizione del Contratto di servizio annuale³², una importante sede di

³¹ Tra i tanti, M. SANINO, *Il lento cammino verso la piena autonomia dell'ordinamento sportivo*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna 2018, p. 173 ss.; P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo nel contesto costituzionale attuale*, in *Federalismi*, 2019, n. 12, p. 1-17.

³² Così, infatti, è avvenuto in occasione della trattativa per la sottoscrizione del contratto di servizio, poi effettivamente firmato a novembre 2019, dopo un confronto continuo tra Sport e Salute, CONI e Ministero. Si vedano <https://www.sportesalute.eu/primopiano/1841-sabelli-firmeremo-a-breve-con-coni-non-e%E2%80%99%C3%A8-un-piano-b.html> e <https://www.sportesalute.eu/primopiano/1842-firmato-contratto-di-servizio-tra-coni-e-sport-e-salute.html>.

confronto tra CONI ed i Ministeri competenti (in particolare il Ministro per le Politiche giovanili e Sport), anche al fine della definizione delle politiche pubbliche di promozione di sport e salute.

6. Le restrizioni connesse alla pandemia da COVID-19 hanno fatto emergere, in quest'ultimo anno, un'ulteriore connessione tra attività sportiva e motoria e tutela della salute³³.

Difatti, l'attività sportiva e motoria ha subito numerose restrizioni, insieme a tante altre attività, quale occasione di potenziale contagio, e quindi non come attività di promozione della salute ma come contesto rischioso; restrizioni solo parzialmente venute meno al cessare del periodo di lockdown e da ottobre tornate, in varia forma, con il d.l.125/2020 ed i successivi d.p.c.m. 13, 18 e 24 ottobre 2020.

Appare, quindi, opportuno, pur mantenendo inalterato il testo dei precedenti paragrafi, introdurre un paragrafo di aggiornamento sui provvedimenti e sulle limitazioni relativi all'attività motoria, intervenuti nel corso del 2020.

A partire dal marzo del 2020, i cittadini hanno progressivamente ed evidentemente sofferto la limitazione della propria libertà di circolazione, limitazione certamente giustificata tanto da un intervento finalizzato alla tutela della sicurezza pubblica quanto da un intervento finalizzato alla tutela della salute individuale e collettiva.

La limitazione all'attività motoria è stata impegnativa per tutta la popolazione, a prescindere dall'età anagrafica, con conseguenze sul fisico anche importanti.

Sono stati riscoperti i tetti e le scale condominiali come aree adibite ad esercizi fisici ed è stata riscoperta l'importanza della passeggiata all'aria aperta, in un periodo in cui l'attività sportiva e motoria risultava impedita.

Non c'è dubbio che occorrerà ragionare sugli spazi dedicati all'attività motoria libera, stante l'interesse che questa dimensione sta acquisendo ora per molti cittadini, anche a causa delle inevitabili conseguenze sulla frequentazione di strutture al chiuso.

Del resto, indicazioni in tal senso provengono unanimemente dalla comunità scientifica sia come attività di prevenzione rispetto all'insorgenza di tutta una serie di già ben individuate situazioni sanitarie, sia come modalità di mantenimento di determinata efficienza fisica indispensabile nell'affrontare l'impatto del contagio e la sua conseguente scomparsa.

³³ Si è ritenuto opportuno aggiungere il presente paragrafo, alla prima stesura del contributo, al fine di aggiornare il lettore sulle più recenti innovazioni in materia.

Potrà, quindi, essere utile ripensare all'esercizio fisico e alle manifestazioni sportive preferendone lo svolgimento all'aria aperta e adeguare gli spazi ora presenti. Sotto il profilo giuridico, molteplici sono state le fonti normative intervenute a regolamentare l'attività motoria e sportiva nel corso dell'ultimo anno: decreti leggi, d.p.c.m., decreti ministeriali, ordinanze ministeriali, ordinanze comunali, regolamenti regionali, circolari ministeriali, linee guida, domande frequenti (c.d. FAQ) e, da ultimo, è apparsa all'interno del sistema delle fonti normative anche la raccomandazione³⁴.

Al proposito, il d.l.19/2020 (25 marzo), anche per introdurre una forma di legittimazione agli interventi già adottati in precedenza da Regioni e Comuni, ha riconosciuto a tali soggetti un'ampia area di azione, seppur limitata dal rispetto delle previsioni nazionali. Come noto, al fine di delimitare i confini dei provvedimenti amministrativi emergenziali, il decreto-legge ha elencato le materie, primariamente affidate alla regolamentazione del governo, mediante d.p.c.m.

Tali materie hanno avuto, come ovvio, evidenti e dirette implicazioni amministrative e territoriali.

Si tratta, infatti, della limitazione della circolazione delle persone, della chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici e di limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché, ovviamente, rispetto al territorio nazionale.

Le materie attribuite alla produzione regolamentare del governo, in prima istanza, riguardavano anche la limitazione o il divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico; la limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso.

Queste, ovviamente, sono solo alcune delle 29 tipologie delle misure limitative, elencate, con carattere tassativo, all'art. 1 del d.l.19/2020, attualmente ancora vigente, seppur progressivamente aggiornato.

E l'art.2 affida al d.p.c.m. l'adozione e l'attuazione delle misure di contenimento, sentiti i Ministeri e i Presidenti delle Regioni (o Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome), in base alle proprie competenze. Tuttavia, per colmare una lacuna dell'ordinamento, emersa in queste circostanze, l'art.3 espressamente riconosce ai Presidenti delle Regioni e Sindaci la possibilità di intervenire con propri provvedimenti, anche

³⁴ Si veda al proposito l'intervista a M. Luciani, sul quotidiano online *Repubblica.it*, 26 ottobre 2020.

maggiormente restrittivi, ma nell'ambito delle materie indicate all'art.1 e comunque senza contrastare le misure nazionali o compromettere l'attività unitaria del Paese. Ma tale decreto è giunto dopo numerosi interventi a vari livelli, tra i quali possiamo ricordare l'art.1 del d.p.c.m. 9 marzo (che estendeva al territorio nazionale il d.p.c.m. 8 marzo) che ha previsto al comma 3 la sospensione degli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati.

Lo sport e le attività motorie svolti all'aperto sono stati ammessi esclusivamente a condizione che fosse possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro.

Interveniva poi l'ordinanza del ministero della salute del 20 marzo che prevedeva il divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici e non consentiva lo svolgimento di attività ludica o ricreativa all'aperto; resta consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona.

Interveniva, infine, la circolare di chiarimenti del Ministero dell'Interno del 31 marzo, secondo cui «nel rammentare che restava non consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto ed accedere ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici, (...) l'attività motoria generalmente consentita non andava intesa come equivalente all'attività sportiva (jogging), tenuto anche conto che la disposizione di cui all'art. 1 del dpcm 9 marzo scorso tiene distinte le due ipotesi, potendosi far ricomprendere nella prima (ossia attività motoria) il camminare in prossimità della propria abitazione», limitazioni che, a decorrere dal 18 maggio, grazie al d.l. 33/2020, sono venute meno.

Il d.p.c.m. 17 maggio 2020 ha poi consentito lo svolgimento di attività sportiva o attività motoria all'aperto, anche presso aree attrezzate e parchi pubblici, ove accessibili, purché comunque nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività salvo che non sia necessaria la presenza di un accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti.

Inoltre, ha previsto come noto indicazioni specifiche su accesso e svolgimento di attività sportiva, in particolare all'allegato 17.

Ancora non chiara, almeno alla popolazione, è la gestione dell'attività di jogging all'aperto, nei parchi, passando in mezzo ad altre persone, senza mascherine. Sotto questo profilo sarebbe utile fornire indicazioni chiare e uniformi per la garanzia della sicurezza di tutti, o rivedere la gestione degli spazi. Tale problematica risulta ancora oggi irrisolta, anche in seguito al d.l.125/2020 ed ai d.p.c.m. 13, 18 e 24 ottobre 2020.

Il d.l.125/2020 ha introdotto, tra le potenziali misure previste all'art.1, co.2, d.l.19/2020, l'ipotesi relativa a «hh-bis) obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità», obbligo, poi, tradottosi nella misura prevista all'art.1, co.1, del d.p.c.m.13 ottobre 2020.

Il d.p.c.m. 13 ottobre 2020 con art.1, co.6 ha altresì previsto che «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure: (...) d) è consentito svolgere attività sportiva o attività motoria all'aperto, anche presso aree attrezzate e parchi pubblici, ove accessibili, purché comunque nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività salvo che non sia necessaria la presenza di un accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti».

Ha poi previsto limitazioni alle competizioni ed agli eventi sportivi, nonché alla presenza del pubblico, con una percentuale massima di riempimento del 15% rispetto alla capienza totale e comunque non oltre il numero massimo di 1000 spettatori per manifestazioni sportive all'aperto e di 200 spettatori per manifestazioni sportive in luoghi chiusi, esclusivamente in impianti idonei, salvo eventuale estensione, limitata, della capienza in caso di intesa tra Ministro della Salute e regione richiedente. Inoltre, le sessioni di allenamento degli atleti, professionisti e non professionisti, degli sport individuali e di squadra, che partecipano alle competizioni ammesse, sono state consentite a porte chiuse, nel rispetto dei protocolli emanati dalle rispettive Federazioni sportive nazionali.

Alla lettera f) ha poi consentito l'attività sportiva di base e l'attività motoria in genere svolte presso palestre, piscine, centri e circoli sportivi, pubblici e privati, ovvero presso altre strutture ove si svolgono attività dirette al benessere dell'individuo attraverso l'esercizio fisico, con attenzione alle linee guida ed ai protocolli.

È stato consentito, poi, alla lettera g), lo svolgimento degli sport di contatto da parte delle società professionistiche e - a livello sia agonistico chedi base - dalle associazioni e società dilettantistiche riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dal Comitato italiano paralimpico (CIP), nel rispetto dei protocolli, con divieto, invece, di tutte le gare, le competizioni e tutte le attività connesse agli sport di contatto aventi carattere amatoriale.

In seguito al peggiorare della situazione sanitaria, è intervenuto poi un nuovo d.p.c.m. 18 ottobre 2020 restringendo le limitazioni già presenti nel d.p.c.m. appena richiamato.

In particolare, sono state sostituite le lettere «e» e «g», rispettivamente consentendo lo svolgimento soltanto degli eventi e delle competizioni riguardanti gli sport individuali e di squadra riconosciuti di interesse nazionale o regionale dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dal Comitato italiano paralimpico (CIP) e dalle rispettive federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva, ovvero organizzati da organismi sportivi internazionali, parimenti consentendo lo svolgimento degli sport di contatto solo nei limiti di tale contesto. Diversamente, l'attività sportiva dilettantistica di base, le scuole e l'attività formativa di avviamento relative agli sport di contatto sono consentite solo in forma individuale e non sono consentite gare e competizioni. Sono, altresì, sospese tutte le gare, le competizioni e le attività connesse agli sport di contatto aventi carattere ludico-amatoriale.

È giunto, successivamente, il d.p.c.m. 24 ottobre 2020 che ha sospeso tutti gli eventi e le competizioni sportive degli sport individuali e di squadra, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato, ad eccezione degli eventi e delle competizioni sportive, limitatamente a quelli riconosciuti di interesse nazionale, esclusivamente, però, all'interno di impianti sportivi utilizzati a porte chiuse ovvero all'aperto senza la presenza di pubblico, sospendendo quella precedente previsione che ne consentiva la presenza seppur con una percentuale massima di riempimento del 15% rispetto alla capienza totale e comunque non oltre il numero massimo di 1000 spettatori per manifestazioni sportive all'aperto e di 200 spettatori per manifestazioni sportive in luoghi chiusi.

Inevitabilmente, la chiusura al pubblico ha riproposto discussioni già note in merito all'opportunità ed alla sostenibilità della prosecuzione dei campionati a tali condizioni. Discussione che risulta ancor più problematica alla luce della sempre maggiore circolazione del contagio all'interno delle squadre e dei rispettivi staff tecnici.

Infine, per quanto di interesse alla presente analisi, tale ultimo d.p.c.m. ha previsto, altresì, la sospensione delle attività di palestre, piscine, centri

natatori, centri benessere, centri termali, fatta eccezione per quelli con presidio sanitario obbligatorio o che effettuino l'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza, nonché centri culturali, centri sociali e centri ricreativi, consentendo solo l'attività sportiva di base e l'attività motoria in genere svolte all'aperto presso centri e circoli sportivi, pubblici e privati, nel rispetto delle norme di distanziamento sociale e senza alcun assembramento.

In conclusione, quindi, purtroppo anche grazie al COVID-19, l'attività motoria e sportiva da mesi è al centro dell'attenzione mediatica e della riflessione politica, sociale ed economica conseguente.

LUISA CASSETTI

L'Antitrust, la regolazione e la funzione amministrativa «tradizionale». (Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 13/2019)

SOMMARIO: 1. L'Autorità *antitrust* e le (plurime) funzioni di tutela e promozione della concorrenza: percorsi normativi e giurisprudenziali – 2. L'Autorità *antitrust* non può essere considerata giudice *a quo*: l'elasticità della giurisprudenza costituzionale e il «rigore» degli argomenti utilizzati nella sent. n. 13 del 2019 – 2.1. Rapporto tra la natura di parte processuale e la qualificazione (omnicomprensiva) delle funzioni svolte dall'AGCM – 3. L'AGCM come parte e la diversa intensità del sindacato giurisdizionale in relazione alla tipologia di provvedimento impugnato: il caso dei provvedimenti sanzionatori – 4. La (pretesa) natura amministrativa e il *private enforcement* del diritto europeo della concorrenza: i problemi sistemici connessi alla possibilità che la decisione *antitrust* possa costituire «cosa giudicata» per il giudice adito in sede di risarcimento danni

1. La creazione nel 1990 di un'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o Autorità *antitrust*) non ha rappresentato solo un punto di svolta, atteso e rinviato per la verità da decenni, rispetto a obiettivi e politiche prioritarie condivise in Europa fin dall'adesione ai Trattati di Roma, ma ha altresì aperto la stagione delle liberalizzazioni e della (connessa) regolazione di singoli – e strategici – settori del mercato (energia e gas, comunicazioni etc.) nonché della regolazione pubblica di interessi riconducibili ad ambiti costituzionalmente sensibili (es. *privacy* e diritto di sciopero).

In nome della collocazione strategica degli interessi coinvolti, del rilievo costituzionale dei medesimi e della necessità di costruire per quelle istanze forme di governo diverse da quelle generate dall'ordinario circuito della rappresentanza politica, ruotante attorno all'asse Parlamento-Governo, sono state istituite, già negli anni Novanta del secolo scorso, autorità con diverso grado di indipendenza e autonomia rispetto a quelle che caratterizzano l'Autorità *antitrust* e diversi livelli/forme di poteri di regolazione rispetto alle funzioni di controllo riservate alla stessa.

Ancora in tempi recenti, la nascita e la progressiva dilatazione delle funzioni attribuite all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), in nome anche in questo caso del carattere tecnico delle misure necessarie a prevenire e combattere fatti e comportamenti corruttivi, ha riportato agli onori del dibattito

giuspubblicistico le «vecchie» questioni fondamentali relative al grado di indipendenza di cui godono i componenti e alle tipologie di funzioni di regolazione e/o di normazione attribuite a un organo pubblico che è preposto alla vigilanza del corretto funzionamento della pubblica amministrazione in nome dei valori costituzionali dell'eguaglianza, del buon andamento e imparzialità dell'agire amministrativo e che è collocato al di fuori della struttura dell'amministrazione tradizionale¹.

Nell'arco dei trent'anni che ormai ci separano dalla nascita di quella che continua ad essere considerata il «prototipo» di autorità indipendente, in virtù della scelta fatta dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, che affida la selezione dei componenti ad una delibera congiunta dei Presidenti delle due Camere, le originarie funzioni di controllo sul rispetto dei divieti in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di concentrazioni e sulla pubblicità ingannevole sono state via via affiancate da una pluralità di ulteriori competenze che hanno contribuito a rendere ben più complessa e articolata la fisionomia dell'Autorità *antitrust*. In alcuni casi la dottrina ha stigmatizzato questo incedere di novelle legislative continue anche perché talora l'estensione delle competenze è avvenuta su versanti che appaiono scarsamente coerenti ovvero funzionali con la *mission* originaria di un organo preposto alla difesa della concorrenza in armonia con i vincoli europei e con i principi costituzionali posti a garanzia della iniziativa economica privata².

Si tratta dunque di un'evoluzione complessa che è stata in alcuni passaggi condizionata dalla necessità – contingente – di attribuire a un'entità già esistente funzioni di grande rilievo mediatico e politico o ancora dalla reazione

¹ Per un'analisi delle funzioni dell'Anticorruzione rispetto all'indipendenza di cui gode l'AGCM si veda in particolare N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giust. amm.*, 2016, n. 5, p. 6: l'A. evidenzia l'anomalia della scelta normativa di distinguere, mediante un apposito procedimento di nomina, l'indipendenza e le funzioni del Presidente rispetto agli altri membri dell'Anac nonché la difficoltà di concepire un'autorità pubblica indipendente che di fatto controlla ogni singolo ramo e articolazione dell'amministrazione tradizionale (in nome dell'obiettivo ultimo di sradicare comportamenti corruttivi così diffusi a tutti i livelli della pubblica amministrazione).

² Ad esempio, la competenza relativa al controllo e vigilanza sul conflitto di interessi di cui alla l. 20 luglio 2004, n. 215, è attribuzione controversa e, in una prospettiva di razionalizzazione normativa delle autorità indipendenti, andrebbe eliminata secondo G. BRUZZONE, A. SAIJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (16 dicembre 2008), Paper elaborato per il gruppo di lavoro Astrid *La riforma delle autorità indipendenti*, in *Astrid: il rischio è che le competenze relative all'attività dei titolari di cariche di governo possano alterare i criteri di selezione dei membri dell'Autorità*, ponendo magari in secondo piano quei requisiti di competenza indispensabili per garantire piena attuazione alle regole *antitrust* e a difesa del consumatore (ivi, p. 9).

rispetto a specifiche congiunture e/o criticità economico-finanziarie. Sul primo versante è emblematica l'attribuzione all'AGCM delle funzioni in materia di conflitto di interessi, mentre sul versante dei provvedimenti d'urgenza possiamo ricordare l'introduzione del regime degli impegni che si inseriscono come parentesi negoziata all'interno della procedura di contestazione della violazione dei divieti in materia di intese e di abuso di posizione dominante³ o ancora, più di recente, il tentativo, condotto in concomitanza con la grave crisi economico-finanziaria dell'area euro, di rafforzare gli strumenti di azione mediante la possibilità di agire in giudizio per far impugnare «atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» ai sensi dell'art. 21 bis inserito nella legge nazionale *antitrust*⁴.

In realtà, nei decenni successivi all'istituzione dell'Autorità *antitrust* non abbiamo assistito solo a una dilatazione delle relative competenze giacché la funzione in sé ha trovato la sua formulazione esplicita nel testo costituzionale in occasione della riforma del Titolo V, parte II della Costituzione. Con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, fu infatti inserito nel nuovo testo dell'art. 117 comma 2, lett. e) la materia/funzione, riservata in via esclusiva allo Stato, avente ad oggetto la «tutela della concorrenza».

Come è noto, in virtù dell'evoluzione interpretativa che di questa peculiare materia ha fornito la Corte costituzionale, è entrata a pieno titolo nel sistema delle competenze e nel dibattito pubblico la più ampia e complessa formula della «tutela e promozione della concorrenza». Rispetto a questo versante giurisprudenziale dobbiamo rilevare come innegabili esigenze di fare chiarezza in merito ai confini delle responsabilità del legislatore statale e regionale in un ambito strategico per lo sviluppo economico del paese abbiano in realtà contribuito a rendere meno chiaro e definito il confine tra le peculiarità (istituzionali e storiche) che hanno accompagnato la nascita dell'Autorità *antitrust* e le plurime forme di intervento pubblico nei rapporti economici, forme che in concreto si celano dietro a talune misure qualificabili come pro-concorrenziali (ovverosia quegli strumenti pubblici volti a «ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o instaurare assetti concorrenziali») di cui all'interpretazione (discutibil-

³ Cfr. art. 14 ter l. 10 ottobre 1990, n. 287 inserito dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv., con modifiche, nella l. 4 agosto 2006, n. 248.

⁴ Cfr. art. 21 bis l. 10 ottobre 1990, n. 287 introdotto dall'art. 35 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modifiche, nella l. 214/2012.

mente dilatata) proposta dalla Corte costituzionale fin dai primi anni di attuazione della revisione costituzionale del 2001⁵. Una accezione così ampia della funzione non ha certo contribuito ad affinare il dibattito pubblico sulla nozione di concorrenza oltre ad avere in più occasioni avallato discutibili intromissioni statali nelle aree della regolazione e dell'organizzazione di competenza regionale ⁶.

E' altresì vero che il riformato quadro costituzionale delle competenze legislative dello Stato e delle regioni ha sicuramente favorito il dibattito sulla sostanza della «funzione» riconducibile alla tutela della concorrenza, ma resta comunque immutato il peso dell'interpretazione dei principi fondamentali e delle garanzie costituzionali contenute nella prima parte della Costituzione: del resto, la stessa norma istitutiva dell'AGCM e la conseguente prassi continuano a fondarsi sul legame tra concorrenza e libertà di impresa così come regolata dall'art. 41 Cost. e, più in generale, sulla cultura che è alla base della disciplina costituzionale dei rapporti economici⁷.

⁵ Sul punto si rinvia alla lucida analisi critica di F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma*, in *Regioni*, 2004, p. 1014 ss. a proposito della ambiguità della «tutela e promozione della concorrenza» ricondotta a partire dalla sent. 13 gennaio 2004, n. 14, all'interno del titolo della competenza riservata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. e): l'interpretazione in questione difficilmente poteva essere acquisita come speculare rispetto alla concezione europea della concorrenza giacché quelle misure di sostegno alla concorrenzialità talora nascondono aiuti di Stato alle imprese che i Trattati europei considerano in via di principio misure anticoncorrenziali e come tali sono vietati. Sul punto v. L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi*, 2004, n. 5; A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono una forma di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 259 ss.; C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di stato tra diritto interno e diritto comunitario*, *ivi*, p. 277 ss.

⁶ Come sottolinea P. BILANCIA, *L'AGCM nella giurisprudenza costituzionale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari 2018, p. 115 ss.

⁷ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Congresso annuale, Torino, 27-28 ottobre 2011*, Napoli 2012, p. 3 ss., p. 69, sottolinea come il riconoscimento esplicito della tutela della concorrenza positivizzata nel riformato art. 117 Cost. non sia in grado di alterare i principi supremi che governano il rapporto tra politica ed economia e in particolare il ruolo pivotale del principio dell'utilità sociale, declinato nell'art. 41, comma 2, Cost. come limite generale all'iniziativa economica privata proclamata libera dal primo comma della stessa disposizione, quale regola fondamentale dalla quale discende il ruolo strumentale (e non di valore in sé) della concorrenzialità del mercato. Esistono invero diverse letture delle garanzie contenute nell'art. 41 Cost. rispetto al fondamento costituzionale della concorrenza sulle quali v. L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino 1997.

Per queste ragioni è quantomai utile riflettere sui riflessi ordinamentali che possono derivare dalla decisa (ma problematica) affermazione dei giudici costituzionali in merito alla natura (esclusivamente) amministrativa delle funzioni svolte dall'autorità nazionale preposta alla garanzia della concorrenzialità del mercato: in particolare, è utile riflettere sul rapporto tra l'indipendenza di cui gode l'organo e la natura delle diverse funzioni oggi concentrate in quella stessa autorità.

2. Con sent. 31 gennaio 2019, n. 13, la Corte costituzionale ha escluso che l'AGCM possa essere legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto priva dei requisiti che identificano posizione (dal lato soggettivo) e funzioni (dal lato oggettivo) del giudice *a quo*.

Come è noto, l'ordinanza di rimessione dell'Autorità⁸ sollevava questione di costituzionalità dell'art. 93-ter, comma 1 bis, l. not. (introdotto dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205) nella parte in cui esclude l'applicazione delle regole e dei controlli *antitrust* per gli atti funzionali all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei notai in virtù della natura di «servizio di interesse economico generale» riconosciuto a quelle attività di vigilanza per effetto del richiamato art. 8 l. n. 287 del 1990. Tale disposizione, in armonia con quanto previsto dall'art. 106, par. 2, TFUE, prevede infatti che le regole *antitrust* nazionali «non si applicano alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati». È bene rammentare che la novella legislativa incriminata fu introdotta in prosimità della decisione finale del Collegio dell'AGCM in merito a un'istruttoria avviata a seguito di una denuncia per sospetta violazione del divieto di intese (art. 2, l. n. 287 del 1990) a carico delle iniziative e degli atti di «vigilanza» posti in essere dal Consiglio Notarile di Milano al fine di limitare l'azione di quei notai che, avendo acquisito consistenti quantità di lavoro, non apparivano in linea con la media del distretto.

La decisione dell'AGCM di prospettare la suddetta questione di costituzionalità, per sospetta violazione degli artt. 3, 41 e 117, comma 1, Cost., è stata adottata in risposta alla posizione assunta dal Consiglio Notarile di

⁸ AGCM, 1803-Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano, Ordinanza n. 1, del 3 maggio 2018, pubblicata in www.agcm.it il 7 maggio 2018 e nel Bollettino, Anno XXVIII, n. 17, del 7 maggio 2018. L'ordinanza è stata oggetto di un Seminario organizzato dalla rivista *Federalismi* (Roma, 21 giugno 2018): le relazioni introduttive di L. Cassetti, G. Di Plinio, M. Libertini, S. Staiano e altri interventi al Seminario sono stati pubblicati in *Federalismi*, a partire dal 2018, n. 14.

Milano che, non condividendo l'interpretazione (rigorosa, in conformità con i principi costituzionali e comunitari sulla concorrenza) offerta dagli Uffici istruttori dell'AGCM, aveva opposto l'incompetenza assoluta della stessa a giudicare le condotte oggetto dell'istruttoria.

I giudici costituzionali sono ben consapevoli dell'elasticità della giurisprudenza pregressa in tema di individuazione dei presupposti per avere un giudice *a quo* in grado di sollevare una questione di costituzionalità. Infatti, si fa riferimento a una interpretazione che ha tenuto conto delle esigenze specifiche del caso concreto e che è stata necessaria tutte le volte che il rimettente si collocava negli intestizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione: in presenza di una «zona grigia», alimentata dai concorrenti e inversi fenomeni della «giurisdizionalizzazione» dell'amministrazione e della «amministrativizzazione» della giurisdizione, le porte del giudizio incidentale si sono aperte con l'obiettivo finale di ridurre al massimo eventuali «zone franche» dal controllo di costituzionalità⁹.

Nel caso di specie però non vi sarebbe spazio per ammettere l'AGCM a svolgere le funzioni di giudice rimettente neppure alla luce del filone giurisprudenziale che ha riconosciuto la qualificazione di giudice *a quo* solamente «ai limitati fini dell'instaurazione potenziale di un giudizio di costituzionalità». Come è noto, tale percorso è stato battuto dalla Corte fin dagli anni Settanta del secolo scorso proprio al fine di introdurre al sindacato di costituzionalità leggi che più difficilmente potrebbero essere, per altra via, ad esso sottoposte. Il *leading case* di questo filone giurisprudenziale è costituito dalla «storica» sent. 18 novembre 1976, n. 226, con la quale si consentì alla Corte dei conti, in sede di controllo sugli atti normativi del Governo, di fungere da giudice rimettente solo ai limitati fini dell'introduzione del giudizio di costituzionalità. Negli sviluppi successivi di questo filone giurisprudenziale hanno trovato spazio anche soggetti che, pur essendo carenti dal lato soggettivo dei presupposti richiesti, sono stati ammessi a sollevare questione di costituzionalità in virtù della loro capacità di risolvere una controversia con le garanzie del contraddittorio e di imparzialità proprie di un giudice¹⁰.

Nel caso dell'AGCM la Corte costituzionale ha ribadito la scissione tra i due presupposti (soggettivo e oggettivo), ma non ha tenuto in alcun conto un altro presupposto, che in passato aveva fatto valere, ovvero la definitività della decisione adottata dall'organo. Il precedente è quello in cui la decisione degli arbitri nell'arbitrato rituale, pur essendo impugnabile dinanzi

⁹ Così Corte cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13, p.to 3.1 cons. dir.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 28 novembre 2001, n. 376, p.to 2 cons. dir. con riferimento agli arbitri nell'arbitrato rituale.

alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato (artt. 827 ss. c.p.c.), non ha impedito alla Corte costituzionale di considerare appunto gli arbitri tra i soggetti abilitati a sollevare questione di costituzionalità. L'importanza di considerare questo passaggio giurisprudenziale deriva dal fatto che su quelle basi il giudice delle leggi avrebbe potuto ragionare diversamente rispetto alla soluzione dell'inammissibilità: visto che la non definitività del lodo arbitrale non è stato considerato un elemento determinante per escludere la capacità degli arbitri di aprire le porte del giudizio di costituzionalità in via incidentale (sent. 28 novembre 2001, n. 376), sarebbe stato difficile non rilevare l'analogia con i provvedimenti adottati dall'AGCM, provvedimenti che sono appunto impugnabili dinanzi all'autorità giudiziaria¹¹.

Nella selezione accurata dei presupposti, selezione che si inserisce nella nota capacità del giudice costituzionale di adattare e manipolare le regole del «suo» processo, la Corte si è fermata però nel caso di specie al (solo) requisito della terzietà: in assenza di questo presupposto ritenuto imprescindibile, il fattore della impugnabilità dei provvedimenti adottati dall'AGCM nelle opportune sedi giudiziarie è stato considerato, a differenza di quanto accaduto nel caso degli arbitri, come un elemento in grado di supportare la decisione di inammissibilità in virtù della agibilità della via giudiziaria, sede competente per sollevare eventualmente questione di costituzionalità ed evitare così il pericolo della zona d'ombra.

All'origine del rigore che la Corte ha usato nel caso dell'Autorità *antitrust* vi è dunque l'assenza nella fattispecie del requisito della terzietà che comunque deve essere presente per aversi giudice *a quo* (anche ai limitati fini). Per dimostrare ciò la Corte invoca un potere attribuito all'AGCM con provvedimento d'urgenza adottato dal governo Monti per creare le condizioni di rilancio dell'economia nazionale nel pieno della grave crisi economico-finanziaria attraversata dai paesi dell'eurozona: si tratta della già citata facoltà di impugnare dinanzi al giudice amministrativo «atti di qualsiasi autorità amministrativa che violino le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato» (art. 21 bis l. n. 287 del 1990).

In virtù di «un'ontologica incompatibilità» tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio amministrativo in seno al quale è possibile impugnare i provvedimenti adottati dall'autorità medesima resta preclusa la

¹¹ Sulle ragioni che depongono a favore della possibilità di considerare l'AGCM giudice ai limitati fini dell'accesso al giudizio incidentale v. A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, p. 147; G. MAZZANTINI, M. C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio cost.*, 2018, n. 2, p. 33 ss.; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi*, 2018, n. 14.

possibilità di riconoscere all'Autorità *antitrust* il ruolo di giudice rimettente «ai limitati fini», giacché in questa materia il pericolo della permanenza di una zona d'ombra che renderebbe estremamente difficile il controllo di legittimità costituzionale è scongiurato dalla possibilità di impugnare il provvedimento dell'autorità in questione, come anche delle altre autorità indipendenti, dinanzi al giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) ovvero dal controllo giurisdizionale di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate: in quelle sedi giudiziarie è ben possibile, per le parti ovvero per il giudice d'ufficio, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Pertanto, nell'ipotesi in cui l'AGCM dovesse adottare un provvedimento di archiviazione, non potendo in virtù dell'articolo incriminato andare avanti nella prosecuzione del procedimento sanzionatorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, resterebbe la facoltà in capo al notaio segnalante ovvero all'interveniente di impugnare il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo e in quella sede eventualmente sollevare analoga questione di costituzionalità¹².

2.1. In realtà l'argomentazione del giudice costituzionale non si ferma alla dimostrazione – che di per sé sarebbe stata sufficiente a motivare la decisione di inammissibilità – dell'assenza di terzietà dell'AGCM per chiudere le porte dell'accesso al sindacato di costituzionalità, ma si sofferma sulla natura del potere dell'Autorità in questione: si tratterebbe di attività amministrativa discrezionale, il cui esercizio implica ponderazione dell'interesse pubblico primario (quello alla tutela della concorrenza) con gli altri interessi pubblici e privati in gioco¹³.

¹² Cfr. Corte cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13, p.to 7 cons. dir.

¹³ Come giustamente fa notare G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sent. 13/2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2019, n. 1, p. 145, una siffatta sottolineatura riporta l'Autorità in questione, ma in prospettiva, tutte le autorità indipendenti, all'interno degli schemi delle amministrazioni pubbliche statali finendo per deprimere la specificità di questi che sono qualificabili come poteri costituzionali. Analogo rilievo era stato messo in luce criticamente da A. Patroni Griffi, nella Relazione al Seminario di *Federalismi* (Roma, 22 maggio 2019) ora pubblicata con il titolo *Le strettorie della porta incidentale e la legittimazione e la legittimazione delle amministrazioni indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi*, 2019, n. 13, p. 11, ove si sottolinea come la peculiare indipendenza di cui gode, in particolare, l'AGCM viene completamente oscurata con conseguente schiacciamento delle peculiarità funzionali dell'Autorità in questione ovvero sia del modo di far valere l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza in posizione di neutralità ed equidistanza rispetto agli interessi pubblici e privati coinvolti in ogni procedimento.

Questa definizione è per la Corte omnicomprensiva, una sorta di abito che calzerebbe a pennello tanto per i poteri decisori, pararegolatori e consultivi quanto per i poteri di concedere deroghe ai divieti in materie di intese e di abusi di posizione dominante e per il potere di negoziare accordi con le imprese sotto forma di impegni e programmi di clemenza, per i quali la Corte ravvisa «un ampio margine di discrezionalità amministrativa».

È interessante esaminare gli argomenti utilizzati per giustificare questa definizione omnicomprensiva della pluralità delle funzioni svolte dall'Autorità *antitrust*. La tesi è supportata dal richiamo esplicito a due poteri dell'Autorità in questione ovverosia la possibilità di adottare decisioni in deroga ai divieti e la facoltà di concordare con le imprese gli impegni e i programmi di clemenza. Si tratta di poteri che risalgono rispettivamente alla legge istitutiva (le deroghe ex art.4, l. n. 287 del 1990) e che sono stati introdotti da modifiche legislative più recenti (gli impegni di cui agli artt. 14 ter e 15 l. n. 287 del 1990 previsti dal d.l. n. 223 del 2006). Per entrambe è opportuno fare alcune precisazioni al fine di collocarli all'interno della complessa fisiologia dell'organo.

Il potere di concedere deroghe ai divieti *antitrust* (intese e abuso di posizione dominante) è stato al centro di un dibattito dottrinale che soprattutto negli anni Novanta del secolo scorso si interrogava sulla peculiare natura costituzionale dell'Autorità *antitrust*. Questo potere di autorizzazione è stato utilizzato da alcuni studiosi come prova della natura discrezionale delle funzioni attribuite ad un organo che interviene nei rapporti economici a difesa della concorrenza e quindi svolgerebbe a tutti gli effetti una ponderazione di interessi contrapposti. In altre parole, il potere di concedere deroghe è stato visto come una prova della assenza di neutralità e imparzialità dell'AGCM nelle valutazioni relative alla concorrenzialità del mercato: piuttosto, il contemperamento tra questo obiettivo e gli altri interessi (pubbliche privati) di natura diversa non sarebbe frutto di scelte legislative ma espressione di un bilanciamento che l'Autorità *antitrust* è chiamata a svolgere¹⁴. Da questa impostazione discende una lettura costituzionale della funzione pubblica a difesa della concorrenza come strumentale rispetto alla tutela di altri interessi riconducibili ai valori della persona, della sua sicurezza e dignità nonché di valori sociali, quali l'interesse e la protezione dei consumatori: l'intervento pubblico a difesa della concorrenzialità del mercato non sarebbe pertanto un valore in sé riconducibile alla premessa della libertà di

¹⁴ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, p. 148.

iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., ma piuttosto uno strumento per la tutela e la promozione di «altri» valori¹⁵.

Sul versante opposto è stato invece evidenziato, fin dai primi anni di attività dell'AGCM, il carattere eccezionale del potere in questione rispetto alla funzione di accertamento dei presupposti del comportamento delle imprese, funzione che si differenzia dall'agire amministrativo tradizionale: l'applicazione dei divieti *antitrust* non sarebbe, secondo questa tesi, frutto di una ponderazione tra interessi contrapposti, ma piuttosto espressione di un interesse alla corretta applicazione della legge in posizione equidistante rispetto agli interessi (pubblici e privati) in gioco. Questo modo di procedere ricorderebbe la funzione del giudice che applica una legge piuttosto che quella dell'amministrazione tradizionale¹⁶.

Sul punto però sono emersi in dottrina forti dubbi in merito alla effettiva capacità di applicare il diritto obbiettivo come se si trattasse di un «vero» giudice: a fronte della difficoltà di equiparare la para-giurisdizionalità con l'esercizio della funzione giurisdizionale si pone piuttosto l'accento sulla peculiare imparzialità di un'autorità la cui natura resterebbe sostanzialmente amministrativa¹⁷. Secondo questo filone interpretativo, l'applicazione obbiettiva del diritto *antitrust*, da svolgere in conformità con le regole e la giurisprudenza UE, non sarebbe un'attività neutrale esercitata da un organo operante in posizione *super partes*: piuttosto, quella funzione di applicazione delle regole può implicare un'attività discrezionale che è stata definita indirettamente «politica», in virtù dei margini di elasticità nella valutazione del mercato rilevante nel caso del divieto sulle intese (art. 2) ovvero degli elementi da valutare per arrivare a decidere se una concentrazione provochi la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante (art. 6). Analoghe considerazioni sono state svolte in merito alla facoltà consentita all'AGCM di autorizzare deroghe ai divieti sulle intese o alle regole sulle concentrazioni.

¹⁵ Così R. NIRO, *Profili costituzionali dell'antitrust*, Padova 1994, p. 133; sul punto v. già M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit.

¹⁶ M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 130 parla di accertamento della corrispondenza tra fatti e norme; *contra* v. G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'Autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in AA. VV., *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano 1996, p. 1550; su questo dibattito dottrinale v. *amplius* L. CASSETTI, *La cultura del mercato*, cit., p. 299 ss.

¹⁷ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 501; G. TESAURO e M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano 2002, p. 112 ss., in part. p. 120. Per un'analisi critica della neutralità e della funzione para-giurisdizionale dell'AGCM, v., M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007, p. 212 ss.

In realtà, anche coloro che hanno sempre sostenuto il modo affatto «peculiare» di perseguire l'interesse pubblico tipico di un'autorità che opera in condizioni di piena indipendenza e di autonomia dal potere esecutivo, non hanno mancato di evidenziare l'estraneità, rispetto a quel modello, del potere discrezionale di concedere autorizzazioni in deroga (di cui all'art. 4) come anche del potere di derogare ai divieti in materia di concentrazioni in presenza dei preminenti interessi economici nazionali secondo quanto previsto dall'art. 25 della l. n. 287 del 1990¹⁸.

A distanza di quasi trent'anni di applicazione della legge nazionale *antitrust* si può osservare come in effetti le misure autorizzatorie di intese vietate siano state considerate davvero un'eccezione rispetto alla funzione peculiare di applicare alle fattispecie concrete i divieti *antitrust*, se è vero che risultano davvero ridottissimi i casi in cui sono state effettivamente accordate¹⁹.

Per quanto riguarda poi la facoltà dell'AGCM di autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti e sulla base delle linee guida del Governo (art. 25), la complessità della procedura è stata tale da renderla sostanzialmente inutilizzata. Infatti, nel caso del salvataggio di Alitalia il Governo ha fatto ricorso nel 2008 a un provvedimento d'urgenza²⁰, con l'obiettivo di salvaguardare il preminente interesse nazionale (al mantenimento in vita della compagnia di bandiera e alla connessa garanzia del mantenimento di un servizio di trasporto aereo fondamentale per il paese, su tutte le rotte).

In definitiva, al di là di questi poteri che, alla luce della prassi sopra ricordata, ragionevolmente potrebbero essere considerati speciali rispetto al *genus* del potere di applicazione obbiettiva delle regole *antitrust*, sarebbe stato

¹⁸ Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., p. 136; G. MORBIDELLI, *Intervento*, in AA.VV., *Significato e natura della Autorità indipendente*, Milano 1997, p. 57, ricorda che anche per l'Autorità *antitrust*, la più «pura» ovvero più vicina al modello giurisdizionale, l'attribuzione del potere di derogare ai divieti sulle intese (art. 4) è espressione di una tipica valutazione di discrezionalità amministrativa.

¹⁹ Ricorda M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e Soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino 2018, p. 98, a fronte delle sessanta richieste presentate dal 1993 risultano effettivamente accordate meno di 20 autorizzazioni in deroga.

²⁰ Cfr. d.l. 28 agosto 2008, n. 134, «Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi», conv. nella l. 27 ottobre 2008, n. 166: sulla legittimità costituzionale di questo provvedimento v. Corte cost., sent. 22 luglio 2010, n. 270.

opportuno cogliere l'occasione della prima ordinanza di remissione a firma AGCM per riflettere sulla particolare natura della discrezionalità di cui gode tale autorità: non è un caso che fin dai primi commenti alla legge *antitrust* sia stata invocata – semmai – la discrezionalità «tecnica» che meglio spiegherebbe le peculiari funzioni attribuite a un organo costruito con un elevato grado di indipendenza dall'esecutivo-governo in nome delle specifiche competenze professionali richieste ai componenti. Dunque, indipendenza, esperienza professionale nel campo giuridico-economico e discrezionalità tecnica (uso dell'analisi economica e di conoscenze economiche o comunque extragiuridiche) si saldano tra loro e sono alla base della scelta politica del Parlamento di portare le questioni della concorrenzialità del mercato fuori dall'amministrazione tradizionale e quindi fuori dall'ordinaria discrezionalità amministrativa²¹.

Su questo impianto si è consolidata nella prassi la necessità di bilanciare codesto modo di operare dell'AGCM con la salvaguardia delle regole di partecipazione al procedimento amministrativo degli interessati: per questa via si arriva al recente piano di riordino delle funzioni interne agli uffici (separazione tra uffici istruttori e competenze decisionali dell'AGCM) che nell'ordinanza di rimessione è portata ad esempio di come il concreto agire amministrativo dell'AGCM sia orientato verso il pieno rispetto delle garanzie delle parti coinvolte nei procedimenti.

Queste trasformazioni dal lato dell'organizzazione interna corrispondono in realtà all'esigenza di fornire garanzie in un quadro di competenze che, come abbiamo sopra ricordato, è lievitato nel corso degli anni: del resto, la stessa sent. 31 gennaio 2019, n. 13 cita, accanto al potere di concedere deroghe alle violazioni dei divieti *antitrust* già presente nella legge istitutiva, il potere (discrezionale) contenuto nella decisione sugli impegni ovvero sia nell'atto di accettazione delle statuizioni concordate con l'impresa privata rispetto alla quale l'istruttoria ha verificato la sussistenza degli estremi di una condotta tenuta in violazione dei divieti *antitrust*. E' indubbio che questa importante competenza, aggiunta nel 2006, ha contribuito a potenziare la capacità dell'AGCM di rapportarsi e dialogare con le imprese in modo assai stringente giacché definire, negoziare e quindi accettare gli impegni proposti dal privato significa acquisire un potere di indirizzo molto incisivo che consiste nel fornire a tutte le altre imprese del settore una linea guida in merito a quali siano i comportamenti necessari per evitare la sanzione quando a seguito di un'istruttoria siano emerse a carico dell'impresa denunciata gli estremi di una violazione *antitrust*. Dunque, è legittimo chiedersi se

²¹ Come sottolinea G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino 1999, p. 99.

con l'acquisizione di questa importante funzione l'AGCM non sia divenuta in qualche forma titolare di un potere di regolazione ovvero di para-regolazione che presenta tratti, finalità ed effetti atipici rispetto all'ordinario bilanciamento discrezionale su cui si sostanzia l'agire della pubblica amministrazione²².

Ma lo spettro delle funzioni che a ragione potrebbero essere qualificate come para-normative è in realtà ancora più ampio: è sufficiente fare solo un cenno al consistente impatto che hanno avuto in questi decenni i poteri di segnalazione e consultivi di cui agli artt. 21 e 22 della legge istitutiva. L'ampiezza dei settori normativi coinvolti (non solo leggi in corso di approvazione, ma anche fonti regionali e locali nonché norme secondarie) dalle segnalazioni e dai pareri ha consentito all'AGCM di intercettare, anche in via preventiva, possibili distorsioni della concorrenza contenute in quegli atti e rilevanti sono stati gli effetti che questi rilievi hanno avuto sugli orientamenti dei poteri e degli organi titolari di quelle funzioni normative. A ragione siffatti interventi sono stati inquadrati all'interno di attività para-normative o di *soft regulation* in grado di comporre un vero e proprio «potere di influenza» che si consoliderebbe grazie ai canali comunicativi con la società e, in particolare, con i consumatori che l'AGCM ha affinato e ampiamente utilizzato in questi decenni²³.

3. L'etichettatura delle funzioni esercitate dall'Autorità *antitrust* all'interno della tradizionale discrezionalità amministrativa non è dunque solo insufficiente a spiegare la complessità delle plurime funzioni attribuite all'AGCM, ma neppure sembra in grado di dare conto del complesso percorso giurisprudenziale (nazionale e sovranazionale) in merito al differente grado di sindacato giurisdizionale possibile proprio in relazione alla diversa tipologia di funzioni (e di corrispondenti decisioni) attribuite a tale autorità pubblica.

Come è noto, i giudici amministrativi (TAR Lazio e Cons. St.) si sono dovuti confrontare con la necessità di bilanciare l'interesse e i diritti delle parti private con l'interesse pubblico a non travisare ovvero sconvolgere gli

²² Sulla controversa qualificazione giuridica delle decisioni sugli impegni si rinvia all'analisi di M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e Soft law*, cit., p. 105 ss.

²³ Cfr. A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, 2017, n. 23, p. 21; A. CHIAPPETTA, *Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità: una pronuncia scontata o un'occasione mancata?*, in *Federalismi*, 2020, n. 25, p. 50, sottolinea come il modello di *authority* che emerge dalla sentenza n. 13/2019 non riconosca all'*Antitrust* alcuno dei caratteri che la rendono assolutamente peculiare nel panorama delle autorità indipendenti.

equilibri concorrenziali che le decisioni dell'AGCM mirano a raggiungere, in armonia con la scelta del legislatore di sottrarre questo ambito all'agire «tradizionale» della pubblica amministrazione.

Tale bilanciamento impone di tarare l'intensità del sindacato del giudice sui provvedimenti *antitrust*: si è posto dunque il problema della distinzione tra un controllo «forte», con riferimento ai provvedimenti che fossero frutto di una scelta discrezionale in senso lato, dal controllo «debole» con l'obiettivo di salvaguardare gli spazi di discrezionalità tecnica riservati all'organo che, in virtù delle sue competenze specifiche in materia di concorrenzialità del mercato, è l'unico a poter accertare e sanzionare i comportamenti abusivi. In dottrina il problema relativo all'intensità del controllo giurisdizionale è stato affrontato in modo radicalmente diverso a seconda della lettura che si è offerta in merito alla posizione e alle funzioni riservate all'Autorità *antitrust*. Maggiore deferenza dei giudici rispetto alle valutazioni tecniche dell'AGCM è richiesta da coloro che sottolineano il diverso modo di agire di un'Autorità indipendente rispetto all'amministrazione tradizionale²⁴: del resto la scelta originaria di attribuire funzioni *antitrust* ad un'autorità costituita *ad hoc*, e non ai giudici come accade in altri paesi europei, confermerebbe la consapevolezza del legislatore in merito alla mancanza di esperienza e conoscenza del potere giudiziario rispetto alle questioni tecniche che sostengono i provvedimenti adottati per il mantenimento di condizioni di concorrenzialità nel mercato nazionale.

La giustizia amministrativa sembra ormai convergere sulla distinzione tra diverse intensità del sindacato: a fronte di un controllo che, pur potendo tramite CTU ripercorrere anche la decisione tecnica dell'AGCM, si limita a verificare che il provvedimento impugnato sia logico, congruo, ben motivato e ragionevole, esiste uno spazio di sindacato ben più ampio nel caso specifico delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità in questione.

Nell'autonomo percorso giurisprudenziale che riguarda il controllo sulle decisioni con le quali tale autorità irroga una sanzione pecuniaria si è affermato il principio che consente un pieno e completo sindacato del giudice, sindacato che include il potere di modificare ovvero annullare la sanzione comminata. Del resto, il codice del processo amministrativo ha formalizzato la soluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutti gli atti dell'AGCM incluse le sanzioni ed è stata estesa la cognizione nel

²⁴ Cfr. in particolare, i contributi di S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, e L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, rispettivamente p. 165 ss. e p. 56 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005.

merito per le sanzioni pecuniarie ivi incluse quelle irrogate dalle autorità indipendenti²⁵.

Sul punto il nostro ordinamento si conforma non solo alla giurisprudenza dell'ordinamento eurounitario, ma è in linea con quanto più recentemente richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che nel 2011 ha avuto occasione di occuparsi per la prima volta dell'AGCM ovverosia della natura del potere sanzionatorio ad essa attribuito. Il ricorso presentato ai giudici di Strasburgo da parte di un'importante società farmaceutica si fondava proprio sulla supposta «debolezza» del sindacato dei giudici nazionali sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM a seguito di un'istruttoria che aveva rilevato gli estremi dell'intesa vietata²⁶.

La Corte europea di Strasburgo, dopo aver qualificato la sanzione pecuniaria come appartenente al *genus* della sanzione penale, ha escluso che l'Autorità *antitrust* italiana sia un giudice e quindi ha ammesso che un'autorità amministrativa, sia pur con una serie di peculiarità dal lato organizzativo, possa adottare sanzioni pur non offrendo dal lato soggettivo le garanzie richieste dall'art. 6 CEDU. I giudici di Strasburgo hanno però posto una condizione: la condizione è che su quei provvedimenti vi sia piena conoscibilità in fatto e in diritto, da parte dei giudici, eventualmente anche attraverso il potere di riformare la sanzione irrogata.

Su queste basi è lecito chiedersi se vi siano altre tipologie di decisioni dell'AGCM che possano essere interpretate alla luce dei parametri utilizzati dai giudici di Strasburgo e quindi riconducibili alla interpretazione (lata) di pena: ad esempio, il caso delle decisioni con le quali si rendono obbligatori gli impegni assunti dalle imprese per eliminare i profili della condotta anti-concorrenziale accertati dall'istruttoria condotta dall'Autorità in questione potrebbe aprire nuovi fronti di un sindacato forte, indispensabile per non incorrere nella violazione dell'art. 6 CEDU²⁷.

Rispetto a questi percorsi giurisprudenziali interni ed europei l'affermazione della Corte costituzionale sulla – generale e indistinta – funzione amministrativa tradizionale (alla luce del bilanciamento fra interesse pubblico alla tutela della concorrenza e altri interessi pubblici e privati) sembrerebbe riportare in blocco le funzioni *antitrust* verso il sindacato giurisdizionale più pieno e pervasivo.

²⁵ Cfr. art. 133, comma 1, lett. l) e art. 134 c.p.a. (d.lg. 2 luglio 2010, n. 104).

²⁶ Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*.

²⁷ Così A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 Cedu*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, p. 9.

La realtà è però decisamente più articolata e la recente introduzione degli strumenti normativi per favorire l'*enforcement* privato della piena tutela della concorrenza riportano in primo piano la natura peculiare dell'accertamento delle violazioni dei divieti *antitrust*, nella misura in cui il ricorso a nozioni, categorie e regole tecniche per riempire i concetti giuridici indeterminati contenuti nei divieti suddetti conferma le specifiche funzioni dell'Autorità *antitrust* e quindi evoca il tema dei confini del sindacato giurisdizionale in difesa delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese.

4. Come si deve valutare il fatto che un organo al quale i giudici costituzionali hanno negato i caratteri del giudice – in quanto svolgente in via esclusiva funzioni amministrative frutto di valutazioni discrezionali – possa, in virtù del d.l. 19 gennaio 2017, n. 3, che recepisce la direttiva europea sul c.d. *private enforcement*²⁸, vedersi riconosciuto il potere di accertare fatti e comportamenti *antitrust* che hanno la forza di vincolare il giudice eventualmente adito in sede di giudizio civile per il risarcimento danni?

È bene ricordare che la direttiva in questione mirava a irrobustire la tutela dei consumatori che avessero subito pregiudizio da un comportamento abusivo qualificato come violazione della concorrenza da parte di un'autorità *antitrust* nazionale e che siano ricorsi al giudice per chiedere il risarcimento del danno. Al fine di conciliare le aspettative dei privati con la dimensione pubblicistica dei controlli *antitrust* la norma di recepimento della suddetta direttiva ha previsto che l'accertamento relativo al comportamento anticoncorrenziale che abbia il carattere della definitività fa stato nel giudizio sul risarcimento dei danni per ciò che attiene alla «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale», mentre resta da accertare in quella sede il nesso di causalità e l'esistenza del danno. Sempre al fine rendere più agevole per il consumatore gli strumenti processuali volti a individuare in tempi ragionevoli la responsabilità civile dell'autore dell'illecito anticoncorrenziale, è inoltre previsto che la decisione definitiva di un'autorità nazionale *antitrust* costituisce prova nei confronti dell'autore «della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale»²⁹.

²⁸ Cfr. d.l. n. 3 del 2017, «Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 novembre 2014».

²⁹ Art. 7 d.l. n. 3 del 2017 prevede al comma 1: «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 10 l. n. 287 del 1990, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato

Soprattutto nell'ipotesi in cui la decisione dell'AGCM non sia stata impugnata e quindi non vi sia stato modo di verificare da parte dei giudici competenti fatti e motivazione della decisione, è lecito chiedersi se la sostanza (esclusivamente amministrativa, secondo i giudici costituzionali) della ponderazione degli interessi compiuta da un'Autorità indipendente possa – legittimamente – costituire un vincolo per il giudice chiamato ad accertare la sussistenza di un danno e di quantificare eventualmente la sua entità.

Inoltre, quella stessa decisione costituisce una prova nei confronti dell'autore di cui il giudice non può non tenere conto con tutto quel che ne consegue soprattutto rispetto al vincolo, non certo circoscritto in quanto coinvolge le varie dimensioni del fatto accertato, che ne deriva in un sistema costituzionale in cui il giudice dovrebbe essere soggetto solo e soltanto alla legge³⁰.

In realtà, nel recepire la direttiva, l'art. 7, comma 1, d.l. n. 3 del 2017 ha altresì precisato che la conoscibilità dei fatti da parte del giudice adito in sede di risarcimento del danno si estende ai profili tecnici dell'accertamento svolto dall'autorità *antitrust* ma resta preclusa l'indagine su quei profili tecnici che presentano un «oggettivo margine di opinabilità».

In effetti, all'origine della formalizzazione di questo – problematico – inciso vi è l'orientamento della Corte di Cassazione (Sezioni Unite civili) che da ultimo nel 2019, in sede di valutazione del lamentato eccesso di potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato che aveva parzialmente riformato una decisione del TAR Lazio su un provvedimento dell'AGCM in materia di pubblicità ingannevole, ha ribadito i limiti esterni del sindacato

del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno». Il comma 2 stabilisce che «La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove».

³⁰ Sui dubbi di costituzionalità delle prescrizioni contenute del d.l. n. 3 del 2017 v. D. PORENA, *Brevi osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d. lg. n. 3/2017 di attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di «antitrust private enforcement». Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge ... ed alla Autorità antitrust?*, in *Federalismi*, 2018, n. 7, p. 11 ss.; E. A. RAFFAELLI, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, *ivi*, 2019, n. 14, p. 7-8.

amministrativo sulle sanzioni *antitrust* già chiariti con un'importante decisione del 2013. La Suprema Corte si è posta il problema di delimitare i limiti esterni del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità amministrative indipendenti con l'obiettivo di garantire «un corretto bilanciamento fra esigenze di un organo appositamente costituito per valutare l'incidenza di comportamenti scorretti in ambiti nevralgici della vita socioeconomica del paese e per ciò stesso dotati di qualificate strutture tecniche ed i diritti dei soggetti sottoposti alle attività di verifica e controllo delle Autorità»³¹. Da questa premessa la Cassazione ha dedotto la necessità di precisare che quando entra in gioco la valutazione di natura tecnica operata dall'AGCM (ad esempio la nozione di mercato rilevante ai fini dell'accertamento di un comportamento o un accordo denunciato per i suoi effetti anticoncorrenziali) la verifica del giudice deve arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.

Di questa importante riserva a favore della AGCM in tema di valutazioni tecnico-discrezionali sembra far tesoro il legislatore quando richiama nell'art. 7 sopra citato i confini della cognizione del giudice rispetto ai (soli) profili tecnici che «non presentano un oggettivo margine di opinabilità».

La riproduzione in sede normativa di questo importante approdo giurisprudenziale non semplifica certo il rapporto tra la sfera tecnica di competenza delle autorità indipendenti e il grado di incisività del controllo giurisdizionale ormai maturato e sperimentato dai giudici amministrativi, al punto che sarà necessario un ulteriore lavoro interpretativo per rendere quel limite coerente con il temperamento tra le finalità pubbliche dei controlli *antitrust* e quelle della giustizia privata in sede risarcitoria voluto dalla direttiva europea del 2014³². Peraltro non si sono fatte attendere le risposte dei giudici amministrativi che tendono a ribadire la piena conoscibilità dei fatti accertati e dei comportamenti oggetto del controllo ed eventualmente dei

³¹ Cfr. Cass., sent. 7 maggio 2019, n. 11929, p.ti 3.8 ss. della Motivazione, che si pone sulla falsariga di quanto affermato nell'importante precedente costituito dalla sent. 1013 del 2013 a proposito della riserva comunque garantita all'Autorità *antitrust* in tema di valutazioni tecnico-discrezionali: a questa decisione la Suprema Corte ricollega espressamente la complessa e problematica formula ora contenuta nell'art. 7, comma 1, d.l. n. 3 del 2017.

³² Sui problemi sollevati dalla formulazione legislativa «fredda e schematica» dell'inciso contenuto nell'art. 7 che sarebbe del tutto inadatta a cristallizzare il «moto ondoso» della giurisprudenza amministrativa e che finisce per ridimensionare i poteri e le attribuzioni del giudice, v. R. PERNA, *Il sindacato del giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in *Giust. amm.*, 2017, p. 8.

presupposti della sanzione *antitrust*: laddove dovessero residuare margini di opinabilità in relazione a concetti giuridici indeterminati, quali ad esempio quello di mercato rilevante (indispensabile per l'accertamento sui divieti di abuso di posizione dominante o di concentrazioni), resta precluso al giudice sostituire la valutazione adottata dall'AGCM, ma a condizione che la stessa sia «attendibile» alla luce della scienza economica³³.

Le problematiche interpretative ora richiamate dimostrano che esiste uno spazio decisionale in cui la conoscenza di concetti e grandezze di natura economica che, lungi dall'essere fondate sull'esattezza e incontrovertibilità delle scienze «dure», impegna dapprima l'Autorità *antitrust* nel compito di difendere l'interesse pubblico alla difesa della concorrenzialità del mercato e poi, in sede processuale, chiama in gioco la conoscibilità da parte del giudice sia del fatto, sia di come quelle grandezze economiche siano state in concreto utilizzate e applicate al caso concreto.

Si tratta di un equilibrio instabile se è vero che a fronte delle difficoltà appena ricordate di bilanciare concretamente nel *private enforcement* l'effettività della concorrenza con le ragioni della difesa in giudizio dei privati che invocano il risarcimento del danno, registriamo l'adozione nel gennaio del 2019 di una direttiva europea che si preoccupa di potenziare sul versante pubblicistico l'indipendenza delle autorità nazionali *antitrust* (art. 4) e di garantire alle stesse l'attribuzione di più penetranti poteri di indagine e ispettivi (artt. 6 e 7) nei confronti delle imprese sottoposte a procedimento per l'accertamento di eventuali violazioni delle regole³⁴.

Tutto questo contribuisce a rafforzare ed esaltare la peculiarità dell'autorità nazionale *antitrust* per il suo particolare rapporto con la giurisdizione

³³ Cfr. Cons. St., sent. 30 giugno 2016, n. 2947: in relazione ai provvedimenti dell'AGCM, il giudice amministrativo esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il G.A. non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del «mercato rilevante» a condizione però che questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge. Sul rapporto tra l'orientamento della Cassazione e l'esperienza maturata dai giudici amministrativi su questi profili v. M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, n. 8.

³⁴ Dir. UE 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, in GUUE, 14 gennaio 2019, L11, in particolare att. 4, 6 e 7.

e con alcuni strumenti tipici di quella funzione³⁵. Non si tratta di peculiarità solo interne, ovverosia nel confronto con altre autorità più o meno indipendenti presenti nel nostro ordinamento, ma di peculiarità strutturate e volute da un ordinamento europeo che procede speditamente nel disegno di rafforzare e potenziare nei termini sopra accennati la «rete» delle autorità nazionali *antitrust*. Anche da questo punto di vista prospettico generale, l'idea che la natura del potere dell'AGCM debba essere ricondotta in blocco all'interno della «attività amministrativa tradizionale» mi sembra una soluzione interpretativa decisamente insoddisfacente.

³⁵ Sul punto v. le riflessioni di B. G. MATTARELLA, *Il ruolo dell'AGCM*, in *I fondamenti costituzionali*, cit., p. 144, ove si sottolinea la peculiarità derivante dalla vicinanza alla giuridificazione e che contribuirebbe a distinguere l'AGCM dalle altre autorità indipendenti.

SERGIO FOÀ

La trasparenza amministrativa e i suoi limiti

SOMMARIO: 1. Il fondamento costituzionale del principio di trasparenza amministrativa – 2. La trasparenza anti-corruttiva – 3. Accesso generalizzato, accesso documentale e profondità della trasparenza – 4. La trasparenza partecipativa – 5. Le prassi limitative

1. Oggi il legislatore italiano definisce la trasparenza, principio generale dell'azione amministrativa, come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche¹. La strumentalità alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e la finalità partecipativa disegnano la trasparenza quale mezzo necessario per garantire l'effettività dei principi costituzionali dedicati alla Pubblica amministrazione².

Oltre alla natura ancillare rispetto al principio di buon andamento e d'imparzialità, la trasparenza garantisce ai consociati il diritto ad una buona amministrazione, tanto che le disposizioni legislative dedicate integrano un livello essenziale delle prestazioni ai cittadini³.

¹ Art. 1 d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, come modificato dall'art. 2 d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*. Sul principio di trasparenza da ultimo, per i richiami, AA.VV., *Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; F. DE LEONARDIS, *Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016.

² Da ultimo, sul fondamento costituzionale del principio di trasparenza, Cons. St., sent. 5 giugno 2019, n. 3780.

³ Art. 1 d. lgs. n. 33 del 2013, cit. In letteratura, prima dell'introduzione dell'istituto dell'accesso civico e della sua evoluzione nel nostro ordinamento, cfr. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa* (ad vocem), in *Enc. Giur.*, XXXI, 1995, p. 1 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano 2006, p. 5945 ss.; F. MANGANO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Astrid rass.*, 2009.

Fin dai lavori dell'Assemblea Costituente si era ipotizzata la necessità di ancorare al dettato costituzionale il «controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni»: una formulazione vicina alle attuali «forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» che il legislatore oggi accorda ai consociati per mezzo degli istituti della trasparenza. Gli onorevoli La Rocca e Togliatti avevano proposto a tal fine un comma aggiuntivo nel corpo dell'art. 91, poi diventato art. 97 della Costituzione: «La legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni»⁴.

L'emendamento era «basato su un concetto universalmente accolto», che cioè dovesse essere esercitato un controllo sulla pubblica Amministrazione. Nessun dubbio che lo stesso controllo dovesse essere riconosciuto in Costituzione «a chi è la fonte, la sorgente della sovranità, del potere», quindi al popolo⁵.

Le reazioni furono ostili, non tanto in merito al contenuto, pur travisato in deriva verso i controlli mediati dagli organi rappresentativi⁶, quanto per la asserita inutilità di una riserva di legge in materia, ritenendo superflua la previsione di un possibile intervento legislativo inteso ad aggiungere controlli popolari sull'amministrazione, oltre quelli già esistenti⁷.

Quell'emendamento, respinto, costrinse nei decenni successivi il legislatore e la giurisprudenza costituzionale a offrire una lettura orientata del diritto dei consociati di controllare la pubblica amministrazione e, ancor

⁴ Seduta del 24 ottobre 1947, Presidente Terracini.

⁵ On. La Rocca: «Signor Presidente, a me parrebbe di ingiuriare l'Assemblea se illustrassi questo emendamento, che è basato su un concetto universalmente accolto, che cioè debba essere esercitato un controllo sulla pubblica Amministrazione. Da chi? Evidentemente da chi è la fonte, la sorgente della sovranità, del potere. Noi, in sede costituzionale, non possiamo entrare in particolari e dobbiamo pertanto rinviare alla legge la determinazione dei modi e delle forme in cui questo controllo, quanto mai necessario, si esercita sulla pubblica Amministrazione».

⁶ Così l'intervento dell'On. Tosato: «Alla Commissione sembra che questo emendamento sia per lo meno superfluo, nel senso che la legge può sempre stabilire forme di controllo non previste dalla Costituzione e non previste ancora dalle leggi vigenti. Vi sono d'altra parte già leggi fondamentali che assicurano un controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni. Per l'Amministrazione centrale, vi sono infatti i controlli esercitati dai membri delle assemblee rappresentative; per quanto riguarda gli enti locali di pubblica amministrazione, sia regionali che provinciali e comunali, il controllo è esercitato attraverso gli organi rappresentativi di questi enti locali».

⁷ On. Tosato: «La possibilità di stabilire ulteriori forme di controlli popolari sulla pubblica Amministrazione, secondo le esigenze fatte presenti dagli onorevoli presentatori, non è affatto esclusa; non essendovi alcuna disposizione costituzionale che ponga in materia divieti, una estensione e un ulteriore incremento dei controlli popolari è sempre possibile. Perciò l'emendamento proposto appare superfluo».

prima, di partecipare allo svolgimento dell'attività amministrativa. Una sorta di «incoscienza costituzionale», un rinvio nell'applicazione di principi impliciti nel testo fondamentale, secondo la nota formula di Calamandrei⁸. Del resto, se il controllo è momento naturale dell'amministrazione, la partecipazione non può non estendersi anche al controllo⁹; la trasparenza diventa in tal modo strumento di partecipazione, *ex ante*, e di controllo, *in itinere* e *ex post* sull'esercizio del potere amministrativo¹⁰.

I più recenti tentativi di costituzionalizzazione del principio di trasparenza amministrativa, non espressamente riferiti al controllo popolare, sono naufragati per effetto dell'esito referendario¹¹, sicché lo stesso può continuare ad assurgere a principio costituzionale implicito¹², con le inevitabili oscillazioni impresses dal legislatore alla sua portata applicativa e alla relativa azionabilità dagli amministrati.

La giurisprudenza costituzionale ha offerto diverse letture teleologiche alle quali ancorare lo stesso principio, definendo alcuni ambiti tipologici di interesse pubblico, che possono essere schematizzati come segue. Una prima lettura lo enfatizza quale strumento per garantire la credibilità e la fiducia di cui l'amministrazione deve godere presso i cittadini, affermando che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici¹³. Una seconda lettura, riferita al più generale principio di pub-

⁸ P. CALAMANDREI, *Incoscienza costituzionale*, in *Il Ponte*, 1952, poi in ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze 1996, p. 123 ss.

⁹ U. ALLEGRETTI, *L'Amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano 2009, p. 334. Aveva colto le potenzialità degli istituti partecipativi M. P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa 1977, *passim*, ma spec. p. 123 ss.; ne valutava la scarsa applicazione G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Regioni*, 1974, p. 1 ss.

¹⁰ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, p. 65 ss.

¹¹ Il d.d.l. di riforma costituzionale approvato dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016 (in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016), non confermato dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, prevedeva l'aggiunta del principio di trasparenza nell'art. 97 Cost. e nel corpo dell'art. 118 Cost. con riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative.

¹² D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008, p. 83 ss.

¹³ Corte cost., sent. 4 maggio 2005, n. 172, con riguardo alla legge regionale Veneto n. 4/2004, recante «Norme per la trasparenza dell'attività amministrativa regionale»; in precedenza sentt. n. 145 del 2002 e n. 206 del 1999. Sul principio di credibilità della P.A., cfr. anche Relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014: «Tutte o quasi tutte le grandi determinazioni amministrative finiscono per formare oggetto di impugnativa nelle nostre aule. Il che denota anzitutto la debolezza delle ammini-

blicità dell'azione amministrativa, ne rimarca la funzione ancillare all'imparzialità e al buon andamento e, aggiunge, al diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione, ascrivendola a principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi membri dell'UE¹⁴. Un'altra lettura è più sensibile al principio di efficienza dell'amministrazione, che si esprime attraverso la razionale organizzazione degli uffici e il corretto funzionamento, la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa anche al mutare degli assetti politici, alla sottoposizione dei dirigenti a periodiche verifiche¹⁵.

La sintesi tra queste letture operata dal recente legislatore utilizza il principio di trasparenza per superare la tensione, financo la contrapposizione, tra principio di legalità e principio di efficienza dell'azione amministrativa¹⁶. Non dimenticando che l'ultimo legislatore è ispirato *in primis* da una esigenza di moralizzazione dell'amministrazione e muove quindi dall'etica del funzionario pubblico per restituire ai consociati la credibilità dell'apparato amministrativo¹⁷.

strazioni pubbliche, le quali non sono evidentemente in grado o, forse, non hanno la credibilità necessaria per assumere provvedimenti di una certa portata che restino incontestati dai rispettivi destinatari. Del resto, quello del funzionamento delle pubbliche amministrazioni è problema nazionale antico, più volte affrontato dal legislatore ma che tuttora appare largamente irrisolto». Sull'esigenza di credibilità della pubblica amministrazione come valore costituzionale, cfr. anche le sentt. n. 404 del 1997 e n. 172 del 2005. Per la stessa lettura, nell'ordinamento spagnolo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*; III ed., Madrid 1997, che inquadra la credibilità dell'apparato pubblico come presupposto del principio democratico.

¹⁴ Corte cost. sent. 17 marzo 2006, n. 104, punto 3.2.: «La pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)». Punto 3.4.: «Infine, la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei; principio stabilito, tra l'altro, dall'art. 253 del Trattato istitutivo delle Comunità europee, che impone l'obbligo di motivazione degli atti comunitari (sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 2 aprile 1998 in causa C-367/95)».

¹⁵ Corte cost. sent. 23 marzo 2007, n. 104, punto 2.9.

¹⁶ Sulla giuridificazione del principio di efficienza, da ultimo R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini 2016, *passim*, ed ivi la prefazione di G. PASTORI, *Le stagioni dell'efficienza (un percorso)*, p. 11 ss.

¹⁷ B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna 2007; F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano 2009. Più recentemente, S. FOÀ, *La credibilità dell'apparato amministrativo come valore costituzionale e riferimento per il dibattito sulle riforme istituzionali*, in *Federalismi*, 23 febbraio 2018.

La trasparenza dovrebbe risolvere la tensione tra efficienza e legalità ponendosi a misura della legittimità e al contempo della «bontà» dell'azione amministrativa. E ciò sul presupposto che l'attività della pubblica amministrazione, sia essa destinata all'erogazione di atti come di servizi, assuma la configurazione di un «servizio» reso alla comunità nazionale in forza dell'art. 98 Cost.¹⁸.

In questo senso la trasparenza è al tempo stesso mezzo e fine dell'azione amministrativa: strumento per garantire i diritti dei consociati e strumento a disposizione dell'amministrazione come collante tra principio di legalità e principio di efficienza che, superato il limite dell'alternatività, instaurano un rapporto di integrazione. Tale attitudine può tuttavia essere pienamente soddisfatta solo ove il legislatore incentivi e valorizzi la trasparenza non limitata al controllo, *ex post*, sugli esiti dell'azione amministrativa, ma si spinga a valorizzarla *ex ante*, come strumento di partecipazione dei consociati per la definizione delle scelte incidenti sulla collettività.

2. L'introduzione nel 2016 dell'istituto del c.d. accesso civico generalizzato¹⁹ si sovrappone al precedente tentativo di garantire la trasparenza mediante pervasivi obblighi di pubblicazione²⁰. Il nuovo modello è prevalente

¹⁸ Sui principi dell'amministrazione di risultato, L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, p. 740 ss.

¹⁹ Il richiamo espresso emerge dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, p. 1. Per un'analisi del F.O.I.A. statunitense, cfr. D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. pubb. com.*, 2016, n. 5, p. 1019, secondo la quale esso è «il» modello di riferimento [e], più in generale, usato di regola quale metro di paragone per la valutazione delle legislazioni nazionali in materia di trasparenza».

²⁰ Nel modello FOIA il *Right to know* persegue tre finalità: consentire un controllo diffuso sull'operato del Governo e delle amministrazioni, anche al fine di prevenire fenomeni di corruzione (*accountability*); garantire una partecipazione più consapevole da parte dei cittadini alle decisioni pubbliche (*participation*); rafforzare la legittimazione delle stesse amministrazioni che devono agire in assoluta trasparenza al servizio della collettività (*legitimacy*) (cfr. M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, nn. 8-9, p. 796). A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi*, 2017, n. 12, p. 21, «nei sistemi FOIA la regola generale è la pubblicità, rispetto alla quale la riservatezza rappresenta un'eccezione; le amministrazioni e le corti devono interpretare tale eccezione in senso restrittivo [mentre in Italia] con la riforma Madia la pubblicità non diviene la regola generale ma, attraverso il riconoscimento dell'accessibilità anche ai dati e ai documenti non oggetto

in Europa²¹ e in altri ordinamenti liberal-democratici²², oltre che nell'Unione europea²³ e in altre organizzazioni internazionali²⁴.

Di questo nuovo diritto si detta una disciplina essenziale, che lascia in vita le altre forme di accesso documentale, le quali sono «destinate, tuttavia, col tempo, a divenire superflue»²⁵ o quantomeno marginali.

Il superamento del diritto di accesso previsto nella legge sul procedimento amministrativo è funzionale a valorizzare il principio di trasparenza in funzione democratica, sì da consentire ai cittadini un controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri, superando la diffidenza del ceto politico-amministrativo verso la verificabilità e contestabilità delle decisioni assunte²⁶. Ma l'ordinamento italiano era tenuto ad adottare misure «severe e drastiche» per effetto dei moniti provenienti da organizzazioni internazionali (Onu, Greco, OCSE) e dalla stessa Unione europea.

L'originaria scelta del legislatore italiano sulla trasparenza è stata tuttavia timida: non subito il FOIA, con possibilità per il singolo di esigere dalle amministrazioni qualsiasi tipo di informazione non riservata (c.d. *reactive disclosure*); bensì, la introduzione in capo alle seconde di un dovere di pubblicare le informazioni ritenute dal legislatore più rilevanti per i cittadini (c.d.

di obbligo di pubblicazione, si accorciano le distanze tra il modello introdotto nel nostro ordinamento e il modello FOIA».

²¹ R. TARCHI, *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in C. COLAPIETRO (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli 2012, p. 152, secondo il quale l'area scandinava è stata considerata «la culla del diritto di accesso».

²² Cfr. *Open Society Justice Initiative, List of Countries with Access to Information (ATI) Provisions*, febbraio 2014 (www.justiceinitiative.org), dove, in base a un'accezione molto lata di FOIA, si enumerano 99 legislazioni nazionali, inclusa la disciplina italiana dell'accesso procedimentale (l. 7 agosto 1990, n. 241). Analogamente, R. VLEUGELS, *Overview of all FOI laws*, 30 settembre 2012, p. 2, in www.right2info.org, include tra i 93 sistemi FOIA di allora (2012) anche lo Zimbabwe e l'Italia, precisando, però, che le rispettive leggi sono meno avanzate. In base alla graduatoria internazionale sulla qualità della legislazione in tema di libertà di accesso alle informazioni (*Global Right to Information Rating*, in www.rti-rating.org), l'Italia, nel 2015, si collocava al novantottesimo posto su 105 Paesi.

²³ G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli 2015, p. 163 ss.

²⁴ D. BEVILACQUA, *I "palazzi di vetro" dei regolatori globali*, in A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, cit., p. 187 ss.

²⁵ M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo. Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 5, p. 593.

²⁶ *Ibidem*.

proactive disclosure)²⁷. La concretizzazione di questa seconda strada è stata imputata alla crisi della finanza pubblica: gli obblighi di pubblicazione attuabili a costo zero erano preferibili a un FOIA inevitabilmente oneroso, che avrebbe costretto le amministrazioni a fronteggiare il concomitante ampliamento dei soggetti legittimati e dell'oggetto della pretesa conoscitiva.

Il mezzo prescelto per promuovere la trasparenza era la pubblicazione via *Internet* imposta per legge: il testo unico sulla trasparenza procedeva al riordino delle previsioni in materia di pubblicazione e alla compilazione di un nuovo elenco di 270 obblighi²⁸.

Gli insoddisfacenti risultati dell'accesso civico hanno ispirato la riforma, in vista di una disciplina che, «fermi restando gli obblighi di pubblicazione», si fondi sul «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto d'accesso [...] di chiunque [...] ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, [...] nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati»²⁹.

In termini di situazione giuridica soggettiva, sono note le debolezze dell'art. 21 Cost., che si occupa sostanzialmente del profilo attivo della libertà di espressione, lasciando invece agli interpreti il compito di identificare misura e limiti del c.d. «diritto passivo di essere informati»³⁰. Solo attraverso il principio implicito riconducibile all'art. 97 Cost. si può recuperare il fondamento della pretesa all'accesso.

Ma proprio la «incoscienza costituzionale» di cui si è fatto cenno ha permesso al legislatore di modellare negli anni il principio della trasparenza senza una linea di continuità.

Illuminante l'esegesi delle fonti: il testo originario della l. n. 241 del 1990 all'art. 22 stabiliva una sorta di canone della trasparenza in relazione all'attività amministrativa («Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale») ed inoltre riconosceva un diritto di accesso ampio («chiunque vi abbia interesse per la tutela di

²⁷ A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi*, 2017, n. 10.

²⁸ Questo il conteggio fatto dall'A.N.A.C., *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, dicembre 2013, p. 8.

²⁹ Così l'art. 7, comma 1, lett. h), l. 7 agosto 2015, n. 124 cit. (c.d. Legge Madia).

³⁰ Così ad es. G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, nn. 8-9, p. 975 ss. Cfr. anche Cons. St., sent. 12 agosto 2016, n. 3631, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha precisato che il diritto di accesso agli atti non è automatico per i giornalisti che invocano una pretesa «libertà di informarsi per informare».

situazioni giuridicamente rilevanti»³¹. Successivamente la legge 11 febbraio 2005, n. 15 ha elevato l'accesso ai documenti a principio generale dell'attività amministrativa «al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza». Inoltre, essa ha ristretto la legittimazione soggettiva all'accesso ai soli «soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», in luogo di «chiunque».

Il diritto di accesso documentale così configurato assumeva un collegamento debole con il principio di trasparenza dell'attività amministrativa³². Lo elevava a strumento di partecipazione, ma al contempo ne restringeva l'applicazione ai pochi soggetti legittimati, con effetto paradossale.

Solo con il Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. decreto Brunetta) la trasparenza viene declinata come «accessibilità totale, [anche] attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni», con la dichiarata finalità di «favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»³³. Cosicché viene riconosciuto in capo a ciascun cittadino il diritto di ottenere le informazioni pubbliche, con l'obiettivo dichiarato di favorire quel controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni che è (e resta) invece espressamente escluso dalla previsione *ex art.* 24, comma 3, della l. 241 del 1990³⁴.

Con tale decreto oggetto della trasparenza non sono più il procedimento, il provvedimento ed i documenti amministrativi, ma le «informazioni» relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie, strumentali ed umane. Con riguardo alle modalità di accesso alle informazioni, non si fa ricorso al diritto di accesso ma alla previsione di obblighi di pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministra-

³¹ C. E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, voce in *Digesto disc. pubb.*, *Agg.*, Torino 2000, p. 1 ss.

³² Concorde D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, p. 1019.

³³ F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma 2010.

³⁴ Ai sensi dell'art. 23 c. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, cit. «Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni». Anche il comma in questione è stato introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15.

zioni di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse³⁵. Da mezzo per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive la trasparenza diviene strumento per un controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione pubblica: non riguarda più i documenti ma le informazioni, non più l'accesso ma la pubblicazione delle informazioni.

In questa declinazione la trasparenza assume due finalità: garantire l'efficienza della pubblica amministrazione mediante il controllo sulle *performance* dell'amministrazione e dei servizi pubblici³⁶; prevenire la corruzione, attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi. Buon andamento, come si è visto, sintesi di legalità e efficienza (e trasparenza ancillare).

Il successivo decreto sulla trasparenza, riconoscendola «principio», la declina come garanzia dell'*open government* ma soprattutto ancora l'istituto alla prevenzione della corruzione³⁷. L'impronta riecheggia l'Agenda delle Nazioni Unite 2030 per lo sviluppo sostenibile, il *Global Compact*, che enfatizza il diritto di ciascuna persona a vivere in un ambiente legale e integro³⁸, concetto prossimo al nostro diritto alla credibilità dell'apparato amministrativo, tratteggiato dalla Corte costituzionale.

Proprio l'introduzione dell'accesso c.d. generalizzato eleva la trasparenza a principio fondamentale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti con i consociati, riconoscendo la libertà dei cittadini di attingere a qualsiasi informazione in possesso della P.A., salvo il

³⁵ La prima definizione del contenuto obbligatorio dei siti istituzionali è nel Codice dell'amministrazione digitale (c.d. CAD) art. 54 d.lgs. n. 82 del 2005.

³⁶ M. C. CAVALLARO, *Garanzia della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 1, p. 121, ritiene che il d.lgs. n. 150 del 2009, cit. abbia perseguito mediante la trasparenza due finalità: quella di una maggior partecipazione e collaborazione dei cittadini («[...] il presupposto è che la piena e totale accessibilità e fruibilità dei dati e delle informazioni di cui dispone un'amministrazione favorisca e consenta la realizzazione di una partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini rispetto all'azione amministrativa») e quella di un buon andamento («A sua volta, la partecipazione, che deriva dalla conoscenza e dal potenziale utilizzo di tutte le informazioni di cui l'amministrazione è in possesso, è funzionale all'instaurazione di un processo virtuoso, tale per cui la trasparenza assicura un dialogo e un confronto costante tra il cittadino e l'amministrazione, in modo da consentire a quest'ultima di implementare pratiche di "buona amministrazione"»). Pertanto, continua l'A., «La trasparenza, in ultima analisi, è in funzione della partecipazione e del buon andamento».

³⁷ G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G. M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles 2014.

³⁸ Cfr. in particolare UNODC, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011, richiamato dal Piano nazionale anticorruzione italiano del 2016.

limite dell'interesse pubblico o privato, alla stregua di un diritto fondamentale³⁹ come è qualificato da strumenti internazionali (come la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti ufficiali)⁴⁰, nonché dai Trattati e dalla Carta europea dei diritti dell'Unione⁴¹.

Anche nell'ordinamento dell'Unione Europea, dopo il Trattato di Lisbona, il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, quindi non richiede la prova di un interesse specifico, ma risponde a un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione diventando strumento di controllo sull'operato dell'amministrazione europea, volto a promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile⁴².

Superando i limiti propri del nostro art. 21 Cost., la Corte europea dei diritti dell'uomo ha qualificato il diritto di accesso alle informazioni quale specifica manifestazione della libertà di informazione, in quanto tale protetto dall'art. 10 CEDU⁴³.

3. L'accesso documentale rende possibile ai soggetti interessati l'esercizio delle facoltà partecipative e/o oppositive e difensive che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari⁴⁴. Per tali ragioni è vietato l'esercizio dell'accesso documentale per sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, mentre il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio «allo scopo di favorire

³⁹ Cfr. Cons. St., sent. 17 marzo 2015, n. 1370, in *Foro amm.*, 2015, n. 3, p. 738, ove si riconosce che il diritto di accesso «è collegato a una riforma di fondo dell'Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa desumibili dall'art. 97 Cost., che s'inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività [...] amministrativa quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi e illegalità».

⁴⁰ La Convenzione, approvata nel 2008 dal Consiglio d'Europa, è il primo strumento di diritto internazionale che vincola le parti a garantire «The right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities» (art. 2). Sottoscritta, a metà 2016, da quattordici paesi europei (ma non dall'Italia), la Convenzione è stata ratificata da otto di essi.

⁴¹ Art. 42 della Carta UE.

⁴² Art. 15 TUE e Capo V della Carta dei diritti fondamentali. Sulla natura giuridica dell'accesso agli atti delle istituzioni (allora) comunitarie, cfr. S. FOÀ, *Novità giurisprudenziali sui profili comunitari del diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1999, IV, p. 1565 ss.

⁴³ M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino 2014, p. 35 ss.

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sentt. 29 aprile 2019, n. 2737, e 12 agosto 2016, n. 3631, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, sent. 22 marzo 2017, n. 3769, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Puglia, sent. 4 aprile 2017, n. 321, in *De jure*.

forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico». L'accesso documentale cui alla l. n. 241 del 1990 continua a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), originando da disposizioni normative e presupposti diversi⁴⁵.

Il bilanciamento degli interessi opera diversamente nel caso dell'accesso documentale, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, mentre nel caso dell'accesso generalizzato si tratterà di un accesso più ampio ma «meno in profondità»⁴⁶. La «vulgata» differenza le due discipline di accesso nel rapporto qualità-quantità delle informazioni: più qualità nell'accesso documentale; più quantità, ma meno qualità nell'accesso generalizzato.

La conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, limitata soltanto dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che, con l'accesso, possono essere lesi/pregiudicati.

Laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. n. 241 del 1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o

⁴⁵ Cons. St., sent. 20 marzo 2019, n. 1817; T.A.R. Lazio, sent. 21 marzo 2017, n. 3742, in *Foro Amm.*, 2017, n. 3, p. 741; T.A.R. Lazio, sent. 22 marzo 2017, n. 3769, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Veneto, sent. 10 maggio 2017, n. 463, in *Leggi d'Italia*, ove si legge «L'accesso civico previsto e regolato dal d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016 non è un istituto giuridico che riconduce e assorbe ogni regolamentazione in materia di accesso a superamento anche dalla disciplina normativa dettata dalla l. n. 241 del 1990, essendo diversa la ratio e le finalità delle due normative. Quella dettata dalla l. n. 241 del 1990 prevede e regola l'accesso agli atti amministrativi da parte di soggetti che abbiano un interesse personale e diretto alla conoscenza di atti in possesso di un'amministrazione pubblica al fine di meglio tutelare la loro personale posizione soggettiva. Si tratta di atti che normalmente attengono all'istruttoria procedimentale o anche a provvedimenti conclusivi della stessa che in qualche modo interessano il soggetto che intenda acquisirli e la cui conoscenza possa essere utile allo stesso e che per questo deve motivare la propria richiesta. Per tale accesso valgono i casi di esclusione previsti dall'art. 24 della l. n. 241 del 1990 e fra questi vi è la tutela della riservatezza. L'istituto dell'accesso civico risponde, invece, a esigenze diverse delineate chiaramente dall'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 laddove richiama i principi di trasparenza, intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. Il riferimento ai cittadini e all'utilizzo delle risorse pubbliche evidenzia la diversa caratterizzazione dell'interesse generale e per questo non soggetto ad alcuna formalità motivazionale, rispetto a quello personale».

⁴⁶ In tali termini la Circolare ANAC n. 1309 del 2016, cit. Cfr. T.A.R. Lazio, sent. 21 marzo 2017, n. 3742, in *Foro Amm.*, 2017, n. 3, p. 741; T.A.R. Lazio, sent. 22 marzo 2017, n. 3769, in *Leggi d'Italia*.

privato prevalente, facendo prevalere dunque tale interesse su quello del soggetto legittimato all'accesso, per ragioni di coerenza sistematica si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti⁴⁷.

Per ragioni di coerenza sistematica, quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale.

In coerenza con il quadro normativo, il «diritto di accesso civico generalizzato» si configura come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato «da chiunque» non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. Inoltre, in conformità al sistema della trasparenza, l'istanza «non richiede motivazione»⁴⁸, salve le prassi limitative e gli orientamenti giurisprudenziali di cui si darà conto⁴⁹. In altri termini, tale nuova tipologia di accesso civico (generalizzato) risponde all'interesse dell'ordinamento di assicurare a «chiunque», cittadino o semplicemente residente⁵⁰, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, un accesso a dati, documenti e informazioni detenute da pubbliche amministrazioni e dai soggetti indicati dal legislatore la disciplina del decreto trasparenza in quanto compatibile.

⁴⁷ Se un soggetto propone istanza di accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990 in relazione agli atti X, Y, Z, ma tale domanda viene denegata, allora, per coerenza sistematica, si ritiene che se l'istanza di accesso abbia natura generalizzata ed avente ad oggetto i medesimi atti (nell'esempio atti X, Y, Z) e presentata da altro soggetto (in qualità di semplice cittadino e non in base ad una legittimazione qualificata ai sensi della l. n. 241 del 1990), anche in questo caso dovrà essere negato l'accesso, motivando le ragioni del diniego.

⁴⁸ L'A.N.A.C., oltre a ribadire quanto affermato dal legislatore con riguardo alla non necessità della motivazione nella istanza di accesso generalizzato, ha precisato che tutti i soggetti cui si applica il diritto di accesso generalizzato sono tenuti a prendere in considerazione le richieste di accesso generalizzato, a prescindere dal fatto che queste rechino o meno una motivazione o una giustificazione a sostegno della richiesta. A.N.A.C., *Allegato. Guida operativa all'accesso generalizzato* (Allegato alle Linee Guida Foia), p. 29.

La circolare del Ministro della P.A. n. 2/2017, Allegato 1, precisa che l'amministrazione nei confronti della quale l'istanza è rivolta potrebbe prevedere nell'apposito modulo di presentazione dell'istanza anche l'*indicazione facoltativa* da parte dell'istante della finalità/motivo della domanda di accesso a fini statistici oppure per precisare l'oggetto della richiesta. La stessa circolare ritiene opportuno (condivisibilmente) precisare che la richiesta dell'indicazione del/i motivo/i dell'accesso debba/no essere facoltativo/i. In altri termini nel modulo potrà essere prevista questa richiesta, ma dovrà precisarsi nello stesso che questa non è una *conditio sine qua non* ai fini dell'accesso.

⁴⁹ *Infra*, sub par. 5.

⁵⁰ Non si tratta, cioè, di accesso riservato ai soli cittadini. Così dispone anche il FOIA statunitense e il FOIA svedese.

L'identificazione del richiedente è comunque indispensabile ai fini di una corretta gestione delle domande: ad esempio, ai fini della trasmissione dei dati e documenti richiesti o della trattazione di una pluralità di domande identiche (seriali) o onerose (vessatorie) da parte di uno stesso soggetto⁵¹. La giurisprudenza censura i primi casi di abuso del diritto con riferimento alle «richieste massive», in violazione del principio di buona fede in quanto irragionevoli e sovrabbondanti⁵².

L'amministrazione è tenuta a instaurare un «dialogo cooperativo» con il richiedente, nella fase di presentazione dell'istanza⁵³ e nella fase di conclusione del procedimento, ad esempio per rendere noto al soggetto-istante se la domanda sia stata respinta o accolta, con indicazione degli adempimenti conseguenti, in ordine all'ostensione dei dati, documenti o informazioni richieste.

I profili di rilevanza esterna, che incidono sull'estensione del diritto (disciplina dei limiti o delle eccezioni al principio dell'accessibilità), non possono essere disciplinati dai regolamenti, circolari o altri atti interni dell'amministrazione, poiché sono coperti da riserva di legge⁵⁴.

La c.d. «pubblicazione proattiva» sollecita le stesse PP.AA., di propria iniziativa, a pubblicare sui siti istituzionali informazioni di interesse generale oppure che siano oggetto di richieste ricorrenti che non rientrino in quelle oggetto di pubblicazione obbligatorie. Sono considerati di interesse generale oppure ricorrenti quei «[...] dati o documenti richiesti, nell'arco di un anno, più di tre volte da soggetti diversi»⁵⁵.

⁵¹ Ministero della P.A., *Accesso civico generalizzato (FOIA) Circolare applicativa*, 30 maggio 2017, n. 2, p. 5.

⁵² T.A.R. Lombardia, sent. 11 ottobre 2017, n. 1951.

⁵³ Ad esempio, chiedendo al soggetto-istante di identificarsi oppure di rendere chiari i motivi dell'oggetto dell'istanza.

⁵⁴ Sia in termini di garanzia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sia, ancor prima, di rispetto della riserva di legge prevista dall'art. 10 CEDU (Libertà di espressione), a mente del quale: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». Cfr. M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, cit.

⁵⁵ Circolare del Ministro della P.A. n. 2/2017, p. 16.

La partecipazione è immaginata altresì come dialogo «[...] con le comunità di utenti dei *social media* (Facebook, Twitter, ecc.). I richiedenti spesso rendono pubbliche su questi mezzi di comunicazione le domande di accesso generalizzato da essi presentate. In questi casi, e comunque quando si tratti di informazioni di interesse generale, è opportuno che anche le amministrazioni utilizzino i medesimi canali a fini di comunicazione»⁵⁶. In merito, il monito rivolto alle amministrazioni sull'utilizzo dei medesimi canali potrebbe essere letto in vari modi. Una prima interpretazione imporrebbe alle stesse PP.AA. di rispondere al richiedente, attraverso l'ostensione mediante questi canali sui quali l'istante ha reso noto alla generalità di aver presentato un'istanza di accesso concernente quello specifico oggetto. Una seconda interpretazione potrebbe orientare la P.A. a darne comunicazione mediante lo stesso canale, nel momento in cui abbia deciso in merito all'accesso: ma nel momento in cui il soggetto-istante presenta la domanda deve, come nella realtà avviene, indicare l'indirizzo (di posta elettronica non certificata, PEC, di residenza o altro indirizzo) al quale ricevere quanto richiesto. Una terza via nell'utilizzo di detti canali (cc.dd. *social network*) da parte della P.A., li potrebbe assumere al fine di promuovere una cultura del principio di trasparenza, soprattutto nei confronti delle nuove generazioni⁵⁷.

A.N.A.C. e Ministro della P.A. hanno invitato le PP.AA., per ragioni tecniche organizzative, a dotarsi di un c.d. registro degli accessi il quale consente alla singola P.A. di gestire nel modo più efficiente le istanze, ma allo stesso tempo può essere utile per l'istante per verificare lo stato della propria domanda⁵⁸. Oltre ai casi qualificati come «eccezioni assolute» all'accesso⁵⁹ possono ricorrere limiti a tutela di interessi pubblici e privati di particolare

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Ad esempio, la stessa P.A., nel momento in cui pubblica volontariamente sul proprio sito istituzionale (così come fortemente auspicato dalla circolare del Ministro della P.A. n. 2/2017) dati, documenti oppure informazione, potrebbe darne comunicazione alla generalità dei consociati proprio attraverso questi canali mediante *link* di reindirizzo al documento oggetto di pubblicazione volontaria.

⁵⁸ Cfr. le più volte richiamate Linee Guida Anac n. 1309 del 2016 e Circolare Min. P.A. n. 2 del 2017. Da ultimo, si veda la Circolare del Ministero della P.A. 5 luglio 2019, n. 1.

⁵⁹ Tali ipotesi di eccezioni/esclusioni assolute del diritto di accesso civico generalizzato sono individuabili all'art. 5 *bis*, comma 3, d. lgs. n. 33 del 2013, cit. nei casi cioè in cui una norma di legge, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, dispone sicuramente la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni. Il regime delle eccezioni e dei limiti all'accesso generalizzato è simile a quello dell'ordinamento spagnolo, che ha approvato nel 2013 la legge sull'accesso alle informazioni pubbliche: AA.VV., *Los límites al Derecho de acceso a la información pública*, Madrid 2017, che analizza la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* e la legislazione autonómica sulla trasparenza, e ivi spec. I. Araguàs Galcerà.

rilevato giuridico ostativi alla conoscibilità di documenti e informazioni elencati⁶⁰. Nei casi in cui l'interesse da proteggere sia privato, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, è tenuta a instaurare il contraddittorio con gli stessi.

Il legislatore non opera, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento⁶¹, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla rivelazione generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento⁶². L'amministrazione è tenuta a verificare se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati nell'art. 5 *bis* I e II comma, d. lgs. n. 33 del 2013, cit.

Affinché l'accesso possa essere rifiutato, il pregiudizio agli interessi considerati deve essere concreto, quindi deve sussistere il nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio. L'amministrazione non può limitarsi a prefigurare

⁶⁰ L'art. 5 *bis*, comma 2, d. lgs. n. 33 del 2013, recita: «L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali». L'ampiezza e l'eccessiva indeterminazione delle ipotesi di deroga previste hanno indotto a ravvisare un tradimento del modello FOIA (cfr. E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid rass.*, 2016, n. 4, p. 9 ss.). *Contra* M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., p. 593 «In realtà, il numero e la formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato sono in linea con lo standard prevalente. I dieci interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5 *bis* corrispondono all'elencazione che compare nella maggior parte dei FOIA europei, rispetto ai quali, anzi, il nostro legislatore è stato più parco».

⁶¹ Bilanciamento che con l'assenza di motivazione nell'istanza di accesso (così come stabilito dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 33 del 2013, cit.), ad avviso del Garante per la protezione dei dati personali, priverebbe il soggetto pubblico destinatario dell'istanza di accesso della possibilità di disporre di un parametro necessario al fine di effettuare il bilanciamento tra la protezione dei dati personali (che costituisce un limite relativo, di cui all'art. 5 *bis*, II comma, lett. a) del d.lgs. 33 del 2013) e l'interesse del richiedente, con il rischio di determinare, alternativamente, o una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima potrebbe tendere a rigettare le richieste, «depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza», per cui potrebbero essere trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo (così il Garante per la protezione dei dati personali, Parere 3 marzo 2016, in www.garanteprivacy.it, p. 6).

⁶² A.N.A.C., delibera n. 1309/2016, p. 11 (c.d. Linee guida FOIA).

il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma è tenuta a: indicare/individuare chiaramente quale tra gli interessi elencati all'art. 5 *bis*, co. 1 e 2, cit. viene pregiudicato; valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla rivelazione dell'informazione richiesta (c.d. nesso di causalità); valutare se il pregiudizio conseguente alla rivelazione è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.

Detta valutazione, proprio perché relativa alla identificazione di un pregiudizio in concreto, deve essere compiuta con riferimento al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso: il pregiudizio concreto, in altri termini, va valutato rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile, non potendo essere valutato in termini assoluti ed atemporali, mediante dunque una valutazione astratta.

Tutto ciò è confermato dalle previsioni dei commi 4 e 5 dell'art. 5 *bis* del decreto trasparenza: il diniego dell'accesso non è giustificato, se ai fini della protezione di tale interesse è sufficiente il differimento dello stesso per la tutela degli interessi considerati dalla norma⁶³. I limiti, cioè, operano nell'arco temporale nel quale la tutela è giustificata.

Allo stesso modo, l'amministrazione dovrà consentire l'accesso parziale utilizzando se del caso, la tecnica dell'oscuramento di alcuni dati⁶⁴; qualora la protezione dell'interesse rientrante nelle eccezioni relative sia invece assicurata dal diniego di accesso di una parte soltanto di esso.

In questi casi l'amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta più favorevole al diritto di accesso del richiedente, sempre privilegiando la trasparenza.

L'amministrazione deve intendere restrittivamente le eccezioni in esame rispettando il principio di proporzionalità, adottando decisioni che archino all'interesse conoscitivo del richiedente il minimo pregiudizio possibile. In altri termini, ogni qual volta venga in rilievo uno degli interessi-limite indicati dai primi due commi dell'art. 5 *bis*, l'amministrazione è chiamata non solo a verificare la serietà e probabilità del danno a quell'interesse, ma anche a contemperarlo con l'interesse del richiedente.

Particolare attenzione merita la tutela dei dati personali, quale diritto fondamentale della persona secondo il recente Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, a mente del quale: «il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con gli altri diritti fondamentali

⁶³ Cfr. art. 5 *bis*, V comma, d.lgs. n. 33 del 2013, cit.

⁶⁴ Un richiamo a tale tecnica, in relazione all'oscuramento di dati personali, in T.A.R. Piemonte, sent. 24 luglio 2017, n. 886, in *De jure*.

in ossequio al principio di proporzionalità»⁶⁵. L'accesso del pubblico ai documenti ufficiali è considerato di interesse pubblico e i dati personali, contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, dovrebbero poter essere diffusi se la diffusione è prevista dal diritto degli Stati membri, il quale deve «conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali»⁶⁶.

L'espressa inclusione della trasparenza amministrativa tra i compiti d'interesse pubblico rende compatibili i trattamenti di dati a essa connessi, ivi compresa la loro diffusione, allorché prevista dalla legge, a condizione che le norme nazionali concilino l'accessibilità ai dati con il rispetto della *privacy* degli interessati⁶⁷. Il termine «*privacy*» deve essere considerato con riferimento al complesso dei diritti fondamentali della persona quali la riservatezza, l'identità personale e la protezione dei dati personali. Quando si affronta il tema del rapporto tra trasparenza e *privacy* occorre quindi considerare quest'ultima non solo come tutela della sfera individuale dalle indiscrezioni altrui (riservatezza), ma anche come diritto all'identità personale (alla corretta rappresentazione della persona) e diritto alla protezione dei dati (diritto a che le proprie informazioni siano sempre trattate nel pieno rispetto dei presupposti e dei limiti definiti dalla legge)⁶⁸. Nel riferire la concretezza del pregiudizio, che potrebbe legittimare il diniego alla richiesta di accesso, l'Amministrazione deve considerare le conseguenze, anche legate alla sfera morale, relazionale e sociale, che potrebbero derivare all'interessato (o ad altre persone alle quali esso è legato da un vincolo affettivo) dalla conoscibilità, da parte di chiunque, del dato o del documento richiesto, tenuto conto delle implicazioni derivanti dalla previsione di cui all'art. 3,

⁶⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), Considerando 4.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2016/679, cit., Considerando 154 e art. 86 (Trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali). Per un primo commento, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino 2016, *passim*.

⁶⁷ Sui trattamenti consentiti dal legislatore italiano per finalità di interesse pubblico, S. FOÀ, *Il trattamento dei dati personali per finalità di rilevante interesse pubblico*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXVI, *La protezione dei dati personali*, Padova 2005, p. 343 ss.

⁶⁸ Sull'evoluzione del diritto alla *privacy*, ad esempio, S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova 2006, p. 37 ss., ove si mette in dubbio la persistente qualificazione della *privacy* quale diritto della personalità (spec. 98 ss.). Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 3 ss.

comma 1, del d.lg. n. 33 del 2013, cit. in base alla quale i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come «pubblici», sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali⁶⁹. Tali conseguenze potrebbero riguardare, ad esempio, future azioni da parte di terzi nei confronti dell'interessato, o situazioni che potrebbero determinare l'estromissione o la discriminazione dello stesso individuo, oppure altri svantaggi personali e/o sociali.

Una volta che i dati personali escono dal controllo del titolare del trattamento e sono messi a disposizione di chiunque, vengono meno le garanzie di correttezza e di sicurezza del trattamento proprie dell'istituzione che li deteneva, con aumento dei rischi di uso illecito di cui è responsabile colui che ha ottenuto l'accesso e/o ha tenuto la condotta illecita.

La richiesta accolta in violazione dei limiti previsti dalla legge integra un trattamento illecito dei dati personali (consistente nella comunicazione di dati in violazione di un obbligo di legge), con conseguente responsabilità amministrativa (sanzioni pecuniarie previste dal Codice sul trattamento dei dati personali e in futuro dal Regolamento UE 2016/279, cit.) e civile (per il risarcimento del danno da illecito trattamento dei dati personali)⁷⁰.

Il necessario equilibrio con la protezione dei dati personali impone che la trasparenza sia «ragionevole» e rispetti il principio di proporzionalità, non potendo introdurre un regime indifferenziato, insensibile rispetto alle finalità perseguite e alle potenzialità diffusive dei dati pubblicati. Sviluppando tale ragionamento e invocando la diversa soluzione adottata in Francia⁷¹, il giudice amministrativo ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine all'obbligo di pubblicazione dei redditi del personale con qualifica dirigenziale, che non sarebbe proporzionato rispetto alle finalità di interesse pubblico perseguite⁷². La questione assume rilevanza più ampia, oltre al tipo

⁶⁹ Art. 7 d.lgs. n. 33 del 2013, cit.

⁷⁰ Art. 15 d.lgs. n. 196 del 2003, cit., Codice sul trattamento dei dati personali; Art. 82 Regolamento (UE) 2016/679, cit.

⁷¹ Conseil constitutionnel, decisione 9 ottobre 2013, n. 2013-675 DC, relativa alla *Loi organique relative à la transparence de la vie publique* (Projet de loi adopté le 17 septembre 2013 - T.A. n. 209), ha giudicato sproporzionata la pubblicazione dello stato reddituale e patrimoniale di soggetti che non ricoprono cariche elettive ma che esercitano incarichi implicanti soltanto responsabilità di natura amministrativa, per i quali è stato ritenuto invece proporzionato il solo deposito delle relative dichiarazioni presso l'Autorità di controllo competente. Cfr. D. POUPEAU, *Transparence: le Conseil constitutionnel censure la publication du patrimoine des élus locaux*, in *Dalloz Actualité*, 14 octobre 2013.

⁷² T.A.R. Lazio, ord. 19 settembre 2017, n. 9828, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (inseriti dall'art. 13, comma 1, lett. c), del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), nella parte in cui prevedono che le

specifico dei dati trattati, affidando allo scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità la definizione del rapporto tra trasparenza diffusa e nuova legislazione europea sul diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. La Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale, mediante test di proporzionalità, verificando se l'obbligo imposto dalla legge a tutti i dirigenti pubblici di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali, come «scelta politica» per realizzare la trasparenza amministrativa (integrando una finalità di rilevante interesse pubblico, art. 7 bis co. 2) rispettasse i principi a tutela del diritto alla riservatezza e se le modalità tecniche di pubblicazione che ne prevedono la indicizzazione non contrastassero con i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza e di minimizzazione, affermati dall'art. 5 del Regolamento europeo sulla *privacy* GDPR n. 2016/679/UE. La Corte ha ritenuto la previsione normativa di tale obbligo contrastante con la Costituzione per violazione del principio di ragionevolezza e di uguaglianza, non operando alcuna distinzione tra i diversi incarichi dirigenziali⁷³.

4. La trasparenza costituzionalmente orientata deve essere strumento di partecipazione dei consociati alle decisioni amministrative, e non può arrestarsi a forme diffuse di controllo esercitate *ex post*. L'accesso civico generalizzato può rappresentare strumento partecipativo, consentendo forme di dibattito pubblico informato e di conseguente apporto della società civile di contributi allo sviluppo dell'azione amministrativa. Ne costituisce limite evidente, poco studiato in letteratura, l'arretratezza italiana nell'uso delle tecnologie da parte delle pubbliche amministrazioni, che inevitabilmente rallenta e opacizza la circolazione delle informazioni⁷⁴.

pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. c) ed f) dello stesso decreto legislativo anche per i titolari di incarichi dirigenziali, per contrasto con gli artt. 117, comma 1, 3, 2 e 13 della Costituzione. Il sindacato della Corte costituzionale è invocato sul «(...) Rispetto da parte della misura (legislativa) dei principi di proporzionalità, pertinenza, e non eccedenza di matrice comunitaria, indispensabile ai fini della tutela di diritti fondamentali della persona, (ove) un ruolo centrale è assunto dalla questione inerente se uno specifico ordinamento nazionale preservi il necessario equilibrio nel rapporto tra protezione dei dati personali e esigenze di trasparenza, calibrando anche in ragione dei primi l'intensità dell'interesse pubblico da assicurare mediante la divulgazione di dati personali».

⁷³ Corte cost., sent. 23 gennaio 2019, n. 20, e successivo provvedimento conformativo di ANAC, Delibera 26 giugno 2019, n. 586, sui residui obblighi di pubblicazione. A commento A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, n. 5.

⁷⁴ Come inequivocabilmente acclarato dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, istituita dalla Camera dei deputati con Delibera 14 giugno 2016, *Relazione sull'attività svolta*, 2017.

Il legislatore non dedica disciplina specifica alla declinazione partecipativa dell'istituto, ma in via amministrativa i «rapporti con i media e le organizzazioni della società civile» sono trattati con particolare attenzione, fino al punto di suggerire una cura maggiore nell'istruttoria.

La provenienza dell'istanza da giornalisti e organi di stampa o da organizzazioni non governative, cioè da soggetti riconducibili alla categoria dei *social watchdogs*, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, impone alle amministrazioni «di verificare con la massima cura la veridicità e la attualità dei dati e dei documenti rilasciati, per evitare che il dibattito pubblico si fondi su informazioni non affidabili o non aggiornate» (*sic*)⁷⁵. Il richiamo alla CEDU è strumentale a accomunare gli organi di stampa⁷⁶ agli esponenti della società civile, i c.d. *watchdogs*, che alimentano e animano il dibattito pubblico⁷⁷.

Ancorché la sensibilità ministeriale sia dedicata alla diffusione di notizie da parte di soggetti qualificati, si comprende come gli strumenti della trasparenza accompagnano la timida introduzione nell'ordinamento italiano di

⁷⁵ Ministero della P.A., Circolare n. 2 del 2017, cit., che comunque ricorda in linea generale e in via tautologica «la necessità di istruire in modo completo e accurato ogni singola richiesta di accesso a prescindere dall'identità del richiedente, nel più rigoroso rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa».

⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza *Magyar c. Ungheria*, 8 novembre 2016, § 165. Sull'accesso a informazioni di interesse pubblico, la CEDU tende a accomunare gli organi di stampa della società civile. Sugli organi di stampa: «L'article 10 garantit la liberté d'expression à «toute personne», la Cour a pour pratique de reconnaître le rôle essentiel joué par la presse dans une société démocratique (De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, § 37, Recueil 1997-I) et la position particulière des journalistes dans ce contexte. Ainsi, elle a dit que les garanties dont la presse doit jouir revêtent une importance particulière (Goodwin, précité, § 39, et Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, § 59, Série A no 216), et elle a reconnu à plusieurs reprises le rôle crucial joué par les médias s'agissant de faciliter l'exercice par le public du droit de recevoir et de communiquer des informations et des idées et de contribuer à la réalisation de ce droit. Il incombe à la presse de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public. À sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de «chien de garde» (Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], no 21980/93, §§ 59 et 62, CEDH 1999–III)».

⁷⁷ Da ultimo ancora : Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza *Magyar c. Ungheria*, 8 novembre 2016, § 166: «La Cour a aussi reconnu que la fonction consistant à créer des plateformes pour le débat public n'est pas l'apanage de la presse mais peut aussi être le fait d'autres acteurs, notamment des organisations non gouvernementales, dont les activités sont un élément essentiel d'un débat public éclairé. Elle a admis que lorsqu'une ONG appelle l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public, elle exerce un rôle de «chien de garde public» semblable par son importance à celui de la presse (Animal Defenders International c. Royaume-Uni [GC], no 48876/08, § 103, CEDH 2013 (extraits)) et peut donc être qualifiée de «chien de garde» social, fonction qui justifie qu'elle bénéficie en vertu de la Convention d'une protection similaire à celle accordée à la presse». Sul ruolo della società civile nel dibattito pubblico cfr. *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, § 89, CEDH 2005-II.

forme di dibattito pubblico o, prima ancora, di inchiesta pubblica, fondati sulla discussione di ipotesi progettuali o di scelte amministrative iniziali, di potenziale impatto su collettività territoriali più o meno ampie.

In tal senso trasparenza e partecipazione rinvergono comune radice nel principio d'imparzialità dell'Amministrazione⁷⁸. La trasparenza veicola la transizione dalla partecipazione c.d. «difensiva» degli interessati, elaborata dalla dottrina francese⁷⁹ e sviluppata dalla letteratura italiana in termini di diritto al contraddittorio procedimentale⁸⁰, alla partecipazione c.d. «collaborativa» in vista dell'adozione di atti normativi o a contenuto generale⁸¹, già da decenni assunta a rilevanza costituzionale nell'ordinamento spagnolo⁸².

⁷⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, p. 230 ss.

⁷⁹ J.M. AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, in *Droit sociale*, 1956, VII, p. 27 ss., aveva individuato quattro principi procedurali: *la publicité, le caractère contradictoire, le caractère impartial de la procédure et le caractère effectif* («»). G. LANGROD, *Procédure administrative et droit administratif*, in *Revue internationale des sciences administratives*, 1956, n. 3, p. 6 aveva rimarcato il carattere strumentale del contraddittorio rispetto al diritto di difesa; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 79, 1968, aveva seguito tale impostazione, rimarcando i seguenti principi del procedimento amministrativo: *son caractère inquisitoire, le principe de la publicité de la procédure, le principe du contradictoire, le principe d'impartialité, le caractère effectif de la procédure (à savoir l'obligation pour l'administration de procéder à un examen effectif des affaires, qualifié déjà par l'auteur de principe de «bonne administration»)*.

⁸⁰ Per una ricostruzione del principio, da ultimo, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016, *passim*.

⁸¹ Sulla rilevanza dei c.d. «interessi secondari» addotti dal privato nella sequenza procedimentale, cfr. già F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, p. 397 ss.

⁸² In Spagna, sul diritto all'informazione pubblica in materia urbanistica e di governo del territorio come istituto di democrazia partecipativa, fondamentale la sentenza del *Tribunal Constitucional de España*, n. 119/1995, de 17 de julio, in *BOE* núm. 200, de 22 de agosto de 1995: «*En el ámbito de los planes urbanísticos la participación de los ciudadanos se realiza a través del trámite de información pública, que ha sido caracterizado por el Tribunal Supremo como forma de instrumentar su legitimación democrática. Rechaza la Sala que la información pública pueda incardinarse dentro del art. 105 de la Constitución, lo que llevaría a reconducir su tutela a la protección ordinaria y no a la prevista en el art. 53.2 C.E. Se trata de derechos por su naturaleza no idénticos aun cuando con aspectos comunes en cuanto que la audiencia se articula básicamente como medio de posibilitar la tutela y defensa de los derechos en favor de los que ostentan un interés legítimo, y en este sentido ofrece un cierto carácter instrumental y adjetivo, mientras que la información pública supone un plus respecto de la audiencia puesto que no sólo la presupone en parte, sino que implica además una forma de participación directa en los asuntos de interés público, cual es la ordenación urbanística, dirigida a todos los ciudadanos*». La stessa sentenza classifica il diritto alla informazione pubblica come *tertium genus* tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta: «*Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa*». Sulla portata di tale diritto, da ultimo J.A. TARDÍO PATO, *El principio de la mayoría en el marco del los postulados del Estado democrático y sus*

Assumendo l'esempio francese, prima di giungere al dibattito pubblico quell'ordinamento conosce storicamente, ancorché in via (parzialmente) atipica⁸³, l'istituto della *enquête publique de commodo et incommode*, altresì nota come «*de l'avantage et de l'inconvénient*», ancora fondata su una circolare del Ministero dell'Interno del 20 agosto 1825 e, in precedenza, per la localizzazione degli stabilimenti recanti *odeur insalubre ou incommode* da un decreto imperiale del 1810⁸⁴. In tale ultima funzione l'inchiesta assurgeva a elemento istruttorio necessario, tanto da viziare il provvedimento di autorizzazione all'apertura dello stabilimento adottato senza averla indetta e conclusa⁸⁵. Fin dalle origini l'inchiesta doveva avere una durata «*suffisamment longue pour permettre la consultation de l'ensemble de la population*»⁸⁶. L'utilizzo dell'istituto ha avuto nel tempo alterne fortune, e trae origini dall'esperienza medioevale⁸⁷: tranne i casi specifici nei quali l'inchiesta era obbligatoria, è rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione diffondere le soluzioni progettuali o localizzative, sulle quali coinvolgere la popolazione al fine di valutare vantaggi o inconvenienti legati al seguito dell'azione amministrativa. Essa è sopravvissuta a un intervento di razionalizzazione del recente legislatore francese e viene

limites provenientes no sólo del Estado de derecho, sino del propio Estado democrático, Seminario, Università degli Studi di Torino, 10 novembre 2017, che lo riferisce alla «*participación que tiene lugar a través de ciertos trámites de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos, planes urbanísticos y determinados actos administrativos (por ejemplo la de los vecinos de un Municipio cuando se va a aprobar un Plan Urbanístico, antes de ser aprobado por el Municipio o la Comunidad Autónoma) que es un tipo de participación administrativa que había venido siendo considerada por la doctrina científica como participación política directa*».

⁸³ Cfr., ad esempio, CAA de Nancy, 29 mars 2012, N°11NC00261: «*Les enquêtes publiques de commodo et incommode ne sont régies pas aucun texte*».

⁸⁴ Décret impérial du 15 octobre 1810 *relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode* e Ordonnance du roi du 15 janvier 1815, entrambi abrogati con loi du 19 décembre 1917, relative *aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes*. Sulla perdurante utilità dell'istituto in materia ambientale, J.M. SAUVE, Bicentenaire du décret impérial du 15 octobre 1810 *relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode*, Colloque organisé à l'initiative du Tribunal administratif de Rennes par la Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes, 2010, in www.conseil-etat.fr.

⁸⁵ Conseil d'Etat, 6 mai 1853, in *Revue générale de l'architecture et des travaux publics*, 1853, c. 228.

⁸⁶ Circolare del Ministero dell'Interno del 18 maggio 1884.

⁸⁷ Non è casuale che l'applicazione dell'istituto abbia subito un arresto dopo la Rivoluzione francese e l'introduzione di forme di democrazia rappresentativa, ritenendo in tal modo già rappresentati gli interessi del popolo. F. GRABER, *Entre commodité et consentement. Des enquêtes publiques au XVIII^e siècle*, in *Participations*, 2012, n. 3, p. 93 ss.; K. WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV-XV siècles)*, Paris 2001, p. 48 ss.

ancora utilizzata in applicazione del *Code de l'environnement* e del *Code de l'expropriation* del 2014⁸⁸.

L'unico limite che la giurisprudenza ha posto alla discrezionalità dell'Amministrazione nel coinvolgimento della popolazione sulle «inchieste speciali» riguarda proprio la trasparenza: «*les modalités choisies ne soient pas de nature à empêcher [le public] de prendre une connaissance suffisamment précise du projet*»⁸⁹. Una volta avviata l'inchiesta, la trasparenza progettuale è presupposto della partecipazione popolare e orienta la successiva attività amministrativa.

Diverso l'istituto del dibattito pubblico obbligatorio, introdotto dalla legge francese nel 1995 per grandi progetti infrastrutturali e affidato alla gestione dell'autorità indipendente *Commission Nationale du Débat Public*⁹⁰, che opera nel rispetto dei principi di trasparenza, di argomentazione e di equivalenza di trattamento. Da ultimo il legislatore francese ha ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto anticipandolo anche ai piani strutturali a livello nazionale e territoriale, fin dalla messa in discussione delle modalità di implementazione territoriale delle politiche ambientali, all'intera politica di *aménagement des territoires*⁹¹. La sua controversa introduzione nell'ordinamento italiano⁹² solleva per ora perplessità sui limiti della relativa portata e

⁸⁸ La loi n°2010-788 du 10 juillet 2010 (loi ENE), portant engagement national pour l'environnement, ha inteso ricondurre le inchieste pubbliche a due tipologie (la maggior parte riconducibile al *Code de l'environnement*, le altre al *Code de l'expropriation*). Per una trattazione sistematica, C. HÉLIN, R. HOSTIOU, *Traité de droit des enquêtes publiques*, II ed., Paris 2014; Y. GOUTAL, *Droit des enquêtes publiques*, 2013.

⁸⁹ Conseil d'Etat n°128887 du 28 février 1994.

⁹⁰ Legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, cosiddetta *Loi Barnier*. La Commissione (CNDP) si pronuncia sulla possibilità di sottoporre grandi progetti infrastrutturali a dibattito pubblico. È composta da parlamentari ed eletti locali, membri del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e della Corte di Cassazione, rappresentanti di associazioni a tutela dell'ambiente, e designa per ogni progetto una specifica sotto-commissione, su richiesta dei soggetti indicati dalla legge. Entro quattro mesi dall'apertura alla concertazione, la Commissione redige e pubblica un bilancio che rende conto di come si è svolta la partecipazione e soprattutto dei principali risultati: le posizioni, i punti di vista e le argomentazioni di tutti i partecipanti. Y. MANSILLON, *L'esperienza del 'débat public' in Francia*, in *Dem. dir.*, 2006, n. 3, p. 101 ss; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano 2010, p. 379 ss.

⁹¹ Decreto 25 aprile 2017, n. 626.

⁹² L'art. 22 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, prevede che le «amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblichino, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse». Il secondo comma, recentemente modificato dall'Art. 12 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 rimette a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri,

efficacia, con il rischio di deriva verso una trasparenza procedimentale solo formale e di scarsa efficacia partecipativa⁹³.

Una lettura costituzionalmente orientata del principio di trasparenza dovrebbe riportare ai principi di giustizia e democrazia gli istituti di partecipazione⁹⁴, rimettendo all'Amministrazione l'iniziativa sullo schema dell'inchiesta «commodo-incommodo»: trasparenza progettuale o dei prodromi dell'azione amministrativa e tempi utili all'effettiva consultazione degli interessati, non sacrificando al rispetto dell'iter procedimentale la complessiva valutazione degli interessi pubblici coinvolti⁹⁵.

Come lucidamente avvertito dal giudice amministrativo, che si riferisce alla finalità anti-corruttiva e si limita al controllo esercitabile sui dati della P.A., la disciplina della trasparenza è destinata alle «aggregazioni semplici» dei consociati e non ai soggetti dotati di organizzazione specifica in grado di decrittare la complessità delle informazioni rese⁹⁶. Secondo la lettura costituzionalmente orientata qui tratteggiata, la trasparenza deve servire a una

la definizione dei criteri di individuazione delle opere in oggetto, perché siano sottoposte obbligatoriamente a dibattito pubblico. Oltre alle caratteristiche delle opere pubbliche, il decreto deve disporre le modalità di svolgimento del dibattito pubblico, nel rispetto della più ampia trasparenza (in fase di programmazione, di progettazione ed esecuzione). L'amministrazione proponente dovrà convocare una conferenza con Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, gli enti locali interessati, i c.d. *stakeholders* (compresi i comitati cittadini che hanno espresso suggerimenti o commenti agli enti locali).

⁹³ In senso profondamente critico A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli 2011, p. 209, che ne argomenta la fittizia portata partecipativa e lo ritiene strumento per «anestetizzare il dissenso». Da ultimo, sull'istituto, V. MANZETTI, *Il 'dibattito pubblico' nel nuovo codice dei contratti*, in *Federalismi*, 2018, n. 5; P. VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi*, 2019, n. 2.

⁹⁴ S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, p. 25 ss. riconduceva la partecipazione procedimentale dei privati sul crinale tra autorità, giustizia e democrazia.

⁹⁵ Per contro, il parere del Consiglio di Stato sul Codice dei contratti pubblici (Comm. Spec., parere n. 855 del 2016) e in particolare sul dibattito pubblico censura con tono critico la possibilità di consentire la costituzione di comitati di cittadini *ad hoc*, come superamento della prospettiva elaborata dai giudici amministrativi. Il rischio della «polverizzazione del dibattito» condurrebbe alla «ingestibilità dei lavori delle conferenze nelle sedi dove il dibattito va gestito». Le osservazioni, poi, potrebbero essere fornite anche da singoli cittadini non ammessi formalmente al dibattito: evenienza che dovrebbe essere scongiurata per l'economia complessiva dei procedimenti e, visto il loro carattere «strategico», per l'economia complessiva del Paese.

⁹⁶ T.A.R. Lazio, ord. 19 settembre 2017, n. 9828, cit., con riferimento alla pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti, ricorda che: «La questione va infatti posta al livello dei singoli cittadini o delle loro aggregazioni semplici, rispetto ai quali è lecito supporre, come

partecipazione effettiva, fornendo agli interessati informazioni chiare e tempestive sull'esercizio dell'azione amministrativa.

5. La più recente casistica in ordine all'applicazione dell'accesso generalizzato conferma la tendenza amministrativa, consolidata dalla giurisprudenza, a opporre forme di diniego per difendere scelte strategiche che si assumerebbero violate proprio ove si offrisse alla collettività la possibilità di conoscerne i prodromi e nel dettaglio i contenuti⁹⁷. Inoltre, la giurisprudenza va «oltre la legge» e richiede un accertamento sull'interesse posto a fondamento della richiesta: anche se la legge non esige l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la sua rispondenza alla soddisfazione di un interesse che presenti «valenza pubblica» e che non resti confinato a un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale o, addirittura, utilitaristico⁹⁸.

Si assumono alcune ipotesi ritenute paradigmatiche per la limitazione dell'interesse conoscitivo. A fronte di un'istanza di accesso generalizzato indirizzata ad ente territoriale agli atti preparatori, attuativi e transattivi inerenti i contratti di finanza derivata (swap) stipulati tra Città Metropolitana e istituti bancari stranieri, l'amministrazione comunicava l'accoglimento parziale della richiesta di accesso, ma rendeva incomprensibile il contenuto a causa dei numerosi *omissis* apposti agli atti conclusivi della transazione. Il diniego all'accesso a tali atti era motivato con la «necessità di bilanciare il

dato notorio, in caso di accesso finalizzato alla trasparenza, la mancata disponibilità di efficaci strumenti di lettura e di elaborazione di dati sovrabbondanti o eccessivamente diffusi. Ed è a tale livello che va necessariamente ricondotta la problematica della trasparenza amministrativa e regolato il relativo interesse pubblico, pena la sostanziale inutilità del regime «anti-corruttivo» disegnato per i dirigenti pubblici, che deve essere finalizzato, per sua natura, a tutelare l'intera collettività e non solo i soggetti complessi a vario titolo operanti nell'ordinamento vigente, che, essendo in possesso di strumenti idonei a decrittare importanti masse di informazioni, risultano, a legislazione vigente, ossia al cospetto dell'attuale formulazione del combinato disposto dell'art. 14, comma 1, lett. c) e f), e dell'art. 1-bis, allo stato i soli in grado di trarre dalle stesse conclusioni coerenti con quanto complessivamente reso disponibile e con gli obiettivi propri della legislazione di cui trattasi».

⁹⁷ Condivide la lettura critica A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. Amm.*, 2017, n. 3, p. 601 ss., spec. p. 620 ss., con riferimento al contenuto latamente discrezionale riconoscibile al «pre-giudizio concreto» arrecato agli interessi antagonisti.

⁹⁸ T.A.R. Lazio, sent. 2 luglio 2018, n. 7326; Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 360 del 10 agosto 2017, che ha stigmatizzato l'interesse esclusivamente commerciale sotteso alla richiesta di accesso a tutte le SCIA e le CILA presentate in un Comune in un determinato periodo.

diritto all'accesso con l'esigenza di tutelare gli interessi privati di natura commerciale dei soggetti coinvolti, così come previsto appositamente dalla normativa di riferimento per l'accesso civico generalizzato (D. Lgs. 33/2013, art. 5 bis, così come modificato dal D. Lgs. 97/2016). Tale decisione è legata infatti alla necessità di dare esecuzione alla clausola di riservatezza riconosciuta nell'Accordo Transattivo alle Società private (...).

Il Difensore civico regionale, adito dai richiedenti, aveva comunicato di «ritenere illegittimo il diniego parziale opposto dall'Amministrazione disponente...»⁹⁹. A sua volta, la Città Metropolitana invocava il rispetto della clausola di riservatezza richiamando un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, che ritiene valida la segretezza quando abbia lo scopo di «spuntare» le condizioni più vantaggiose possibili nell'ambito della negoziazione, condizioni che «non si sarebbero ottenute se l'amministrazione avesse rifiutato di sottoscrivere la clausola di riservatezza»¹⁰⁰. Per il vero la sentenza richiamata aveva ad oggetto atti di una procedura affatto particolare, riferita all'accesso da parte di un'industria farmaceutica privata agli atti dell'accordo stipulato da AIFA – Agenzia del farmaco – con le due case produttrici dei farmaci salvavita per l'epatite C, Sovaldi e Harvoni, estremamente costosi, per poterli inserire tra quelli rimborsabili a carico del SSN.

Nel caso controverso si trattava per contro di accordo transattivo, nel quale le parti si fanno «reciproche concessioni», ma una delle parti è pubblica e quindi deve rendere conto alla collettività della consistenza delle proprie «concessioni» alla controparte privata e del vantaggio che ne discenderebbe per la collettività. Il diniego opposto è fondato sull'assunto secondo il quale la P.A. ha «dovuto accettare» la clausola di riservatezza per ottenere un risparmio: lettura pericolosa perché ammette la disponibilità del principio generale di trasparenza e rischia di anteporre l'interesse privato (alla segretezza commerciale) rispetto a quello pubblico (alla trasparenza, peraltro, su decisioni che riguardano l'esposizione debitoria della Città Metropolitana). È agevole replicare, alla luce delle considerazioni che si sono sopra esposte, che il «risparmio» non coincide con l'interesse pubblico laddove non sia dimostrato: la trasparenza, principio generale, è il veicolo necessario per dimostrare che vi sia stato effettivo risparmio e quindi, solo in tali termini, può dimostrare l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico. Non può essere considerato «meritevole» *ex se* un segreto commerciale che non consente di comprendere quale risparmio abbia conseguito l'ente pubblico, e a quali condizioni.

⁹⁹ Provvedimento in data 11 ottobre 2018, che dichiara illegittimo il diniego opposto dalla Città Metropolitana.

¹⁰⁰ Cons. St., sent. 23 febbraio – 17 marzo 2017, n. 1213.

In questo senso si registra un orientamento giurisprudenziale, recessivo e paradossalmente antecedente all'entrata in vigore della disciplina normativa sul Foia, che incisivamente rimarca il *vulnus* qui profilato: »Pretendere, poi, di sottrarre al pubblico dominio atti e informazioni di tale rilievo per tutelare la riservatezza commerciale di un operatore privato (...) significa subordinare l'interesse pubblico a quello privato: il che, oltre a costituire violazione degli obblighi di trasparenza a carico della P.A. e a rendere illecita la clausola di riservatezza pattuita nell'accordo transattivo, configura, ad avviso del collegio, una forma sviata di esercizio di potere, in quanto non funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico»¹⁰¹.

Nel caso dell'accordo in oggetto, il diniego di accesso potrebbe esprimere una forma di sviamento di potere: l'Amministrazione pubblica subordina la cura dell'interesse pubblico alla protezione dell'interesse commerciale del soggetto privato, fondando l'asserita legittimità della clausola di riservatezza su un interesse pubblico al risparmio.

È evidente che tale modo di ragionare rischia di vanificare l'effettività del principio di trasparenza e dell'accesso civico generalizzato, perché lo rende inutilizzabile tutte le volte che il privato ottiene dall'ente pubblico una clausola di riservatezza come condizione per «trattare», dimenticando che l'interesse della collettività inizia proprio con il diritto di conoscere in quale modo sono maturate le scelte pubbliche¹⁰².

Altrettanto criptica si manifesta la reazione amministrativa all'accesso generalizzato esercitato in materia di infrastrutture strategiche. Si pensi al caso della linea ferroviaria ad alta velocità Torino-Lione e all'interesse della collettività a conoscere le effettive modalità dei finanziamenti pubblici. L'IT-NEA, Agenzia dell'Unione europea, si è impegnata a valutare la fattibilità del piano di implementazione del progetto rivisto al fine di valutare l'eventuale proroga della convenzione di sovvenzione in vigore, fatta salva la preventiva presentazione formale della richiesta di «modifica» da parte dei beneficiari entro il termine del 30 settembre.

¹⁰¹ T.A.R. Piemonte, sent. 23 maggio 2014, n. 932, relativa ad una istanza di accesso documentale ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241 del 1990, cit.

¹⁰² Secondo il chiaro insegnamento di F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in *Astrid rass.*, 2010, p. 13 del *paper*, tratto da F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma 2010, p. 29 ss.: «Quello che dobbiamo fare è espandere i diritti fondamentali, tra i quali, come gli ordinamenti anglosassoni ci insegnano, vi è certamente il "diritto alla conoscenza" strumento efficace di controllo democratico ed equilibrato riconoscimento del diritto dei cittadini a controllare chi li governa, chi li amministra e, in ultima analisi, chi spende il loro denaro».

Proprio su tale punto, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti italiano, nel rispondere all'Agenzia europea, ha rinviato al contenuto di una lettera di TELT, quale ente attuatore dell'Azione e promotore pubblico del progetto¹⁰³. A fronte di un'istanza di accesso generalizzato intesa a conoscere le criticità espresse in tale nota sull'utilizzo dei fondi entro i termini previsti, e quindi sul rispetto delle scadenze per l'esecuzione dei lavori, il Ministero dei trasporti italiani ha opposto un articolato diniego fondato su ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e relazioni internazionali, aggiungendo inoltre un potenziale *vulnus* alla *par condicio* tra operatori economici che intendessero partecipare alle gare d'appalto ove non vi fosse una omogenea diffusione delle informazioni¹⁰⁴. L'effetto del diniego impedisce in tutta evidenza di conoscere le ragioni per le quali la stazione appaltante, regolata dal diritto francese, lamenta ritardi nell'utilizzo di risorse pubbliche che riguardano anche il territorio italiano. Sul piano dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica il diniego è sinteticamente motivato con una generica esigenza di prevenire «atti di sabotaggio» ai cantieri, ammantando di opacità in tal modo anche scelte sull'utilizzo delle risorse pubbliche di cui proprio la trasparenza amministrativa dovrebbe rendere notizia alla collettività. L'asserito *vulnus* concorrenziale poi, potrebbe in tutta evidenza essere evitato proprio rendendo note e trasparenti a tutti le scelte della stazione appaltante sui tempi di esecuzione dei lavori.

L'impressione, ben colta dal giudice amministrativo, è che sia sfuggente e insindacabile la sussistenza del pregiudizio ad uno degli interessi indicati dalla norma (eccezioni di cui all'art. 5-*bis*, co. 1 e 2, d.lg. n. 33 del 2013, cit.). La capacità di un documento di pregiudicare i vari interessi può essere apprezzata solo in base a circostanze che non necessariamente emergono dagli atti di cui si chiede l'ostensione, e soprattutto per la ragione che i ragionamenti logici che sottendono alla valutazione di tali circostanze non necessariamente sono conosciuti, conoscibili o hanno valore «universale», tale da poter essere sempre applicati dal giudice. Tali apprezzamenti, come quelli legati ad esempio al pregiudizio alle relazioni internazionali, sono caratterizzati da elevata discrezionalità se non addirittura da elementi di natura politica, a fronte dei quali il sindacato giurisdizionale non può che essere meramente estrinseco, cioè limitato alla verifica della esistenza della causa di non

¹⁰³ Lettera del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in data 26 luglio 2019, ad oggetto «Assessment of ASR 2019 – Action n° 2014-EU-TM-0401-M Cross Border Section of the New Lyon-Turin Rail Link Mont Cenis Base Tunnel (TBM) — Grant Agreement number (...)», in risposta alla richiesta dell'Agenzia INEA in data 21 giugno 2019.

¹⁰⁴ Provvedimento di diniego della Direzione generale per lo sviluppo del territorio, la Programmazione ed i Progetti internazionali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in data 3 settembre 2019.

ostensibilità invocata dall'amministrazione e della astratta riconducibilità dell'atto, di cui si nega l'ostensione, tra quelli che possono interferire con gli interessi tutelati dalla norma¹⁰⁵.

Così ridotto l'ambito del sindacato giurisdizionale ed esteso l'ambito dell'attività politica, la potenzialità della trasparenza amministrativa subisce inevitabilmente un forte ridimensionamento, dimenticando che i suoi limiti devono invece essere di stretta interpretazione¹⁰⁶.

¹⁰⁵ T.A.R. Lazio, sent. 7 agosto 2018, n. 8832.

¹⁰⁶ Da ultimo, T.A.R. Campania, sent. 9 maggio 2019, n. 2486, secondo il c.d. principio della «tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo» ricordato dal Ministero della P.A., Circolare n. 2 del 2017, cit.: «Nei sistemi FOIA, il diritto di accesso va applicato tenendo conto della tutela preferenziale dell'interesse a conoscere. Pertanto, nei casi di dubbio circa l'applicabilità di un'eccezione, le amministrazioni dovrebbero dare prevalenza all'interesse conoscitivo che la richiesta mira a soddisfare» e da A.N.A.C., Lince guida sul Foia, cit., § 2.1.

WLADIMIRO GASPARRI

Mutamenti e trasformazioni del sindacato sul potere discrezionale nell'esperienza francese

SOMMARIO: 1. Il *droit administratif*, la concezione del potere pubblico in Francia e il *recours pour excès de pouvoir* quale giurisdizione oggettiva – 2. L'ambito del sindacato giurisdizionale: la legittimità dell'*act administratif unilaterial* tra *légalité externe* e *légalité interne*. Il *detournement de pouvoir*: campo di applicazione, evoluzione e «declino» – 3. I mutamenti delle tecniche di controllo nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir*: dal sindacato sull'*act administratif unilaterial* al controllo sulla discrezionalità. La sottile linea tra legittimità e merito nella prospettiva dell'oggettivismo giuridico: il *contrôle sur la qualification juridique des faits* – 4. La flessibilità del sindacato del *Conseil d'État* nell'ambito del *contrôle sur la qualification juridique des faits*: il *contrôle restreint* come controllo sulla «non manifesta erroneità» della valutazione e strumento della politica giudiziaria – 5. La configurazione dell'*erreur manifeste d'appréciation* ovvero della progressiva organizzazione del controllo sul potere discrezionale secondo prospettive molteplici – 6. Il controllo normale sulla *qualification juridique des faits*: il giudice amministrativo di fronte all'opportunità del provvedimento – 7. Dal sindacato sui limiti esterni al sindacato sulla qualità intrinseca della decisione e sull'uso del potere: il *Conseil d'État* di fronte al merito amministrativo – 8. Qualificazione giuridica dei fatti e *control maximum*: il sindacato sul bilancio costi-benefici (*contrôle du bilan coût-avantage*) e il controllo sulla proporzionalità della decisione – 9. Per continuare: dal controllo sugli elementi dell'*act administratif unilaterial* al sindacato sull'esercizio del potere e la dimensione conformativa del *recours pour excès de pouvoir*

1. Il *droit administratif* è storicamente ricondotto all'idea di un sistema di regole preordinate ad assicurare il privilegio dell'amministrazione: il brocardo per cui *juger l'administration c'est encore administrer* ha giustificato, per lungo tempo, l'esclusione del controllo giurisdizionale delle controversie di cui fosse parte l'amministrazione. Tuttavia, la sua configurazione come espressione della superiorità dell'amministrazione sul soggetto privato e della irriducibilità della sua posizione sociale ha ben presto lasciato il posto ad una differente idea, quella per cui il *droit administratif* costituisce, piuttosto, un insieme di regole di protezione dei diritti degli amministrati. In questa prospettiva, soltanto l'esistenza di regole specifiche – la specificità del *droit administratif* rispetto al *droit commun*: «*les règles de droit administratif se caractérisent*

*par la dérogation au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits*¹ – e di uno specifico giudice – il *Conseil d'État* – garantirebbe il pieno assoggettamento dell'amministrazione al diritto. Il *droit administratif* e il *contentieux administratif* appaiono, allora, ispirati ad una identica missione: quella di fornire al privato le garanzie contro l'arbitrio del potere mediante la (continua e progressiva) definizione di limiti all'esercizio del potere esorbitante. In questo senso, la progressiva centralità assunta dal concetto di *service public* in luogo della *puissance publique* rappresenta in maniera emblematica la riconfigurazione del *droit administratif* attorno agli obblighi che gravano sul soggetto pubblico, il quale se beneficia di un insieme di poteri e prerogative esorbitanti rispetto al diritto comune, nello stesso tempo è assoggettato a regole specifiche, che derivano, in termini generali, dal differente equilibrio e dalle plurali sovrapposizioni tra le nozioni di «potere» e di «servizio».

Nell'ambito di questo apparente equilibrio tra prerogative e obblighi, peraltro, il *droit administratif* è da sempre caratterizzato dall'esistenza di una relazione unilaterale tra amministrazione e soggetto privato: l'unilateralità è stata ed è il connotato che conforma l'insieme dei modi dell'azione amministrativa e la storia del *droit administratif* è anche la storia del tentativo di riequilibrare questa relazione unilaterale. La stessa concezione del potere pubblico ha una sua propria dimensione specifica, unilaterale e autoritativa (o, se si vuole, *exorbitant*): l'*act administratif unilatéral* è una decisione che prescinde, per lo più, dallo svolgimento di una procedura preliminare (è recente la riforma contenuta nel *Code des relations entre le public e l'administration*, decreto n. 2015-1342). La relazione tra amministrazione e soggetto privato ha una struttura asimmetrica, incardinata sul principio di non-reciprocità e il processo decisionale amministrativo prescinde, per lo più, dalla preventiva partecipazione dei soggetti interessati, la cui previsione è destinata ad attenuare e non certo ad eliminare l'unilateralità.

Anche nell'esperienza francese la costruzione dello Stato di diritto ha assunto, innanzitutto, il significato di assoggettare il potere pubblico ad una norma giuridica preesistente. Il *droit administratif* cessa allora di essere il diritto della disegualianza per divenire il *droit de la légalité*, non più soltanto limite, ma strumento dell'azione che permette all'amministrazione di agire in quanto regola e limita il suo potere. Parte integrante di questo processo è stato lo stesso controllo della *décision exorbitante* attribuito al *Conseil d'État* in

¹ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif*, in *Rev. droit public*, 1953, p. 279.

sede di *recours pour excès del pouvoir*, l'espressione più tipica della c.d. giurisdizione di tipo oggettivo, che ha contribuito – implicitamente o esplicitamente – alla stessa definizione delle regole di esercizio del potere. Il progressivo assoggettamento dell'azione amministrativa alla legge e ai principi e alle regole elaborate dalla stessa giurisprudenza amministrativa ha finito per ridefinire il controllo in sede di *recours pour excès de pouvoir* e lo stesso ambito coperto dal *detournement de pouvoir*. I caratteri di questa evoluzione non appaiono storicamente contrassegnati da un progressivo svolgimento lineare, cosicché la ricostruzione di questa vicenda finisce per dover essere legata alle singole materie oggetto del giudizio e alla specificità di ciascuna vicenda.

L'individuazione dell'ambito del controllo giudiziario in sede di *recours pour excès de pouvoir* è stata, d'altronde, per lungo tempo l'oggetto di un vivace dibattito in dottrina. Secondo M. Hauriou il *recours pour excès de pouvoir* trae origine dall'idea di autolimitazione del potere ed assume una funzione più ampia rispetto a quella di garantire la mera legalità della decisione amministrativa: al di là dei vincoli (esterni) previsti dalla legge, vi sono, secondo questa ricostruzione, altre regole (interne) di condotta che contribuiscono a delimitare la discrezionalità, che l'amministrazione deve comunque osservare nell'assunzione della decisione discrezionale e il controllo in sede di *recours pour excès de pouvoir* deve verificare anche l'osservanza di queste regole. In tal senso il *recours pour excès de pouvoir* finisce per includere una forma di controllo molto prossima a quella di un organo posto in posizione di superiorità gerarchica e in questo quadro la stessa verifica del *detournement de pouvoir*, inteso come uso del potere discrezionale per uno scopo diverso da quello al qual era destinato, non sembrava poter essere ricondotto ad una questione di stretta legalità. In questa prospettiva, il vizio di sviamento di potere assume il contenuto di misconoscimento dello spirito della norma giuridica. La sua ricerca diviene un'operazione molto delicata perché il suo accertamento da parte del giudice non può limitarsi al mero controllo della legittimità esterna e nemmeno soltanto alla legittimità obiettiva della decisione impugnata mediante il puro confronto con le regole giuridiche oggettive quali quelle in punto di competenza, di forma e di contenuto dell'atto, ma deve verificare quali sono stati i motivi che hanno ispirato l'autore della decisione e valutare se tali motivi erano giuridicamente leciti. È in virtù di una simile ricostruzione che è stato affermato che in questi casi non siamo più davanti ad un *contrôle de la légalité*, ma piuttosto ad un *contrôle de la moralité administrative*.

La ricostruzione di M. Hauriou è stata contestata a più riprese: essa fu respinta da R. Bonnard il quale sottolineava come lo stesso controllo sulle ragioni (motivi) e sullo scopo dell'atto non fosse altro che un puro controllo

sugli elementi razionali del processo decisionale intesi come elementi costitutivi della legalità e non un controllo sull'opportunità della decisione, tenuto conto che l'assunzione di una decisione deve sempre avvenire in vista di un fine legalmente previsto, ancorché definito in termini astratti dalla legge. Successivamente, P. Delvolvé ha sottolineato come il controllo in sede di *recours pour excès de pouvoir* sia sempre e comunque un controllo di conformità alle norme: questione come la caratteristiche dei monumenti che possono giustificare l'apposizione di vincolo storico-artistico, il carattere rappresentativo di un sindacato ovvero l'urgenza che giustifica l'espulsione di uno straniero non sono questioni di opportunità, ma riguardano piuttosto la qualificazione giuridica dei fatti, la cui la valutazione presuppone sempre una norma giuridica che legittimi l'assunzione della decisione. Talché lo stesso controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti attiene ad una valutazione relativa al se i fatti in questione abbiano la natura giuridica necessaria per innescare l'applicazione della norma, riguarda cioè una verifica delle condizioni che la norma attribuisce per l'esercizio del potere discrezionale.

È chiaro che posta in questi termini la vicenda del controllo giurisdizionale del potere discrezionale finisce per essere sempre limitata ad una questione di legalità, indipendentemente dall'estensione e dalla profondità del sindacato, ossia dalle situazioni in cui il controllo giurisdizionale produce regole inesistenti prima dell'istanza di controllo e dai casi in cui tale controllo induca ad esaminare questioni la natura giuridica è tutt'altro che evidente. Quello che è fondamentale è la capacità del *Conseil d'État* di controllare le scelte amministrative in funzione della garanzia dei principi dello Stato di diritto. In questo contesto il *Conseil d'Etat* è il giudice dell'amministrazione: innanzitutto perché non può e non deve essere ad essa estraneo in forza della convinzione che «*un juge administratif doit être, non pas et sans plus un juge spécialisé en matière administrative, mais un juge ayant l'esprit de l'administrateur, un juge conscient que ses décisions doivent être un complément de l'action administratives*»².

D'altronde, la qualificazione del controllo sul *detournement de pouvoir* quale controllo sulla «moralità amministrativa», non soltanto rischiava di porre il *Conseil d'État* nel ruolo di «*conscience de l'administration*», ma finiva per limitare i casi di sviamento a quelle sole ipotesi in cui l'autore dell'atto avesse agito con «*intention malveillante, de mauvaise foi*», che con tutta evidenza non riassumono i possibili casi di sviamento³. In tal senso si è anche parlato di rarefazione del *detournement de pouvoir*, sottintendendo il ruolo marginale assunto

² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, XIII ed., Paris 2008, p. 44.

³ A. DE LAUBADERE, J. C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, I, II ed., Paris 1990, p. 445.

da questo vizio nell'ambito delle pronunce di annullamento del *Conseil d'État* e, di pari passo, l'emersione di nuove figure di annullabilità (l'errore di fatto o di diritto, l'illegittimità dei motivi dell'atto). Queste ultime hanno consentito e consentono un controllo sull'atto e il suo eventuale annullamento attraverso una valutazione meno soggettiva rispetto a quella preordinata alla ricerca dello sviamento e su un terreno meno incerto.

Questa evoluzione non ha, peraltro, mai messo, fino ad oggi, in discussione la funzione del *recours pour excès de pouvoir*: quella di rendere possibile il ripristino della legalità violata e garantire una nuova corretta decisione dell'autorità amministrativa. Il *recours pour excès de pouvoir*, per propria natura, resta preordinato a verificare se la legge sia stata o meno violata e, in caso affermativo, ad annullare la decisione amministrativa illegittima. L'annullamento dell'atto illegittimo, ossia la rimozione dal mondo giuridico del prodotto viziato dell'attività amministrativa e il conseguente ripristino dell'ordine violato, diventa la conseguenza del carattere oggettivo del *recours*. In questa prospettiva, la stessa nozione di interesse ad agire ha sempre giocato soltanto un ruolo strumentale (la sua funzione è di evitare che il *recours* coincida con l'esercizio di un'azione popolare), ma non per questo soggettivizza un ricorso che resta fondamentalmente oggettivo. Proprio sotto questo profilo emerge il carattere tipico del *recours pour excès de pouvoir* o *en annulation*, per certi aspetti simile all'esercizio dell'azione penale: il ricorrente non agisce in giudizio per la tutela in via diretta di una propria situazione giuridica soggettiva, ma – come il pubblico ministero – per garantire la repressione dell'inosservanza della regola di diritto alla quale è subordinata l'*act administratif unilatéral*, ossia per *collaborer à la protection de la légalité*.

Un controllo che è stato via via sempre più penetrante, perché a differenza degli ordinamenti in cui l'assunzione della decisione è preceduta dalla previsione di garanzie preventive in via amministrativa che assumono un ruolo centrale nella formazione della decisione discrezionale e nella protezione del soggetto privato – l'*administrative process* in Inghilterra, il procedimento amministrativo in Germania –, in Francia il controllo del giudice è stato per lungo tempo l'unica e continua ad essere la principale garanzia riconosciuta al cittadino dall'ordinamento giuridico.

2. La domanda che si pone è: cosa controlla il giudice amministrativo, in sede di *recours pour excès de pouvoir*, quando è chiamato a giudicare della legittimità dell'*act administratif unilatéral*? In termini storici la risposta, come accennato in precedenza, potrebbe essere quella per cui l'iniziale nucleo centrale del sindacato giurisdizionale del *Conseil d'État* sull'*act administratif unilatéral* (o sull'esercizio del potere discrezionale) è il *detournement de pouvoir* ossia lo sviamento dal fine.

In termini sistematici, per rispondere a questa domanda dobbiamo introdurre una prima distinzione tra legalità esterna e legalità interna (C.E., sect., 20 février 1953, Société Intercopie)

La legalità esterna è il profilo di più immediata comprensione: è sempre ed in ogni caso suscettibile di sindacato da parte del *Conseil*. La legalità esterna (competenza dell'organo, regole di procedura, regole sulla forma) riguarda quegli aspetti della decisione privi di qualsiasi margine di discrezionalità: qui il controllo del giudice è pieno. Di più: taluni di questi aspetti sono stati qualificati come *mezzi di ordine pubblico* che il giudice può sollevare davanti a sé d'ufficio in ragione della loro estrema gravità (incompetenza e carenza di potere). Il sindacato del giudice amministrativo rimane all'interno di quei profili dell'*act administratif unilatéral* rispetto ai quali l'autorità amministrativa non dispone di alcun margine di valutazione: il controllo è costruito come verifica della norma applicabile alla situazione di fatto e come accertamento materiale dei fatti. La legalità interna presenta una maggiore complessità. In questo caso il controllo – su profili che restano sempre e comunque ancorati alla violazione di legge, in quanto il parametro del controllo è direttamente la norma – attiene alla verifica: (I) dello scopo (legale) del provvedimento (il *detournement de pouvoir*) e (II) dell'osservanza delle regole giuridiche (*violation de la règle de droit*) che presiedono alla decisione.

Il *detournement de pouvoir*, come già ricordato, costituisce, in qualche misura, l'aspetto più simbolico del controllo in sede di *recours pour excès de pouvoir* che risale all'*arrêt Pariset* (C.E., 26 novembre 1875). Più emblematico perché – secondo l'argomentazione di M. Hauriou – il sindacato giurisdizionale su questo profilo intende sanzionare un comportamento in contrasto con quella moralità amministrativa predicata dai principi del *droit administratif* che dovrebbero caratterizzare sempre e comunque qualunque azione e decisione pubblica. Al di là della sua ricostruzione teorica, il *detournement de pouvoir* coincide con lo sviamento del potere rispetto al fine pubblico previsto dalla norma attributiva del potere, configurabile sia quando l'esercizio del potere avviene per un fine pubblico diverso (C.E., 4 juillet 1924, Beaugé; C.E., 22 février 1950, Conseil central des pharmaciens d'officine), sia quando avvenga per uno scopo totalmente estraneo all'interesse pubblico (C.E., 23 juillet 1909, Fabrègue; C.E., 14 mars 1934, Dlle Rault; C.E., 13 juillet 1963, Bréart de Boisanger). Il suo legame con il principio di legalità non è mai stato messo in discussione: il vizio è sempre stato ricondotto alla violazione dello scopo definito alla legge, anche se questa ricostruzione ha dovuto fare i conti con la distinzione tra il caso in cui lo scopo sia chiaramente specificato dalla legge e quello in cui la stessa legge attribuisca all'autorità amministrativa il compito di concretizzare lo scopo definito dalla norma in maniera generica (ad esempio, da un atto programmatico).

Se questo è pacifico, altrettanto innegabile è che la configurazione di questo vizio ha imposto al giudice amministrativo un'indagine molto delicata: invero esso obbliga a ricercare le ragioni soggettive in forza delle quali l'autorità amministrativa ha assunto quella determinata decisione, un'attività che ha presentato fin dall'inizio notevoli difficoltà. Sotto questo aspetto, l'attività del giudice amministrativo ha compiuto notevoli progressi: se in un primo momento lo sviamento doveva risultare direttamente dall'esame del provvedimento (C.E., 16 novembre 1900, Maugras), successivamente la ricerca degli indizi e delle prove presuntive dello sviamento ha indotto il giudice amministrativo, in un primo momento, ad esaminare l'intero fascicolo della decisione consentendo quindi al giudice una piena verifica del procedimento istruttorio (C.E., ass., 28 mai 1954, Barel) e, successivamente, a richiedere all'amministrazione di indicare le ragioni di fatto e di diritto a fondamento della decisione ossia a fornire in giudizio quella motivazione del provvedimento prevista (C.E., sect., 26 janvier 1968, Société Maison Génestal), più di recente, per determinati provvedimenti individuali, dalla legge n. 79-587 del 11 juillet 1979 (adesso *Code des relations entre le public et les administrations* del 23 octobre 2015).

Nonostante il suo predicato legame con la norma e la definizione delle modalità attraverso le quali può manifestarsi – che ha condotto a distinguere due differenti tipi di scopi legali ai quali deve conformarsi l'attività amministrativa: il fine di interesse generale, comune a tutte le decisioni, e quello di interesse particolare, specifico di ciascuna di esse – il *detournement* ha finito per condurre il giudice a ricercare le intenzioni soggettive dell'autorità competente per l'adozione di quel determinato atto, «à scruter ses mobiles psychologiques»⁴.

Le difficoltà legate alla ricerca delle ragioni soggettive della decisione al fine di configurare lo sviamento del potere, hanno portato il giudice amministrativo ad utilizzare il medesimo concetto di *detournement* in un ambito più immediatamente legato al profilo della legittimità dell'atto, in cui la soggettività dell'azione e del decidere resta ai margini. Invero a partire dalla metà del Novecento (ma un primo esempio già in C.E., 17 janvier 1902, Favatier), il giudice amministrativo utilizza il concetto di *detournement de procédure*, quale vizio di legittimità dell'atto, in quei casi in cui l'autorità amministrativa, per conseguire lo scopo previsto dalla legge, utilizzi, consapevolmente, un differente procedimento rispetto a quello contemplato dalla norma (C.E., 24 juin 1960, Société Frampar et Société France-Edition et Publication): tra i casi più esemplari, il ricorso al procedimento di requisizione per conseguire

⁴ A. DE LAUBADERE, J. C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., p. 444.

la nazionalizzazione di un'attività economica (C.E., 6 juin 1947, Société provençale de construction navale), ovvero la dichiarazione di pubblica utilità d'una attività con il solo scopo di favorire un soggetto privato (C.E., 5 juin 1985, Commune de Condat-en-Feniers).

Oggi, il *detournement de pouvoir* o *de procédure* è un mezzo dedotto raramente: è stato osservato come nella seconda metà del secolo XX, i casi di annullamento per *detournement* siano stati meno di duecento. Il suo declino, legato in via generale alle riserve del giudice amministrativo per quanto riguarda la ricerca del *detournement*, è particolarmente accentuato in settori come quello economico, in cui il giudice ha inteso riservare all'amministrazione una più significativa libertà di azione (C.E., 29 juin 1951, Syndicat de la Raffinerie du Soufre française). Nelle altre materie, questo declino è stato accompagnato dall'emersione di nuove tecniche di controllo, in particolare quelle sui *motifs de l'acte* (di cui *infra*), che in maniera più immediata sono legati alla violazione della legge e che consentono di giustificare l'annullamento di un provvedimento in maniera più diretta rispetto a quanto, in passato, poteva essere ottenuto attraverso la ricerca del *detournement*. Per altro aspetto, il declino del *detournement* è collegato alla sempre maggiore complessità amministrativa per cui l'adozione di un provvedimento non coincide quasi mai con il conseguimento di un'unica finalità, cosicché la legittimità di un fine finisce per "coprire" l'illegittimità dell'altro (C.E., 11 janvier 1957, Louvard).

D'altronde, declino del *detournement* non significa scomparsa: al di là di quelle materie in cui continua a giocare un ruolo significativo (è il caso dell'urbanistica: C.E., 18 février 1981, Cne de Châlons-sur-Marne; C.E., 19 juin 1991, Johannet; del pubblico impiego e della polizia municipale: C.E., 13 janvier 1995, Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration; C.E., 17 avril 1997, Commune des Gets), esso conserva certamente un significato sistemico: il potere pubblico, quel potere esorbitante in grado di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei destinatari, assistito da specifici connotati, è attribuito all'amministrazione né per la cura di un interesse proprio, né per la cura di un interesse privato, ma nell'interesse generale come definito dalla legge.

3. Il sindacato giurisdizionale sulla decisione amministrativa, quindi, non solo oltrepassa i profili della legalità esterna, ma finisce per superare lo stesso ambito (e le incertezze) legato al controllo sul *detournement*: pian piano quest'ultimo rimane sullo sfondo e attraverso progressivi mutamenti delle tecniche di controllo, consentiti dalla struttura del *recours pour excès de pouvoir*, il giudice amministrativo ha ridefinito lo spazio del proprio sindacato, senza

dimenticare di ricercare un ancoraggio meno incerto con il principio di legalità. È per questa via che il controllo giurisdizionale accede al crinale della decisione dove il confine tra legittimità e merito finisce per assumere connotati sempre più sfumati.

In senso molto lato, questo ambito del sindacato giurisdizionale, sulla legalità interna della decisione, riguarda la violazione delle regole di diritto (*violation de la règle de droit*). Si può trattare: (I) della «violazione diretta delle regole di diritto», dove è contestata la validità della norma applicata in relazione ad una norma di rango superiore; (II) dell'«errore di diritto», allorché viene lamentato il fatto che l'amministrazione abbia commesso un errore nell'applicare la norma, errore che può riguardare la sua interpretazione ovvero la sua applicazione, *ratione materiae* o *ratione temporis*, a quella determinata fattispecie; (III) dell'«errore di fatto», nei casi in cui viene discussa l'esatto accertamento (quindi della realtà) dei fatti nella loro semplice materialità, senza alcuna loro valutazione; (IV) del controllo dei motivi di fatto (*control des motifs de fait* ossia gli elementi di fatto su cui poggia la decisione) e dei motivi di diritto (*control des motifs de droit*) che attengono alle condizioni (giuridiche e fattuali) alle quali è subordinato l'esercizio del potere e che conducono a verificare il corretto fondamento dei motivi (il *bien-fondé des motifs*) (C.E., Ass., 28 mai 1954, Barel).

È proprio quest'ultimo aspetto quello che appare più interessante: per superare l'eccessiva e pericolosa soggettivizzazione del sindacato in punto di *detournement de pouvoir*, il *Conseil d'État* già a partire dai primi anni del Novecento con l'*arrêt Camino* (C.E., 14 janvier 1916) porta il proprio controllo al di là di questo ambito verso i c.d. *motifs de l'acte*, intesi quali fatti oggettivi anteriori ed esteriori rispetto al provvedimento, la cui esistenza ed esatta ricostruzione materiale determina l'assunzione della decisione e dove si manifesta effettivamente per la prima volta il potere discrezionale dell'autorità amministrativa, dove il fatto da regolare è messo in relazione con le condizioni previste dalla legge per poter assumere quella certa decisione concreta.

L'adozione di qualsiasi provvedimento amministrativo presuppone l'esistenza di motivi di fatto e di diritto e la sua legittimità comporta che i motivi di fatto e di diritto presi in considerazione dal provvedimento siano quelli contemplati dalle norme che consentono all'autorità amministrativa di adottare la decisione. È chiaro che fin tanto che si tratta di accertare l'esistenza materiale dei motivi di fatto della decisione non si pone alcuna vera difficoltà per il giudice: l'adozione di una sanzione disciplinare presuppone l'esistenza di una violazione commessa dal pubblico impiegato, se la violazione non esiste, la sanzione è priva di fondamento e non ha ragione d'essere (C.E., 14 janvier 1916, Camino). Paradossalmente questa forma di controllo è stata consacrata successivamente a quella sulla qualificazione giuridica dei

fatti, presumibilmente in ragione di una rigorosa lettura del principio di separazione dei poteri che portava a ritenere unicamente l'amministrazione competente ad esaminare e ricostruire i fatti rilevanti in relazione a quel determinato procedimento decisionale. Superata questa lettura rigorosa del suddetto principio – anche perché questa forma di controllo esclude che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione nella valutazione dell'opportunità della decisione da prendere – oggi il controllo sull'esatta configurazione materiale dei fatti, pur appartenendo all'ambito del controllo minimo di competenza del giudice nell'ambito *recours pour excès de pouvoir*, è una forma di sindacato raramente dedotta. Anche perché in sede di introduzione del giudizio, il ricorrente difficilmente è in grado di affermare l'inesattezza dei fatti materiali, soprattutto quando gli elementi istruttori sono nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione procedente. Ed è per questo motivo che, talvolta, il giudice amministrativo può ammettere l'inversione dell'onere probatorio, facendo gravare sull'amministrazione la prova dell'esatta ricostruzione dei fatti in sede di istruttoria procedimentale. Per altro verso, il controllo dell'esattezza materiale dei fatti ha posto qualche problema ulteriore allo stesso *Conseil d'État* allorché questo si configura come giudice di cassazione: invero quale giudice di cassazione il *Conseil d'État* giudica sugli elementi di diritto e non su quelli di fatto. Talché lo stesso *Conseil d'État* ha successivamente previsto un controllo sull'esatta ricostruzione da parte del giudice di primo grado, senza peraltro avere la possibilità di svolgere alcuna fase istruttoria in proposito e limitandosi ad una verifica dei fatti così come risultanti dal fascicolo processuale (C.E., Ass., 5 juillet 1929, Comune de Relizane).

Le maggiori difficoltà si manifestano, tuttavia, a livello di motivi di diritto: ad esempio nei casi di espropriazione per pubblica utilità, l'adozione di un decreto di esproprio è subordinata alla sussistenza di un motivo di pubblica utilità. Laddove si pone il problema della corretta determinazione dei motivi di diritto, il giudice amministrativo è chiamato a verificare l'esatta qualificazione giuridica dei fatti (*contrôle sur la qualification juridique des faits*). La nuova sottile frontiera tra la legalità e l'opportunità parrebbe collocabile proprio in questo esatto momento: in questa operazione di verifica della corretta valutazione (giuridica) dei fatti posta in essere dall'autorità amministrativa per trarne una conseguenza giuridica e definire il contenuto della decisione. Quella che nell'esperienza italiana appare come il tema centrale della discrezionalità amministrativa ossia la corretta e ragionevole evidenziazione e ponderazione degli interessi in contrasto tra loro, secondo una visione tipica del soggettivismo giuridico, nell'esperienza francese prende una forma e un contenuto differente, oggettiva: quella della valutazione e

qualificazione giuridica dei fatti e del loro relativo controllo. Siamo nuovamente di fronte alla concezione – sotto l'influenza delle correnti dottrinali maggioritarie e della giurisprudenza del *Conseil d'État* – più tipica del *droit administratif*, quella oggettivistica, i cui elementi qualificanti sono le nozioni di competenza e di conformità degli elementi costitutivi del potere alla norma di legge, in cui assume centralità proprio la qualificazione giuridica del fatto materiale come antecedente logico e presupposto dell'esercizio del potere.

Il giudice si avvicina al merito della decisione amministrativa per la via dei fatti: e qui si pone l'interrogativo di quale sia il corretto equilibrio che si deve instaurare tra il controllo giurisdizionale e l'azione dell'amministrazione, tra l'ambito di un sindacato che resta ancorato al concetto di legalità e l'ambito dell'opportunità.

4. Cosa si intende dire con l'espressione «flessibilità del sindacato» del *Conseil d'État* nell'ambito del *contrôle sur la qualification juridique des faits*?

La verifica se i fatti materiali siano stati correttamente qualificati dal punto di vista giuridico da parte dell'amministrazione attraverso la loro esatta riconduzione al concetto definito dalla norma appartiene al sindacato del giudice. La regola generale affermata è quella del pieno controllo delle condizioni giuridiche poste dalla norma per l'esercizio del potere anche se quelle condizioni sono definite tramite il ricorso a nozioni imprecise, a concetti giuridici indeterminati (ad esempio, la constatazione dello stato di catastrofe naturale che giustifica il pagamento di un indennizzo: C.E., 17 janvier 1996, *Loyen*).

Questo controllo è risalente: già a partire dall'inizio del XX secolo, il *Conseil d'État* afferma che allorché l'esercizio del potere discrezionale è subordinato all'esistenza di una situazione di fatto qualificata mediante un concetto giuridico (ad esempio, l'interesse storico, artistico o archeologico di un bene per l'apposizione del relativo vincolo, la minaccia all'ordine pubblico che deve integrare il comportamento dello straniero per l'adozione dell'atto di espulsione di uno straniero), il controllo in ordine alla riconduzione del fatto nell'ambito di quel concetto è parte del normale sindacato del giudice sotto il profilo della legalità, e questo sindacato non si traduce mai in un controllo sull'opportunità della decisione adottata dall'amministrazione (C.E., 4 avril 1914, *Gomel*). Questa forma di controllo sarebbe, piuttosto, da configurare come un controllo “tecnico” sulla qualificazione giuridica del fatto in rapporto all'interpretazione da dare alla regola di diritto nel momento della sua applicazione alla vicenda della vita oggetto della decisione.

Se questa è la regola generale, esso può trovare tuttavia una differente graduazione in relazione alle diverse materie oggetto della decisione: ecco la flessibilità del controllo – espressione di una politica della giurisdizione – che va dal controllo circoscritto (*control restraint*) a quello pieno (*controle normal*), per arrivare più di recente ad un controllo esteso. I confini tra queste ipotesi sono peraltro molto incerti e spesso mobili.

Quando la condizione prevista dalla norma è precisa e suscettibile di essere verificata in maniera oggettiva, appare ovvio che il controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti è del tutto prossimo ad un normale controllo di legalità e non pone alcun interrogativo. Il giudice verificherà il rispetto di quella condizione. Viceversa, quando i presupposti giuridici previsti dalla norma sono indeterminati, ovvero sono configurati in maniera generica spettando all'amministrazione nel momento dell'assunzione della decisione darvi un contenuto concreto, allora l'ambito della discrezionalità della decisione finisce per condizionare il sindacato del giudice. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, il *Conseil d'État* pur affermando, in via di principio, il proprio sindacato sulla qualificazione giuridica del fatto, ha provveduto, comunque, a circoscrivere il proprio sindacato perché è apparso chiaro come – con riferimento a specifiche materie – la qualificazione giuridica dei fatti compiuta dall'amministrazione fosse strettamente legata ad una valutazione di opportunità. Cosicché mentre, per un verso, si afferma il principio, per l'altro la qualificazione giuridica dei fatti non diviene l'oggetto di un immediato sindacato pieno.

Il *Conseil d'État* dimostra così di muoversi in maniera accorta: il suo sindacato non si arresta alla regolarità formale del provvedimento sotto il profilo della competenza, della forma e della procedura, né è circoscritto alla ricerca di un eventuale *détournement de pouvoir* o di un errore relativo all'esistenza dei fatti. Il sindacato giurisdizionale viene esteso, viceversa, alla verifica in ordine alla “non manifesta erroneità” della valutazione relativa alla qualificazione giuridica dei fatti, ossia secondo modalità che impediscono al giudice amministrativo di oltrepassare i confini della valutazione discrezionale riservata all'amministrazione, poiché circoscrivono il sindacato giurisdizionale alla verifica dell'esistenza o meno di errori evidenti o grossolani in cui possa essere incorso l'esercizio del potere e che non potrebbero non trovare una sanzione in forza dello stesso principio di legalità (C.E., 3 février 1975, Pardov; C.E., 14 mars 1980, Vignon).

Alla base del *controle restreint* vi sono state, con tutta evidenza, motivi di politica giudiziaria: il giudice amministrativo ha ritenuto conveniente non spingere il proprio controllo oltre un certo limite; si è assistito ad una sorta di auto-limitazione (politica) del proprio sindacato. Le ragioni che hanno condotto ad un *control restraint* sono state molteplici: (I) evitare un conflitto

con il potere politico in settori particolarmente sensibili (il controllo delle pubblicazioni straniere: C.E., 2 novembre 1973, Société Libraire Maspero); (II) difficoltà di ordine tecnico in materia particolarmente complesse (il sindacato sulla tossicità di un certo prodotto: C.E., 27 avril 1961, Société Toni); (III) riservare all'amministrazione un margine di valutazione piuttosto ampio in quei settori che potrebbero essere suscettibili di provocare un consistente contenzioso.

Quest'ultima ipotesi si riferisce, in particolare, al contenzioso in materia di pubblico impiego dove il giudice, per lungo tempo, ha evitato di procedere a qualsiasi forma di controllo della qualificazione dei fatti per lasciare all'amministrazione un ampio margine di valutazione. Tuttavia, a partire dagli anni '60 questo indirizzo è stato oggetto di rivisitazione con la previsione di un sindacato «debole» (c.d. *contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des faits*).

5. Attraverso la configurazione dell'*erreur manifeste d'appréciation* è stato ridefinito l'ambito del *control restreint*: invero questa forma di controllo ha consentito al giudice, senza mettere in discussione il potere discrezionale attribuito in determinate materie all'amministrazione e come tali oggetto di un sindacato minimo (quello riconducibile al *contrôle restreint*), di sanzionare gli errori «manifesti» ed «evidenti» commessi dall'amministrazione nella valutazione dei fatti. In questo modo, il giudice ha esteso il proprio controllo superando i limiti della «non manifesta erroneità», evitando, in linea di principio, di sindacare in maniera piena la valutazione fatta dall'amministrazione.

A partire dagli anni '60 (C.E., Sect., 15 février 1961, Lagrange), il *Conseil* ha iniziato a ridurre, in maniera sempre più precisa, l'ambito della qualificazione giuridica dei fatti sottratti al suo controllo, per assoggettare al suo sindacato una parte consistente di quelle materie attraverso la definizione di un parametro (supplementare) di controllo: il controllo sull'errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti riservato alla valutazione dell'amministrazione (*erreur manifeste d'appréciation*). In molte delle materie in cui il *Conseil* aveva riconosciuto – per ragioni differenti – un ambito riservato alla valutazione dell'amministrazione, viene introdotto un «controllo minimo»: quello sull'apprezzamento manifestamente (e con tutta evidenza) erroneo dei fatti che presiede alla definizione del contenuto della decisione discrezionale.

Tutto questo ripropone una sottile distinzione che riguarda la difficoltà di individuare il confine tra il concreto apprezzamento dei fatti e la loro qualificazione giuridica nei casi in cui le norme contengano concetti – come quello di bellezza paesaggistica – che consentono ampie scelte valutative. Tuttavia, anche qui è in forza di una valutazione politica che l'intervento

giudiziale si arresta ad un livello di compromesso: l'amministrazione non può pretendere l'immunità dei propri apprezzamenti sui fatti, il giudice a sua volta, limita il proprio controllo all'evidenza dell'errore nel loro apprezzamento.

È chiaro, qui tutto può apparire fragile, l'equilibrio è instabile, come è instabile la nozione di manifesto, di evidente: l'errore è manifesto se risulta chiaramente dal fascicolo? Oppure l'evidenza dell'errore può risultare anche dall'esperimento di una consulenza resasi necessaria quando i motivi del ricorso abbiano ingenerato un serio dubbio circa la sussistenza dell'errore?

In teoria, l'errore manifesto di apprezzamento parrebbe invocabile in tutte quelle ipotesi in cui il giudice ritenga che una decisione discrezionale sia manifestamente – ossia in maniera grossolana tale da presentare i caratteri tipici dell'evidenza – «inaccettabile» (*mauvaise*), ossia concretizzi un vero e proprio abuso del potere di valutazione (C.E., Sect., 15 février 1961, Lagrange; C.E., 2 novembre 1973, Libraire François Maspero; C.E., 18 mars 1983, Mulsant; C.E., 19 février 2010, Molline et autres). Secondo Guy Braibant – che ispirò l'*arrêt Libraire François Maspero* – il potere discrezionale comporta il diritto di sbagliare, ma non quello di commettere un errore manifesto, ossia evidente e grave. In tal senso questa giurisprudenza esprime in maniera immediata la volontà del giudice di limitare il potere discrezionale dell'amministrazione al quale viene preclusa la possibilità di adottare decisioni “sproporzionate”, i cui effetti vadano al di là di ciò che appare congruo nella singola vicenda di vita. Attraverso la propria giurisprudenza il *Conseil d'État* sembrerebbe definire una nuova e ulteriore *regle de droit* per l'esercizio del potere che consisterebbe nel divieto per l'amministrazione di adottare decisioni arbitrarie.

In pratica, la nozione di errore manifesto di apprezzamento è una nozione estremamente flessibile, pragmatica e il suo fondamento giuridico appare molto fluido: non è chiaro se questa forma di sindacato giurisdizionale determini un intervento diretto e immediato del giudice su quei profili di opportunità della decisione che parrebbero essere di pertinenza esclusiva dell'amministrazione.

Il *Conseil d'État* ha sempre escluso che attraverso questa forma di sindacato si produca una interferenza nel merito della decisione amministrativa. E tuttavia a partire dagli anni '60 del Novecento, il controllo sull'*erreur manifeste d'appréciation* è stato generalizzato al punto da divenire il c.d. *contrôle minimum de droit commun* in relazione ad una pluralità differenziata di materie, tutte tradizionalmente connotate dall'ampio margine di discrezionalità dell'autorità competente nella determinazione della decisione: espulsione degli stranieri (C.E., 3 février 1975, Pardov); ritiro del passaporto (C.E., 19 février 1975, Fouéré); valutazione dei dipendenti pubblici (C.E., 26 octobre

1979, Leca); nomina degli dirigenti generali (C.E., 16 décembre 1988, Association des administrateurs civils); nonché nelle ipotesi di contenzioso su questioni tecniche come la delimitazione dell'area di produzione di una d.o.c. vitivinicola (C.E., 2 mars 1979, Inao c. Roussot). D'altronde, non esistendo la possibilità di definire *a priori* quello che è manifestamente erroneo o irragionevole, essendo obiettivamente una questione di apprezzamento in relazione a quella specifica vicenda di vita, la configurazione e i contorni dell'errore manifesto di apprezzamento non può che spettare al giudice: l'errore manifesto è ciò che il *Conseil d'État* dice di essere, con un'operazione che definisce una vera e propria *regle de droit* per l'amministrazione. Il rischio che grava sul giudice diviene, allora, quello di fare uso della propria soggettività e di imporre all'amministrazione non delle regole non direttamente e espressamente previste dalla norma (ipotesi abbastanza consueta, dal momento che il giudice deve comunque giudicare nonostante l'incertezza o l'insufficienza dei testi), ma delle regole o degli standard che sono soltanto la traduzione delle sue preferenze individuali – politiche, economiche, morali – e non la traduzione dei valori sociali dominanti condensati nella norma di legge.

Più di recente, l'inevitabile circolazione delle nozioni giuridiche ha condotto a vedere nell'*erreur manifeste d'appréciation* uno strumento per ricondurre il «principio di ragionevolezza» (o *de rationalité*) nell'ambito del principio di legalità. Lo scopo è identico: si tratta di uno strumento che consente di sindacare, al di là dei presupposti e delle condizioni fissate dalla legge, l'uso del potere discrezionale e la qualità intrinseca della decisione. Ad esempio, è stato ritenuto viziato di *erreur manifeste d'appréciation*, l'atto del Comune che aveva ommesso di modulare la tariffa per l'uso della mensa scolastica in funzione dell'uso effettivo del servizio medesimo da parte degli studenti (T.A. Lion, 13 avril 1989, Garde).

Peraltro se questa nuova tecnica offre al *Conseil d'État* una nozione di ampio utilizzo per il sindacato delle decisioni amministrative discrezionali, lo stesso *Conseil d'État* si è riservato di modulare il proprio controllo, individuando innanzitutto le materie in relazione alle quali esso è ipotizzabile e affermando, per converso, l'esclusione di determinate materie, in forza della loro specificità (ad esempio, è il caso delle valutazioni delle prove di esame nei pubblici concorsi o quello della scelta delle modalità di gestione di un pubblico servizio: C.E., 10 janvier 1991, Association des usagers de l'eau de Peyreleau). In ogni caso, questa tecnica di sindacato appare utilizzata con estrema cautela perché rischia di far assumere al giudice amministrativo il ruolo di superiore gerarchico in materie in cui, viceversa, la legge attribuisce all'amministrazione una discrezionalità molto ampia.

6. È stato già ricordato: il giudice amministrativo francese non considera i confini del *contrôle restreint* come intangibili, affermando – fin dall’inizio del secolo scorso – la possibilità di assoggettare quegli stessi provvedimenti ad un *contrôle normal*, ad un controllo cioè che travalica l’errore manifesto di apprezzamento e che appare preordinato a verificare in maniera piena la qualificazione giuridica dei fatti laddove quella qualificazione costituisce il presupposto costitutivo per l’esercizio del potere. Sotto questo aspetto la vicenda relativa all’*arrêt Gomet* è emblematica.

Il caso aveva per oggetto il ricorso avverso un diniego di rilascio di permesso di costruire in un’area qualificata dall’amministrazione come di interesse storico-paesaggistico. Il *Conseil d’État* – non avendo ancora formulato la teoria del controllo sull’*erreur manifeste d’appréciation* – aveva due possibilità per procedere al sindacato del provvedimento di diniego: (I) limitarsi a controllare la sussistenza di un vizio competenza, di forma o di procedura, del *détournement de pouvoir*, dell’errore di diritto o l’esatta ricostruzione materiale dei fatti, oppure (II) procedere ad un controllo che coinvolgesse, oltre ai summenzionati vizi, quello relativo alla qualificazione giuridica dei fatti compiuta dall’amministrazione in relazione all’interesse storico-paesaggistico dell’area. Nel 1910, il *Conseil d’État*, superate le precedenti timidezze, sceglie quest’ultima soluzione che conduce a dichiarare illegittimo il diniego di rilascio del permesso di costruire sulla base di una rinnovata valutazione delle caratteristiche dell’area che esclude che essa possa essere qualificata come d’interesse storico-paesaggistico e come tale precludere qualsiasi intervento edificatorio.

Questa decisione è fondamentale, innanzitutto, in relazione all’affermazione da parte del *Conseil d’État* della possibilità di verificare la qualificazione giuridica dei fatti compiuta dall’amministrazione pubblica in tutti quei casi in cui quella stessa qualificazione costituisca il presupposto giuridico della decisione. Appare chiaro che in questo modo il rischio (ovvero, la possibilità) di scavalcare la linea di confine tra legittimità e opportunità diventa concreto da parte del giudice amministrativo diventa concreto. È vero che il giudice amministrativo francese ha sempre respinto – almeno in via di principio – l’idea di sindacare l’opportunità dell’azione amministrativa e di porsi, per questa via, quale superiore gerarchico dell’amministrazione. Ma, è chiaro che, all’indomani dell’*arrêt Gomet*, quello stesso controllo, che ha continuato ad esser qualificato «di legittimità», ha prospettato al giudice la concreta possibilità di sviluppare tecniche di sindacato (C.E., Sect., 3 avril 1998, Corderoy du Tiers, per la nomina del consulente tecnico nei casi di sindacato sulle valutazioni tecniche) in grado di prendere in considerazione apprezzamenti (giuridici) degli elementi di fatto della decisione riferibili all’ambito del merito amministrativo. Talché diventa difficile tracciare una

linea di confine netta tra gli ambiti del controllo: quello di legittimità e quello di opportunità. Ma nello stesso tempo, come osservato dalla dottrina, «*soit on désire un juge administratif efficace, et la jurisprudence Gomel s'impose, soit on veut un juge administratif qui ne contrôle rien ou presque, et la jurisprudence Gomel doit être rejetée dans les ténèbres extérieures*»⁵. La soluzione appare quella di lasciare alla «ragionevole valutazione» dello stesso giudice amministrativo la definizione della linea di confine tra le materie oggetto di un controllo normale e quelle, viceversa, oggetto di un *control restreinte*. Il giudice avrebbe la possibilità di esercitare un controllo pieno della decisione amministrativa allo scopo di verificare se essa pregiudichi un interesse giuridicamente rilevante del soggetto privato ovvero comprometta l'interesse pubblico in forza di una valutazione giuridica dei fatti da parte dell'amministrazione arbitraria o irragionevole, ma quello stesso giudice può decidere di limitare il suo controllo in forza di considerazioni che non possono non essere riferite all'opportunità del controllo giurisdizionale su quella determinata materia. Così come, sempre lo stesso giudice si riserva la possibilità di far passare certe materie dall'un campo all'altro, allorché le ragioni legate alla «certezza giuridica» – dietro le quali talvolta è celata l'esigenza di «protezione» dell'amministrazione – paiono dover cedere davanti alla necessità di garantire quel principio di legalità, all'ombra del quale i diritti dei cittadini sono destinati a trovare una protezione sempre più ampia (C.E., 25 mars 1983, M.me Marque-Nabos).

L'*arrêt Gomel*, dunque, ha posto le basi per un controllo giurisdizionale del potere discrezionale in sede di *recours pour excès de pouvoir* molto ampio, in cui il confine tra legittimità e merito è destinato a confondersi, ed ha, al contempo, offerto al giudice amministrativo la possibilità di sviluppare tecniche molto sofisticate per valutare, attraverso *qualification juridique des faits*, la qualità intrinseca della decisione.

7. La considerazione svolta da ultimo, conduce questa sintetica ricostruzione a prendere in esame quella che possiamo ritenere, almeno fino ad oggi, l'ultima tappa dei «mutamenti». Attraverso le tecniche del sindacato sulla qualificazione giuridica dei fatti, il controllo del *Conseil d'État* sulla decisione amministrativa non appare più unicamente preordinato a verificare il rispetto delle regole giuridiche ovvero a delimitare l'ambito della discrezionalità: esso tende – a partire dagli anni '70 – a sindacare lo stesso uso che viene fatto del potere e la sua qualità.

⁵ J. F. LACHAUME, *Droit administratif*, XIII ed., Paris 2002, p 745.

A fianco delle differenti forme di sindacato sulle condizioni di esercizio del potere, compaiono «controlli sulla qualità intrinseca della decisione», controlli sull'uso del potere discrezionale ovvero sulle regole di esercizio dell'attività: il riferimento è al controllo sul rapporto costi-benefici (*contrôle du bilan cout-avantage*) e a quello sulla proporzionalità della decisione, che, secondo una prospettiva soggettivistica, appaiono valutazioni prossime all'assetto di interessi realizzato dal provvedimento in virtù del potere discrezionale. Questo approdo e l'evoluzione del *recours pour excès de pouvoir* nel suo insieme indicano un percorso molto differente rispetto a quello conosciuto dal sindacato sull'eccesso di potere nell'ordinamento italiano. In quest'ultimo, il controllo sul potere discrezionale è rimasto incardinato, fino a tempi molto recenti, sui vizi dell'atto secondo una lettura rigida del giudizio amministrativo come processo di impugnazione dell'atto, in cui la violazione delle regole dell'attività emerge soltanto come sintomo dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto. Viceversa, nell'esperienza francese, benché il giudizio sia comunque configurato come processo di impugnazione del provvedimento amministrativo, il sindacato del *Conseil d'État* non è rimasto circoscritto all'atto, ma ha preso in considerazione direttamente, senza l'infingimento del «sintomo», l'esercizio del potere discrezionale ossia la funzione amministrativa, intendo verificare l'eventuale violazione delle regole che presiedono all'esercizio dell'attività. Questo è tanto più vero se consideriamo che le prime forme del c.d. controllo sulla proporzionalità della decisione risalgono alla metà degli anni '30 del Novecento.

8. La tecnica del *contrôle du bilan cout-avantage*, sviluppata essenzialmente in materia di controllo sull'utilità pubblica di un provvedimento di espropriazione, ha consentito e consente al *Conseil d'État* non soltanto di verificare, in concreto, l'utilità pubblica di un singolo provvedimento di esproprio, ma di controllare altresì che, oltre a sussistere l'utilità pubblica, i pregiudizi arrecati alla proprietà privata, i costi finanziari e gli inconvenienti di ordine sociale e ambientale connessi con l'espropriazione per pubblica utilità di quei determinati beni non siano «eccessivi» rispetto al conseguimento dell'interesse pubblico cui quella operazione è preordinata (C.E., Ass., 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est). Ossia, consente di controllare la «legittimità» della decisione in relazione ad una pluralità di parametri (il pregiudizio arrecato alla proprietà privata ovvero all'ambiente o, ancora, al paesaggio ossia ad altri possibili interessi pubblici coinvolti nella vicenda, i costi finanziari dell'operazione, i suoi inconvenienti di ordine sociale) in grado di evidenziare i vantaggi della decisione utili a raggiungere l'obiettivo e, all'opposto, le conseguenze negative ed i rischi che quella stessa decisione comporta.

Il controllo sul rapporto tra costi e benefici della decisione attribuisce al sindacato del *Conseil d'État* sull'uso del potere discrezionale uno spazio molto ampio. Laddove il giudice valuti i pregiudizi arrecati alla proprietà privata, i costi finanziari, gli inconvenienti di ordine sociale dell'operazione, per poi compararli con i vantaggi che essa comporta allo scopo di verificare se i primi siano o meno eccessivi rispetto ai secondi, la sua valutazione si colloca in un ambito che difficilmente è riferibile ai profili della legittimità della decisione: il giudice piuttosto compie un'operazione che lo porta a sostituire il suo apprezzamento a quello dell'amministrazione, ovvero a sindacare i profili (forse non tutti, ma sicuramente taluni) di merito della decisione.

Il giudice amministrativo ha dunque la possibilità di andare al di là del «mero» controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti per accedere al merito/opportunità della decisione. Ma anche in questo caso le esigenze legate all'effettività della tutela giurisdizionale sono state in parte ridimensionate dallo stesso *Conseil d'État* il quale si è affrettato a precisare che questa tecnica di sindacato non risponde ad una rigida logica per cui l'illegalità della decisione deve sempre essere affermata in presenza di un disequilibrio del rapporto. Piuttosto, affinché l'illegalità della decisione sia predicabile appare necessario che l'esito del bilancio debba essere nettamente negativo e i costi/inconvenienti debbano essere «chiaramente eccessivi» rispetto ai vantaggi, soprattutto in relazione a quelle operazioni di interesse strategico nazionale secondo una giurisprudenza inaugurata dall'*arrêt Société civile Sainte-Marie-de-l'Assomption* (C.E., Ass., 20 octobre 1972) e costante nel corso del tempo come dimostrano i più recenti *arrêts* Ass. c. projet autoroute transchablaisienne (C.E., Ass., 28 mars 1997) e *Société Ciel et Terre et autres* (C.E., ord., 26 janvier 2011).

Da un punto di vista generale, è da osservare come questa tecnica di sindacato sia per lo più stata circoscritta a singole e specifiche materie: la giurisprudenza non è riuscita a (ma fors'anche, non ha voluto) individuare gli strumenti per applicarlo in maniera generalizzata e in via generale agli ambiti di esercizio del potere discrezionale, proprio in ragione del fatto che questo controllo consente al giudice un'ampia e difficilmente circoscrivibile libertà di valutazione. La possibilità per il giudice di ripercorrere il procedimento decisionale che ha condotto all'adozione di quel certo provvedimento rende questo controllo pressoché prossimo a quello di opportunità. D'altronde, il ricorso sporadico a questa tecnica appare legato anche alla complessità dell'accertamento richiesto e alla sostanziale disparità in sede di istruttoria processuale tra l'amministrazione pubblica e il ricorrente. In ogni caso, è da osservare che il *Conseil d'État* non ha mai sospinto il suo controllo fino a giudicare dell'opportunità della decisione, sostituendo la sua scelta a

quella dell'autorità amministrativa competente. Quando il giudice compie il sindacato sul bilancio costi-benefici non individua (e mai ha individuato) le altre possibili migliori soluzioni idonee a garantire la realizzazione dell'opera dichiarata di pubblica utilità. Il *contrôle du bilan cout-avantage* preclude, in caso di esito negativo, all'amministrazione di scegliere una soluzione che non ha superato la «prova di resistenza», ma non impone nessuna delle altre possibili soluzioni.

Questa vicenda appare tuttavia interessante per un altro motivo: questa tecnica di controllo emerge in un preciso momento storico – l'inizio degli anni '70 – in cui fanno irruzione nel panorama giuridico le grandi operazioni urbanistiche, destinate ad incidere su una pluralità di proprietà e preordinata a realizzare opere complesse, promosse da operatori privati o da società a capitale misto pubblico-privato. Il conseguente mescolamento e la mimetizzazione degli interessi in conflitto, e quindi l'impossibilità di contrapporre in maniera netta l'interesse pubblico (generale) da un lato e gli interessi privati (proprietari) dall'altro – in cui si assiste alla stessa recessione dell'interesse dei singoli proprietari rispetto alle grandi scelte di ordine economico – ha sospinto il *Conseil d'État* ad affrontare il tema dell'*excès de pouvoir* sotto un nuovo aspetto, per cui «un'attività può essere legittimamente dichiarata d'utilità pubblica solo quando le limitazioni alla proprietà privata, il costo finanziario ed eventualmente gli inconvenienti d'ordine sociale che essa porta con sé, non siano eccessivi riguardo all'interesse che la medesima presenta». Se questo era il punto di partenza, questo controllo ha finito poi, come detto, per navigare tra cautele ed incertezze che ne hanno fortemente circoscritto l'ambito applicativo.

Infine, il controllo sulla proporzionalità della decisione che, almeno in parte, è da collegare all'estensione più ampia del controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti, allorché questo controllo ha finito per integrare una duplice verifica di adeguatezza: (I) del contenuto del provvedimento in relazione al suo scopo e (II) dell'interesse pubblico perseguito in relazione ai pregiudizi arrecati agli altri interessi, pubblici e/o privati, in conflitto legati al contenuto del provvedimento adottato. In tal senso il giudice svolge un sindacato particolarmente incisivo: egli verifica non solo che esistano i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche per l'esercizio del potere, ma spinge il proprio controllo su quei profili di adeguatezza del contenuto del provvedimento in relazione a quella specifica vicenda della vita per regolare la quale è stato adottato. È un controllo che, nell'esperienza francese, ha trovato una sua peculiare dimensione, fin dagli anni '30, nell'ambito delle misure di polizia in ragione del fatto che questi provvedimenti incidono sulle libertà fondamentali, in quello disciplinare e in relazione all'applicazione delle sanzioni amministrative (C.E., 19 mai 1933, Benjamin; C.E., 23 janvier 1953, Naud;

C.E., 29 juillet 1953, Demazière et autres; C.E., Sect., 26 avril 1968, Marel et Rivière). In questi casi il *Conseil d'État* ha affermato l'illegittimità del provvedimento di polizia non perché esso costituisca di per sé una violazione eccessiva del principio costituzionale della libertà di riunione; ma perché in questo caso l'autorità di polizia avrebbe avuto la possibilità di conseguire l'identico scopo con altri mezzi meno pregiudizievoli per i diritti di libertà, evitando così gli eccessi lamentati. Appare chiaro che un siffatto sindacato diventa possibile soltanto in quanto il giudice decida di prendere in considerazione le specifiche e concrete circostanze che caratterizzano quella singola fattispecie, ossia compia un apprezzamento dei fatti prossimo, se non identico, a quello compiuto dalla competente autorità amministrativa. E, d'altra parte, l'irrompere, sotto la spinta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del principio di proporzionalità nell'ordinamento francese, ha indotto la giurisprudenza, a partire dagli anni '80 del Novecento, ad aumentare, in particolari materie, l'intensità del suo controllo con l'obiettivo di limitare la discrezionalità di certe «pratiche» amministrative. In proposito è stato chiaramente osservato che era arrivato il momento *«de faire évoluer cette jurisprudence et de mettre le contrôle juridictionnel sur les mesures d'interdiction des publications étrangères en accord avec le contrôle renforcé qu'implique nécessairement l'exigence de proportionnalité posée par la Convention européenne à l'égard des mesures restrictives de la liberté d'expression»* (C.E., Sect., 9 juillet 1997, Association Ekin, concl. Martine Denis-Linton).

Più di recente – ispirandosi alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE – il controllo sulla idoneità, necessità e proporzionalità ha riguardato anche altri provvedimenti amministrativi in materia di passaporti biometrici (C.E., 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image) e di controllo delle concentrazioni economiche (C.E., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres).

Entrambe queste tecniche di controllo – quella sui costi/benefici e quella sulla proporzionalità del provvedimento – in virtù delle quali il giudice amministrativo esamina molto da vicino il procedimento decisionale dell'autorità amministrativa, in un ambito prossimo o talora coincidente con la valutazione di opportunità riservata all'amministrazione, sebbene siano state utilizzate con estrema prudenza, hanno nondimeno assunto un ruolo «pedagogico»: l'amministrazione non solo è costretta a interiorizzare i precetti giurisdizionali nell'ambito delle proprie decisioni «esorbitanti», ma è altresì indotta a valutare con specifica attenzione quei profili (di opportunità) della decisione che potendo essere oggetto del successivo controllo del giudice potrebbero determinare l'annullamento del provvedimento stesso.

Tutto questo contribuisce, per altro aspetto, a delimitare e ridurre la stessa unilateralità della decisione.

9. La prima osservazione non può che essere riferita al ruolo del *Conseil d'État*. Il quadro appena tratteggiato evidenzia un tratto peculiare del *recours pour excès de pouvoir*: il *Conseil d'État* ha utilizzato, in totale autonomia, il *recours* per sviluppare tecniche di controllo che gli hanno consentito un progressivo spostamento dei confini del suo sindacato. Attraverso la propria giurisprudenza, il *Conseil d'État* ha costruito e successivamente modellato il *recours pour excès de pouvoir*. Uno spostamento che ha determinato un sempre più ampio controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale: questo almeno in teoria perché nella pratica attuazione delle tecniche, poi, il *Conseil d'État* è molto attento alle specificità delle singole materie per cui in relazione al loro contenuto quello stesso controllo può variare in maniera molto significativa. Come è stato osservato, il *Conseil d'État* ha svolto un essenziale e significativo ruolo «*dans l'édification d'un droit républicain, respectueux des prérogatives dont la puissance publique est investie dans l'intérêt général et soucieux d'une juste protection des droits des citoyens*»⁶.

La seconda osservazione riguarda l'ambito del controllo: l'opera del *Conseil d'État* ha superato il piano del mero controllo degli elementi del provvedimento. L'evoluzione del *recours pour excès de pouvoir* ha consentito al giudice amministrativo un controllo che è progressivamente andato al di là della verifica dell'osservanza dei presupposti normativi nell'esercizio del potere discrezionale. Di più: ha garantito l'incursione del sindacato del *Conseil d'État* su profili della decisione dell'autorità amministrativa che potremmo nominare come appartenenti propriamente al campo del merito, dell'opportunità. Sicuramente su profili che soltanto con molta difficoltà potremmo ricondurre alla mera verifica di conformità al parametro normativo.

Anche se, quando il *Conseil* ha affermato la possibilità di un controllo pieno sulla qualificazione giuridica dei fatti, si è preoccupato, sul piano sistematico, innanzitutto di "coprire" questa operazione, riconducendo al campo della legittimità alcuni elementi che in precedenza cadevano in quello della mera opportunità. In questo contesto, il *Conseil d'État* finisce per divenire lo stesso regista del principio di legalità, potendo disporre della possibilità di tracciare (e modificare) la linea di confine tra legittimità ed opportunità. Un regista tuttavia accorto, dotato di un peculiare *self-restraint* in grado di modulare il proprio controllo in relazione alla specificità della singola materia. E lo autolimita anche davanti a testi normativi che definiscono i

⁶ B. STIRN, *Permanences et évolutions du juge administratif*, in C.F.P.A., 1999, n. 183, p. 3.

presupposti normativi e che potrebbero dunque essere oggetto di quel controllo di qualificazione giuridica dei fatti che si è visto.

La terza osservazione riguarda l'oggetto del controllo: dal mero controllo degli elementi della decisione, il *recours pour excès de pouvoir* ha consentito e garantito – potremmo dire – il controllo sull'esercizio del potere, attraverso una indagine che dalla verifica dei meri atti istruttori della decisione ha successivamente preso in considerazione le presunzioni, i fatti e le circostanze esteriori rispetto al provvedimento. Un controllo che, muovendo dalla verifica dello sviamento del fine, ha finito per assumere quali propri parametri la violazione sia di quei principi generali di comportamento amministrativo, che di quei criteri generali (e flessibili) che assistono la decisione, definiti, oltretutto dalla legge, dallo stesso giudice amministrativo. Un sindacato che il *Conseil d'État* esercita, peraltro, in misura diversa in relazione alle singole materie: la sua è, fondamentalmente, una scelta pragmatica in cui finiscono per pesare anche considerazioni politiche (come la necessità di evitare conflitti con l'amministrazione in aree particolarmente sensibili).

Il controllo dell'attività amministrativa svolta in sede di *recours pour excès de pouvoir* continua, sicuramente, ancora oggi ad essere conformato su una logica sostanzialmente cassatoria, secondo cui il giudice è una sorta di censore puramente negativo del provvedimento illegittimo. Ma alla luce dell'esame svolto e tenuto conto dei mutamenti che hanno investito le diverse fasi del processo in quanto tale, sembra di poter affermare che il giudizio sulla legalità oggettiva in sede di *recours* appare oggi ben altra cosa rispetto ad una semplice censura puramente negativa dell'atto controllato. Oggi quel giudizio e prima ancora il giudice amministrativo francese sembra, piuttosto, caratterizzato dalla valorizzazione della sua dimensione costruttiva. Questa dimensione positiva del controllo in sede di *recours pour excès de pouvoir* non mette in discussione la sua funzione classica che resta quella preordinata ad assoggettare l'amministrazione alla legge collocando i suoi poteri all'interno della cornice normativa. Tuttavia, per un verso, le tecniche di sindacato e, per l'altro, le novità che hanno investito l'assetto del processo (annullamento parziale del provvedimento impugnato, la sostituzione dei motivi e della base legale dell'atto – istituto assai prossimo alla integrazione della motivazione del provvedimento in corso di giudizio –, l'effetto conformativo della sentenza per la successiva attività amministrativa – il c.d. *recours à une motivation directive et pédagogique pour guider l'administration* –, il *retrait de venin* – ossia una sorta di «sentenza interpretativa di rigetto» –, il potere di ingiunzione, la modulazione degli effetti temporali dell'annullamento...) consentono di affermare che la distinzione tradizionale «accoglimento vs. rigetto del ricorso», entro la quale è stato classicamente ricondotto il *recours pour excès de pouvoir*, non corrisponde più ai suoi reali contenuti.

L'insieme dei mutamenti del *recours pour excès de pouvoir* hanno attribuito al giudice amministrativo un ruolo costruttivo e non più meramente demolitorio. In altri termini, parrebbe di potere affermare che il controllo, ancorché incardinato sul processo di impugnazione dell'atto, non è più rivolto unicamente a verificare i vizi dell'atto, ignorando, viceversa, le violazioni commesse nell'esercizio del potere: il controllo di legalità – in sede di *recours pour excès de pouvoir* attraverso l'impugnazione dell'atto – finisce allora per sindacare (e censurare) l'attività che precede e accompagna la formazione dell'atto ossia l'esercizio del potere discrezionale (la funzione amministrativa). Qui sta tutta la forza creativa del *Conseil d'État*, l'originalità e la vitalità del *recours pour excès de pouvoir* quale strumento della giurisdizione oggettiva: dai confini ristretti del *detournement*, il controllo giudiziale dell'eccesso di potere si espande in parallelo alla presa che i principi generali dell'azione amministrativa – posti dallo stesso giudice al di là della stessa norma – esercitano sull'esercizio del potere. La violazione delle regole e degli standard sull'esercizio dell'attività non viene in rilievo soltanto in via derivata – come nel caso italiano, i sintomi dell'eccesso di potere – ma, bensì, in via diretta (è il caso del controllo sull'*erreur manifeste*, sulla *qualification juridique des faits* o di quello relativo al *bilan cout-avantage*).

La progressiva estensione del campo di applicazione del sindacato giurisdizionale sul potere discrezionale parrebbe così mettere in discussione la premessa stessa di quel sindacato: ossia il fatto di restare comunque un controllo oggettivo della legittimità del provvedimento. Ma questo aspetto fa parte di una sorta di contraddizione genetica che caratterizza da sempre il *recours*, le sue tecniche di sindacato e il suo processo. Il venir meno di quella premessa era indicato, almeno in parte, già da M. Hauriou quando osservava che le regole di condotta dell'amministrazione e di esercizio del potere pubblico si estendono oltre quelle regole giuridiche che sono imposte dall'esterno all'amministrazione nel momento della definizione e attribuzione dello stesso potere discrezionale. E il sindacato in sede di *recours pour excès de pouvoir* avrebbe dovuto ricomprendere anche il controllo di quelle ulteriori regole di condotta.

E non si può fare a meno, in queste brevi note, di mettere altresì l'accento sulla stessa funzione pretoria della giurisprudenza amministrativa che richiama un duplice aspetto. Il primo è la profonda, oserei dire sistematica storicità e problematicità del diritto amministrativo, per lo più dominato dalla incertezza e dalla instabilità, come già sottolineava Mario Nigro all'inizio degli anni '70. Il secondo riguarda invece il ruolo del giudice, il quale non si limita soltanto ad elaborare le forme per l'applicazione degli istituti, ma crea «il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi» (M. S. Giannini).

Questo processo evolutivo finisce per includere il sindacato in sede di *recours* in una dimensione che parrebbe assimilabile a quella tipica del controllo dell'amministrazione da parte di un organo posto in posizione di superiorità: più che un'affermazione però questa resta un punto di domanda. In che misura questa vicenda storica è effettivamente rappresentabile in questi termini? Qui il discorso sarebbe molto lungo: dovrebbe ripercorrere tutto l'ampio spettro di posizioni che si sono confrontate nel dibattito francese su questo tema, un dibattito che attraversa tutto il secolo breve e si riproduce oggi. Certo, guardando ai mutamenti che caratterizzano la storia del *recours pour excès de pouvoir* e delle tecniche di controllo che lo hanno connotato e lo connotano, tornano alla mente alcune considerazioni di un Maestro «che ha percorso passo a passo la bassa uniforme pianura» del diritto: «è evidente – osservava – che un controllo impostato su questa traccia può essere solo fatto da un'autorità che virtualmente surroga se stessa nell'ufficio dell'organo amministrativo, per ristabilire con giudizio indipendente, imparziale, superiore, le ragioni di fatto e i criteri di opportunità e di convenienza da cui doveva essere consigliato, ovvero sconsigliato, l'esercizio del potere discrezionale; e per quanto concluda ad una pronuncia di annullamento, il giudizio è una revisione dell'atto amministrativo nel suo intrinseco». E proseguiva: tutto questo «per la somma delicatezza della funzione e la difficoltà medesima di mantenerla sempre in un'atmosfera superiore alle passioni e alle tendenze politiche [potrà] costituire una delle più alte e preziose guarentigie per i cittadini [...] solo a condizione che gli organi cui è attribuito sappiano esercitarlo degnamente. Può ridursi a promessa illusoria di tutela, o peggio ancora a sostegno e presidio di deprecabili arbitrii, se manchi questa condizione»⁷. Non è questa la sede per interrogarsi sul se questo sia esattamente accaduto e se ci siano state deviazioni: ci si può limitare ad osservare che per molti aspetti, quelle considerazioni contribuiscono ancor oggi a chiarire il senso più vero del *recours pour excès de pouvoir*.

E le trasformazioni del titolo? Quelle si riferiscono ad un nuovo capitolo: quello, rinverdito dalle riforme legislative del 1995, sull'avvenire della distinzione tra il *contentieux de l'excès de pouvoir* e quello *de pleine juridiction*, una questione non meno anziana della stessa distinzione tra *contentieux*. Ma questa è certamente un'altra storia.

⁷ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, IV ed., Milano 1910.

MARIO MIDIRI

Privacy e Antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant

SOMMARIO: 1. Un nuovo mondo – 2. Catturati nell’ecosistema digitale – 3. *Antitrust* e protezione dei dati nello spazio giuridico europeo – 4. *Facebook* dinanzi all’*antitrust* tedesco – 5. Lo sfruttamento dei dati personali come *asset* economico: TAR Lazio, sentt. 10 gennaio 2020, n. 260, e 10 gennaio 2020, n. 261 – 6. Quando i fatti cambiano – 7. Il ruolo delle istituzioni politiche

1. Un mondo nuovo si sta affermando sotto la spinta dell’innovazione, e crea valore economico in forme diverse dal passato¹. Perde centralità il titolo proprietario: quello che conta è la capacità di fornire ed utilizzare beni e servizi. Il più importante servizio di trasporto urbano non di linea è gestito da *Uber*, che non possiede alcun veicolo. *AirBnb* è un albergatore onnipresente, ma non ha immobili di proprietà². I più completi rivenditori al dettaglio non hanno scorte in magazzino (*Amazon*, *Alibaba*). La *media company* maggiormente valutata (*Facebook*) crea qualche contenuto, ma non più di tanto; e ci sono più di 2,2 milioni di *app* in *Apple’s store*, pochissime delle quali sviluppate dalla società.

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Modena-Reggio Emilia

¹ Sulla «frattura tra il mondo di ieri e quello di oggi», F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell’epoca della comunicazione elettronica*, in ID., *I diritti nella “rete” della rete*, Torino 2011, p. 7 ss. Analog., D. ROUSSEAU, *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel*, in *Nouveaux Cahiers Conseil constitutionnel*, 2017, vol. 4, n. 57, p. 9: «Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au XIX^e siècle et relookée au XX^e». Sulla posizione di potere insita nel possesso, da parte del soggetto privato proprietario della piattaforma, dei dati acquisiti che — assieme agli algoritmi usati — divengono una sorta di «metaservizio», E. MOROZOV, *Silicon Valley: i signori del silicio*, Torino 2016; S. GALLOWAY, *The Four: the hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook and Google*, London 2017. Per una visione d’insieme ottimistica, pur riconoscendo l’esistenza di effetti negativi sul piano sociale, E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Milano 2015; degli stessi AA., *The Great Decoupling*, in *Harvard Business Rev.*, 2015, p. 66-74 e, sul passaggio da assetti di potere basati sulla centralizzazione e sulla gerarchia a strutture decentralizzate e partecipative, *Machine, Platform, Crowd: Harnessing our Digital Future*, New York 2017.

² «What has previously been the realm of personal property is shifting to the realm of access»: O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota L. Rev.*, 2016, e in *San Diego Legal Studies Paper*, n. 16, p. 212.

I giganti del *tech* sono conglomerati, hanno un *core business* (*Apple* nell'*hardware*, *Amazon* nella vendita al dettaglio *on line*, *Google* nei motori di ricerca) e un portafoglio diversificato di attività. Operano trasversalmente, in una logica diversa dalla sostituibilità di prodotto. A colpi di «effetti di rete», il paradigma è quello del vincitore che prende tutto³.

Le piattaforme cambiano il contenuto e le opportunità dell'informazione pubblicitaria. Prima si andava alla cieca, sprecando «metà del denaro speso in pubblicità»⁴. Oggi i *behavioral data* riducono e tendenzialmente annullano questo «spreco». Le imprese focalizzano la comunicazione pubblicitaria secondo gli interessi dei potenziali clienti, quali emergono dalla frequentazione dei *social* e dalla consultazione dei siti *web*: questi dati hanno valore economico e le piattaforme li mettono in vendita sul mercato pubblicitario⁵.

³ C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 195, p. 199: lo Ssnip test, non riesce a catturare questa dimensione. Sull'insufficienza dello Ssnip test – basato sulla sostituibilità sul versante della domanda – quando la concorrenza non avviene sulla base dei prezzi, ma della qualità, v. OECD, *Roundtable on the role and measurement of quality in competition analysis*, 04 giugno 2013, in A. PISARKIEWICZ, J. WEST (a cura di), *academia.edu/6407640*, e ivi richiamato R. HARTMAN, D. TEECE, W. MITCHELL, T. JORDE, *Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change, Industrial and Corporate Change*, 1993, n. 2, p. 317. (Il test *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price* è utilizzato per definire il mercato rilevante). Si veda pure N. PETTIT, *Technology Giants, the Monigopoly Hypothesis and Holistic Competition*, in *www.ssrn.com*, 2016; ID., *American Tech Giants are fiercely competitive Monopolies*, in *esb-binary-external-prod.imgix.net*, 2018, per l'ipotesi della «*monigopoly*»: i giganti del *tech* sarebbero allo stesso tempo monopolisti e oligopolisti. Sulle forme competitive tra queste imprese che, pur se offrono diversi servizi, tendono ad invadere le «isole» altrui, H. VARIAN, M. DOLMANS, G. BAIRD, *Digital challenges for competition policy*, in *ec.europa.eu/digitisation2018/contributions*, 2018.

⁴ «Il guaio è che non so quale metà sia», secondo il detto di John Wanamaker (1838–1922): «*Half the money I spend on advertising is wasted; the trouble is I don't know which half*». La battuta è ricordata da M. K. OHLHAUSEN, A. P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in *Antitrust L. J.*, 2015, vol. 80, n. 1, p. 121. Sulla superiorità (quanto a risultati ed efficienza) della *web advertising* sui media tradizionali, J. HOWARD BEALES, T. J. MURIS, *Choice or Consequences: Protecting Privacy in Commercial Information*, in 75 *Univ. Chicago L. Rev.*, 2008, n. 1, p. 111 ss.; A. P. GRUNES, *Another Look at Privacy*, 20 *George Mason L. Rev.*, 2013, p. 1107, p. 1110.

⁵ Le entrate degli annunci pubblicitari su *YouTube* sono state pari a 15,1 miliardi di dollari per l'intero anno 2019, con una crescita del 36 per cento rispetto al 2018. Sulla crescita della *programmatic advertising*, v. *The adtech trends rounding out 2019: programmatic growth, measurement standards, privacy implications*, in *marketingland.com* e il par. 3.1. del Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sui *Big Data*, di Agcm, Agcom e Garante per la protezione dei dati personali, 10 febbraio 2020, in *agcom.it*.

Non vi è la sola pubblicità dà una *chance* a chi non ha un ruolo nelle reti fisiche (o l'ha perso). Il disoccupato e l'immigrato che «entrano» nella rete di Uber sono riconosciuti come autisti nel mondo fisico. La rete digitale attribuisce una funzione sociale. Da questo processo trae valore economico⁶.

Questi sviluppi mettono in difficoltà le tradizionali forme della regolazione giuridica, dell'azione *antitrust*⁷ e della protezione dei dati personali.

Il potere di mercato penetra nella sfera personale senza visibili forzature, anzi con il consenso degli utenti⁸. I rendimenti di scala, le esternalità di rete, la pluralità dei servizi offerti consentono la formazione di avvolgenti «ecosistemi digitali». La piattaforma è attiva in differenti mercati (di prodotto o servizio), connessi attraverso la raccolta intensiva dei dati degli utenti⁹. Per l'impresa che gestisce la piattaforma, l'accesso ai dati – in vista della profilazione ad uso commerciale e per finalità di marketing – vale quale controprestazione non monetaria per l'offerta del servizio, in apparenza gratuito¹⁰.

⁶ G. RIVA, *I social network*, Bologna 2016; ID., *Interrealtà: reti fisiche e digitali e post-verità*, in *Mulino*, 2017, n. 2, p. 210.

⁷ Su questa analisi convergono i rapporti redatti per il governo britannico, per la Commissione europea e per il governo tedesco, rispettivamente da J. FURMAN e al., *Unlocking Digital Competition*, London 2019, da J. CRÉMER, Y. A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Luxembourg 2019, e da H. SCHWEITZER, J. HAUCAP, W. KERBER, R. WELKERET, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen* (e la sintesi *Modernising the Law on Abuse of Market Power*), in *bmvj.de*, 2018. Cfr. anche il *Draft Report* dello Stigler Center della Università di Chicago, Booth School of Business, 15 maggio 2019, in *research.chicagobooth.edu*.

⁸ La questione della validità del consenso in assenza di una trasparente e completa informazione sarà ripresa più avanti, ai par. 4 e 5.

⁹ Rendimenti di scala, esternalità di rete, ruolo dei dati nella *digital economy* possono dare all'*incumbent* un cospicuo vantaggio competitivo: *Competition Policy for the digital era*, cit., p. 7 ss. Analog., il rapporto Furman, *Unlocking Digital Competition*, cit., p. 23 ss.: «A distinctive feature of these digital platform companies is the *reach and scale of the services they offer*. Globally, Facebook has over 2.3 billion monthly active users [...] Having companies operating *at such scale and across multiple digital markets* delivers substantial benefits for consumers and the UK economy. At the same time, *this scale, combined with a unique set of market features*, also presents challenges for competition and traditional competition policy» (corsivo ns.). L'esternalità di rete consiste in ciò: più aumenta il numero degli utenti, più si accresce per questi ultimi il valore della piattaforma.

¹⁰ Appare oggi inadeguato – se non fuorviante – l'argomento del prezzo nullo fruito dal consumatore quale «massima aspirazione del mercato»: A. GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 307 ss. Sull'importanza dei *consumer data* per l'e-commerce e per l'ecosistema Internet, H. A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in *Univ. Pennsylvania Law. Rev.*, 2013, p. 1663, p.

Accumulare dati diviene un modello di business. Secondo una formula che ha avuto fortuna, «tu non sei il cliente, sei il prodotto»¹¹.

2. Questo modello – il cui successo è attestato dagli alti margini di profitto¹² – pone rilevanti questioni ordinamentali. Sono sotto stress i sottosistemi normativi che mirano a proteggere il consumatore, i dati personali e la concorrenza: tre settori distinti, ma uniti da «legami di famiglia». Questi legami sono i principi del diritto europeo e delle costituzioni nazionali¹³.

1677. Sulle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che costituiscono un «asset» suscettibile di sfruttamento economico, idoneo ad assurgere ad una funzione di «controprestazione», v., nella nostra giurisprudenza recente, TAR Lazio, sent. 10 gennaio 2020, n. 261, sulla decisione di Agcm n. 27432 del 29 novembre 2018 (ed *ivi* l'assunto che il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di *Facebook* ha un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo, anche in assenza di corrispettivo monetario). V. altresì la decisione del Bundeskartellamt 6 febbraio 2019, B6-22/16, *Facebook* (in *bundeskartellamt.de*), *infra*, ai par. 4 e 5.

¹¹ Sen. A. FRANKEN, *How Privacy Has Become an Antitrust Issue*, in *American Bar Ass'n Section of Antitrust Law* (Mar. 29, 2012), reperibile al link buffingtonpost.com/al-franken/how-privacy-has-become-an-issue b_1392580.html: «You might not like that Facebook shares your political opinions with Politico, but are you really going to delete all the photos, all the posts, all the connections [...] you've spent years establishing on the world's dominant social network? [...] The more dominant these companies become [...] the less incentive they have to respect your privacy [...] Because accumulating data about you isn't just a strange hobby for these corporations. It's their whole business model. And you are not their client. You are their product». Cfr. pure I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016.

¹² Si consideri il valore di mercato delle principali imprese mondiali. I *tech Giants* occupano 7 delle prime 10 posizioni: *Microsoft* (806 mld €), *Apple* (798 mld €), *Amazon* (779 mld €), *Alphabet-Google* (727 mld €), *Facebook* (424 mld €), *Alibaba* (420 mld €), *Tencent* (390 mld €). I ricavi complessivi delle piattaforme nel mondo raggiungono nel 2019 i 692 miliardi di euro (con una crescita del 35 per cento rispetto al 2017), valore quattro volte superiore a quello realizzato dalle principali imprese di TLC e media tradizionali. Mediamente, i ricavi realizzati da una piattaforma superano i 115 miliardi di euro; quelli conseguiti da un'impresa di TLC e media non raggiungono i 30 miliardi. Anche il valore delle azioni delle piattaforme ha incrementi notevolissimi e pressoché costanti, a fronte di un andamento piatto delle imprese tradizionali: una sintesi in Agcom, *Osservatorio sulle piattaforme online* (12/2019), in *agcom.it*. Colpisce la velocità con cui queste imprese si affermano sul mercato. *Uber* sorge nel 2009; con un fatturato di 5,5 miliardi di dollari, vale oggi 62 miliardi di dollari, quindici volte più di *Hertz*, venti volte più di *Avis*, che noleggia le proprie auto, non quelle di altri; vale più di *General Motors* che ha 200 mila dipendenti e un fatturato da 156 miliardi di dollari; *Uber* ha meno di mille dipendenti, ma si avvale di un milione di autisti, «autonomi» prestatori d'opera. E si pensi a *Airbnb*: vale 25 miliardi di dollari; *Hilton*, che affitta stanze di propri alberghi (e non quelle dei propri utenti) in 80 Paesi, vale poco più di 20 miliardi di dollari.

¹³ F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law*, in *Common Market L. Rev.*, 2017, vol. 54, n. 1, p. 11: l'art. 8 della Carta dei

Sofferamoci sull'abuso della posizione dominante sul mercato. Il fatto che un'impresa detenga una quota consistente di mercato non è, di per sé, motivo d'allarme se ciò è frutto dell'innovazione e se il mercato resta accessibile per i nuovi entranti. Secondo l'opinione fin qui prevalente, nella sfera dell'economia digitale l'innovazione – se pure crea monopoli – li rende, con il suo incedere, «fragili e temporanei»¹⁴. Il ciclo dell'innovazione è breve; *software* e piattaforme sono costantemente esposti a nuovi sviluppi; «gli innovatori godono in genere di un breve periodo di dominanza nel mercato». Questi motivi hanno spinto la Commissione UE a non opporsi, nel 2011, al *merger Microsoft/Skype*¹⁵. I dati empirici dimostrano, però, che il settore digitale sta diventando meno dinamico¹⁶. Regredisce il numero delle *start-up* e le più promettenti, che offrono *fringe products or services*, sono acquisite dalle imprese in posizione dominante, a fini di «trinceramento»: l'acquisizione elimina in anticipo potenziali minacce competitive¹⁷ e può essere il

diritti fondamentali dell'Unione (protezione dei dati di carattere personale) è parametro che vale anche per l'azione della Commissione.

¹⁴ C. SHAPIRO, H. R. VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston 1999, cit. da I. STELZER, *Antitrust policy in an age of rapid innovation*, in *Hudson Institute, Economic Policy Studies/Briefing Paper*, 2011, hudson.org/research/8350-antitrust-policy-in-an-age-of-rapid-innovation: «The information economy is populated by temporary, or fragile, monopolies. Hardware and software firms vie for dominance, knowing that today's leading technology or architecture will, more likely than not, be toppled in short order by an upstart with superior technology». V. anche D. A. BALTO, D. J. COFFMAN, *Using antitrust enforcement prudently in high-tech markets. The Flaws of a potential antitrust case against Google*, in antitrustlaw.com, 2011.

¹⁵ Commissione UE, Case No COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, 2011 (procedura ai sensi dell'art. 6(1)(b), regolamento CE n. 139/2004), par. 83: «The *innovation cycles* in these markets are short. As a result, software and platforms are constantly being redeveloped. Innovators generally enjoy a short lead in the markets» (corsivo ns.). In questa linea di pensiero, con l'esortazione a non abbandonare l'*error cost analysis*, G. A. MANNE, J. D. WRIGHT, *Google and the Limits of Antitrust: the Case against the Case against Google*, in *Harvard J. L. Public Policy*, 2011, vol. 34, p. 171.

¹⁶ V. l'analisi condotta dagli economisti dell'OCSE L. BOONE, C. CRISCUOLO, J. MANCINI, *Competition in the digital age*, in *oecdoscope*, 31 maggio 2019, che segnalano l'aumento dei *mark-up* (il rapporto tra prezzo unitario un bene o servizio e il suo costo marginale) applicati dalle imprese, quale indicatore dell'indebolimento della intensità competitiva.

¹⁷ Il rischio competitivo derivante da un'acquisizione non è dunque limitato – come nelle teorie del danno basate sui *conglomerate effects* – alla preclusione dell'accesso dei concorrenti, ma si estende al rafforzamento della posizione di dominanza della piattaforma (o dell'ecosistema), perché l'acquisizione può: (I) intensificare la lealtà degli utenti che considerano i nuovi servizi come complementari ai servizi già offerti dalla piattaforma/ecosistema; (II) contribuire a trattenere altri utenti per i quali i nuovi servizi potrebbero essere sostituiti parziali di quelli già disponibili: cfr. *Competition Policy for the Digital Era* (Rapporto Crémer), cit., p. 16 ss. Come osserva H. HOVENKAMP, *Antitrust and the Movement of Technology*, 19 *George*

tassello di una strategia per prevenire l'uscita dell'utente dall'ecosistema¹⁸. Vero è che i dati sono continuamente prodotti e che sono replicabili e non consumabili, sicché non vi sarebbero limiti alla *expenditure capacity* degli utenti, i quali sarebbero tutti, sotto questo punto di vista, *carefree billionaires*¹⁹. Ma nei fatti il consumatore è «catturato» nell'ecosistema e difficilmente lo abbandonerà. I giganti del *tech* sono in grado, grazie alla massiccia raccolta dei dati in più mercati, di elaborare predizioni via via più attendibili sulle preferenze dell'utente, in modo da soddisfarne le esigenze con sempre maggiore precisione. Il risparmio di tempo che tutto ciò assicura, spinge il singolo ad accettare le condizioni del servizio (e la raccolta dei dati generati

Mason L. Rev., 2012, p. 1119, in un mercato ad alto tasso di innovazione tecnologica, un'impresa dominante anticipa le mosse o procurandosi per sé stessa la tecnologia avanzata, oppure assicurandosi che nessun altro la ottenga. Mentre il primo non è un problema *antitrust*, il secondo può esserlo: *ivi* richiami al dibattito Schumpeter-Arrow, su cui v. K. J. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in R. NELSON (ed.), *The Rate and Direction of Economic Activities: Economic and Social Factors*, Princeton 1962, p. 609; R. GILBERT, *Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?* in A. B. JAFFE, J. LERNER, S. STERN (eds.), *Innovation Policy and the Economy*, Cambridge 2006, p. 159; J. B. BAKER, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, in *Antitrust L. J.*, 2007, vol. 74, p. 575.

¹⁸ Di ciò bisognerebbe tener conto espletando il *merger control*. Occorre verificare se sussistano effettive giustificazioni di efficienza dinamica: l'acquisizione delle *start-up* può essere uno strumento per l'*incumbent* per innovare più velocemente, e dunque avere una sua meritevolezza, ma anche rivelarsi mero strumento di *pre-emption*. Per questo occorre uno scrutinio stretto, caso per caso (cfr. *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 11). Da ricordare che negli USA la *Federal Trade Commission* sta esaminando le acquisizioni di piccoli potenziali concorrenti, fatte da *Amazon*, *Facebook*, *Apple*, *Microsoft*, and *Alphabet/Google* dal 2010 in poi, non segnalate alle autorità *antitrust*, per verificare eventuali effetti anticoncorrenziali. La FTC sta conducendo l'indagine utilizzando il potere d'indagine conoscitiva ai sensi della Sezione 6 (b) del FTC Act, che consente alla Commissione di cercare informazioni su organizzazione, affari, condotta, pratiche, management e relazioni con altre società o soggetti individuali, indipendentemente da una investigazione specifica di *law enforcement*.

¹⁹ Cfr. su questo V. ZENO ZENCOVICH, *Do "data markets" exist?* in *Media Laws*, 2019, n. 2, p. 1, p. 8 ss., ed *ivi* citata la decisione *LiveUniverse v. MySpace*, USDC C.D. California, 4 June 2007, Case No. CV 06-6994 (RZx): pur riconoscendo che la quota di mercato può essere misurata con figure diverse dalle vendite o ricavi e che un parametro per misurare il potere di mercato può essere l'«*advertising revenue generated from the number of visitors to the personal profiles and networks of friends generated with and contained within the social networking web platform*», la corte californiana rigetta l'*antitrust claim* di *LiveUniverse* non rinvenendo prova di danno ai consumatori: «*The content they created is still available, and readily accessible. Internet aficionados easily move from one website to another in seconds*». L'A. ricorda che *Facebook* ha soppiantato *MySpace*.

nella fruizione del servizio) nonostante le preoccupazioni per lo sfruttamento dei dati personali. È il «*privacy paradox*»²⁰. Più l'ecosistema diventa esteso ed efficiente, sempre meno il consumatore ha motivi per cercare alternative. Restare nell'ecosistema è – o almeno *appare* – conveniente.

Questa «cattura» può consentire pratiche restrittive della concorrenza e costituire dunque un serio problema *antitrust*, come è rivelato dalle sanzioni inflitte a Google dalla Commissione UE – casi *Google search (Shopping)* 2017, *Google Android* 2018 e *Google Search (AdSense)* 2019 – e dalle indagini aperte negli USA²¹.

²⁰ I. COFONE, *The Value of Privacy: Keep the Money Where the Mouth Is*, in RILE Working Paper Series No 2014/15, econinfosec.org; A. MARTEWS, C. TUCKER, *Privacy Policy and Competition*, in *The Brookings Economic Studies* (Dec. 2019), brookings.edu. La scarsa reattività del consumatore dinanzi a cambiamenti (peggiore) della *privacy policy* può dipendere da un'informazione parziale, non immediata o poco trasparente sulle condizioni di servizio: cfr. A. ACQUISTI, C. R. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy* (March 8, 2016), in *J. Econ. literature*, 2016, vol. 52, n. 2, ssrn.com. Sul «capitalismo della sorveglianza», S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London 2019, trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma 2019. Sui vantaggi che il consumatore trae rimanendo nell'ecosistema, N. CARR, *Thieves of Experience: how Google and Facebook corrupted Capitalism*, in *LA Rev. Books*, January 15, 2019. Sugli effetti positivi per i consumatori (nella scelta dei prodotti e nella fruizione di servizi *on line* senza costo monetario, grazie alle economie di scopo nella *data aggregation*), N. DUCH-BROWN, B. MARTENS, F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, in *JRC Digital Economy Working Paper* 2017-01, in ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports. Cfr. pure T. PHILIPPON, *The Great Reversal How America Gave Up on Free Markets*, Harvard 2019.

²¹ V. i casi trattati dalla Commissione UE. Nel 2017, AT.39740, *Google search (Shopping)*, 27 giugno 2017, la Commissione ha sanzionato Google per 2,4 miliardi di euro, per abuso della sua posizione dominante, in quanto motore di ricerca, avendo Google privilegiato scorrettamente la visibilità del proprio servizio di acquisti comparativi tra i risultati della ricerca. In *Google Android*, AT.40099, la Commissione ha comminato, il 18 luglio 2018, una sanzione di 4,34 miliardi di euro, per restrizioni a danno dei produttori di dispositivi mobili e degli operatori di rete finalizzate a consolidare la posizione dominante nelle ricerche generiche su Internet. (Giovano alcuni dettagli. Il motore di ricerca di Google ha ricavi pubblicitari annui superiori a 95 miliardi di dollari, grazie all'utilizzo dei dispositivi mobili intelligenti che nell'80 per cento dei casi – 2,2 miliardi di dispositivi – usano il sistema operativo mobile Android. Google ha imposto ai produttori di preinstallare le applicazioni di ricerca e di navigazione di Google sui dispositivi che usano Android; ha inoltre ostacolato lo sviluppo di sistemi operativi concorrenti per i dispositivi mobili che avrebbero potuto costituire una piattaforma alternativa in grado di stimolare la crescita del traffico di dati nei motori di ricerca concorrenti). Ancora, nel caso *Google Search (AdSense)*, la Commissione ha indagato sulle restrizioni imposte da Google alla possibilità di siti Internet terzi di visualizzare gli annunci d'intermediazione pubblicitaria dei concorrenti di Google (Google AdSense è il servizio di *banner* pubblicitari offerto da Google) ed ha sanzionato Google, con la decisione 20 marzo 2019, AT.40411, per l'importo di 1,49 miliardi di euro. V. Commissione UE, relazioni sulla politica di concorrenza nel 2017 [18 giugno 2018, COM (2018)482 final], e nel 2018 [15 luglio 2019, COM (2019)

Può essere compromessa anche la libertà del consenso al trattamento dei dati. Sulle scelte individuali pesano fattori comportamentali (reiterazione abitudinaria, spinte pulsionali), ma anche un'informazione parziale, oscura o non immediata, che è ipotesi più insidiosa dell'omessa informazione, se è vero quanto risulta da analisi empiriche, e cioè che ognuno di noi si sente più rassicurato – e dunque non ha forti reazioni di allarme – quando riceve un'informazione, seppur incompleta, mentre sorgono diffidenza e spinta a vigilare in caso di totale assenza²².

Dinanzi ai limiti cognitivi del consumatore al momento di aderire alle condizioni di servizio delle piattaforme, l'architettura del *General data Protection Regulation* appare in difficoltà, nonostante il principio di minimizzazione dei dati (art. 5, comma 1, lett. c) e la norma di garanzia sulla libertà del consenso, pregiudicata nel caso in cui l'esecuzione del contratto sia condizionata al consenso al trattamento di dati, non necessario all'esecuzione di tale contratto: art. 7, comma 4²³.

Da qui la proposta di una regolazione dell'economia digitale, per esigenze non dissimili da quelle che sostengono la regolazione dei settori bancario, finanziario e della sicurezza alimentare²⁴, ma in questo ambito con problemi maggiori, sia per i limiti di efficacia spaziale dei poteri di regolazione degli Stati²⁵, sia per il rischio che una regolazione calibrata sul modello

339 final], in *ec.europa.eu*. Sul *bias* dei motori di ricerca a favore dei propri prodotti, ha aperto una procedura conoscitiva il *Senate Judiciary antitrust subcommittee*, e vi è una richiesta *bipartisan* al *Justice Department* per investigare sulle operazioni del motore di ricerca. *Yelp* accusa *Google* di favorire nei risultati di ricerca i propri prodotti a danno dei consumatori; secondo la *written testimony* di L. Lowe, *senior vice president of public policy* di *Yelp*, «*You can't look at Standard Oil without looking at oil; you cannot investigate Google without looking at search*»: *globalcompetitionreview.com*, 11.03.2020.

²² A. ACQUISTI, C. R. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, cit. Sui fattori di condizionamento comportamentale, cfr., in generale, G. A. AKERLOF, R. J. SHILLER, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton 2016 e, ancor prima, D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011, trad. it., *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2012.

²³ Su tale norma del GDPR ha fatto leva, come vedremo fra poco, l'autorità *antitrust* tedesca nel contestare a *Facebook* una degradazione qualitativa della concorrenza operata in forza della sua posizione dominante.

²⁴ Così il premio Nobel in economia per il 2014 J. TIROLE, *Competition policy in the digital age*, in un convegno a Bruxelles del 17 gennaio 2019 *Shaping competition policy in the era of digitisation (web streaming* reperibile al link seguente: *ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/conference*).

²⁵ Osserva il rapporto Furman, *Unlocking competition policy*, cit., p. 7 che «molte *policies* digitali dovrebbero essere idealmente coordinate e applicate a livello globale, ma in pratica questo spesso non è fattibile. Se la *policy* non può essere pienamente coordinata, gli Stati possono almeno imparare l'uno dall'altro per capire come preservare ed espandere al meglio

delle *public utilities* causi un drammatico calo di efficienza, che l'*antitrust* invece evita²⁶. La replica è che l'*antitrust* da solo non ce la fa a fronteggiare la tendenza alla concentrazione dei mercati digitali. Si vede con favore una regolazione agile, partecipativa²⁷, aperta alla cooperazione tra piattaforme e poteri pubblici²⁸. Le piattaforme potrebbero rendere disponibili ai poteri pubblici dati aggregati a fini di sicurezza, di tutela della salute e dell'ambiente, della gestione del traffico urbano e anche per la «*sentiment analysis*». Aggregazione di dati utile, quindi, per un'azione pubblica più efficace e non conflittuale con la protezione dei dati personali: i dati aggregati, ed anche l'uso di dati personali, se efficacemente anonimizzati, cadono al di fuori delle regole sulla protezione dei dati²⁹. Una diversa impostazione, o preclusioni basate su una qualificazione «proprietaria del diritto individuale ai

gli enormi benefici che le economie di tutto il mondo hanno tratto dal settore digitale e trarre vantaggio dal grande potenziale aggiuntivo che esso ha ancora. Il dialogo globale, la condivisione di idee e il coordinamento sull'applicazione delle concentrazioni e altre azioni di *policy* sarebbero di aiuto».

²⁶ J. B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Cambridge 2019; v. anche la nota che segue.

²⁷ Per questa prospettiva, v. il rapporto Furman, *Unlocking Digital Competition*, cit., p. 83: «many digital markets if left to themselves will lose the competitive tension that drives improvement, innovation and consumer benefit. Engaged, agile and participative pro-competition regulation is the better approach». Per il rapporto Crémer e altri, *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 4 ss., la domanda se per affrontare le sfide della digitalizzazione dell'economia si trovi nella posizione migliore la *competition law* o la regolazione, non trova una risposta generale: occorre un approfondimento analitico in base alle specifiche istanze in gioco; il diritto della concorrenza è progettato per reagire a mercati in continua evoluzione. *Competition enforcement* e regolazione il più delle volte si completano e si rafforzano a vicenda; in particolare, l'art. 102 TFUE svolge un'utile funzione di «background regimes».

²⁸ Il nuovo CEO di Uber Khosrowshahi, chiudendo la stagione degli scontri con le autorità locali statunitensi (e in part. con il sindaco di New York De Blasio), ha dato accesso ai dati aggregati delle corse effettuate per consentire la verifica dei flussi di traffico in vista delle politiche di competenza: cfr. M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 1017. Analogamente, Facebook ha annunciato un regime di accesso per *public interest research*, in collaborazione con il *Social Science Research Council*. Passi positivi, come sottolinea il rapporto Furman, *Unlocking Digital Competition*, cit., p. 75; cfr. pure il parere, reso dal Garante europeo per la protezione dati, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 6 gennaio 2020, in *edps.europa.eu* (ed *ivi* sottolineato il labile confine fra ricerca scientifica accademica e ricerca privata, con interessi che sempre più intersecano l'interesse pubblico con gli scopi commerciali di sponsor o partner privati).

²⁹ V. il *considerando* 26 del GDPR. Sulla distinzione dei dati in base alle modalità d'uso (uso non anonimo o anonimo dei dati a livello individuale, dati aggregati e dati contestuali), *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 31 ss. Con riferimento ai dati personali anonimizzati, v. la Comunicazione del Garante europeo per la protezione dei dati R. Wiewiórowski

dati»³⁰, porterebbero ad esiti dannosi: alla «tragedia degli *anticommons*» (tale formula indicando il fallimento dei meccanismi di coordinamento giuridico per l'uso di una risorsa)³¹.

alla Commissione UE, 25 marzo 2020, *Monitoring spread of COVID-19*, in *edps.europa.eu*. L'anonimizzazione, per essere efficace, richiede «molto più della semplice rimozione di identificatori ovvi come numeri di telefono e numeri IMEI». Il Garante richiama gli obblighi di sicurezza delle informazioni ai sensi della decisione 2017/464 della Commissione, così come gli obblighi di riservatezza previsti dallo statuto dei funzionari della Commissione che trattano le informazioni. Se la Commissione si affida a terzi per elaborare le informazioni, tali terzi devono applicare misure di sicurezza equivalenti ed essere vincolati da obblighi di riservatezza e divieti di ulteriore utilizzo. Misure adeguate devono essere adottate per garantire la trasmissione sicura dei dati dai fornitori di telecomunicazioni; i dati ottenuti dagli operatori di telefonia mobile devono essere cancellati una volta conclusa l'emergenza.

³⁰ I. LANDREAU, G. PLIKS, N. BINCTIN, V. PEZ-PÉRARD, *Génération Libre*, «Mes data sont à moi». Pour une patrimonialité des données personnelles, in *generationlibre.eu*, 2018, muovendo dalla qualificazione del diritto alla protezione dei dati come diritto di proprietà con valenza economica. Ma non è questo il legame giuridico tra i *data subjects* e i loro dati, definito dal reg. UE 2016/679 (GDPR): il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è «prerogativa assoluta», ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e del temperamento con altri diritti fondamentali, nel rispetto del principio di proporzionalità (considerando 4 GDPR). J. DREXL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution: Data Protection, Smart Products, Blockchain Technology and Bitcoins Challenges for Law in Practice*, München 2019, p. 19 ss., lo qualifica come diritto individuale di controllo, simile ai diritti di proprietà intellettuale. Certamente esso incide sul funzionamento dei mercati, tanto è vero che alcuni AA. temono che il GDPR possa compromettere le spinte innovative, riducendo la competitività internazionale della *data economy* europea rispetto a quelle degli USA e della Cina; si sostiene, ad es., che l'art. 20(1) GDPR, conferendo un diritto alla portabilità dei dati senza le garanzie previste dall'art. 102 TFUE (che richiede la posizione di dominanza nel mercato) limiterebbe le opportunità delle piccole e medie imprese e delle *start-up*; su queste preoccupazioni v. ancora J. DREXL, *op. loc. cit.* e *ivi* ponderati argomenti sulla loro unilateralità.

³¹ La mancata conciliazione delle diverse pretese su una risorsa frustra il risultato socialmente desiderabile: N. DUCH-BROWN, B. MARTENS, F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, cit. La «tragedia degli *anticommons*» riguarda una serie di fallimenti di coordinamento. In ambito brevettuale, per superare l'effetto di paralisi reciproca sono previsti i *pool* di brevetti e le licenze, fino all'ipotesi dell'*eminent domain*: M. HELLER, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership wrecks Markets, stops Innovation, and costs Lives*, New York 2008; J. BUCHANAN, Y. YOON, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in J. L. Econ., 2000, vol. 43, n. 1, p. 1–13. Problemi simili sorgerebbero con riguardo all'uso dei dati, nell'ipotesi in cui prenda piede l'idea «proprietary» sopra descritta (nt. 30), per far partecipare i cittadini al reddito economico prodotto dallo sfruttamento dei dati. (Gli *anticommons* sono immagine speculare della più nota «tragedia dei beni comuni», in cui l'*overuse* da parte dei numerosi titolari di diritti supera la capacità della risorsa e la esaurisce o la distrugge: G. HARDIN, *Science*, 1968, n. 162, p. 1243; sulla gestione sostenibile delle risorse comuni, è ben noto E. OSTROM, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge-New York, 1990, trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006).

3. In un quadro così problematico, lo spazio giuridico europeo assicura le condizioni per la creazione di precedenti in via orizzontale. «Casi pilota» sono sperimentati negli ordinamenti statali, con il controllo delle corti a garanzia del *rule of law*³². Esaminiamo i meccanismi esistenti.

1) Sul piano strutturale-organizzativo, vi è il collegamento a rete delle autorità nazionali, rafforzato dalla direttiva 2018/1 UE – per le autorità *antitrust*³³ – e dal regolamento UE 2016/679 (GDPR), per i garanti della protezione dei dati³⁴.

2) Sul piano funzionale, è previsto il mutuo riconoscimento degli accertamenti compiuti dalle autorità *antitrust* nazionali, anche in vista dell'efficacia dell'accertamento nel processo civile *follow on*³⁵.

³² Cfr. ancora *Unlocking Digital Competition* (rapporto Furman), cit., p. 13. Sulla formazione in rete del precedente, S. PIVA, *Il valore del precedente antitrust nella dialettica tra giudici e «rete» delle autorità*, in *Costituzionalismo*, 2019, n. 1. Sul *rule of law*, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford 2016.

³³ La rete europea delle Autorità della concorrenza (*European Competition Network*) è sede di cooperazione per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE: reg. CE n. 1/2003. Ora, la direttiva UE 2019/1, attraverso il rafforzamento delle garanzie d'indipendenza, mira a consolidare la rete delle autorità nazionali e a favorire il mutuo riconoscimento dei loro accertamenti, che sarebbe compromesso da uno statuto giuridico disomogeneo. Cfr., in gen., S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, p. 21; M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in Astrid; A. LIPPI, *Il policy making europeo come «rete»*, in A. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001, p. 10; sui criteri per l'allocatione del caso, B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, n. 1, e L. AMMANATI, *La governance dell'economia: variazioni sul modello della rete*, ivi, 2018, n. 1.

³⁴ Sulla rete delle Autorità di controllo, incaricate di sorvegliare l'applicazione del GDPR «al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione» e sul ruolo dell'*European Data Protection Board*, v. GDPR, artt. 51 e 68 e ss. Il *Board* ha sostituito il Gruppo dei Garanti europei, istituito dall'art. 29, direttiva 95/46, abrogata. L'art. 51 fissa il principio dell'indipendenza dell'Autorità di controllo, lasciando le scelte organizzative allo Stato membro, che dovrà designare l'autorità di controllo che lo rappresenta nel Comitato. Il GDPR non preclude, quindi, la possibile integrazione – funzionale o strutturale – tra Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità garante delle comunicazioni al fine di creare un'unica autorità di controllo del mondo digitale: A. NICITA, intervento al convegno *Verso un nuovo codice delle comunicazioni elettroniche. Il ruolo di Agcom*, Napoli, 22 gennaio 2019.

³⁵ L'art. 9 della direttiva UE sul *private enforcement* 2014/104, recepita con d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3, conferisce all'accertamento dell'Autorità – all'esito dell'eventuale controllo giurisdizionale – effetto vincolante sul processo civile risarcitorio *follow on*: ciò richiede piena garanzia difensiva per il soggetto, anche alla luce della giurisprudenza CEDU. Dubbi sul carattere vincolante della constatazione di violazione dell'Agcm, perché lesiva della sfera di cognizione riservata al giudice ordinario, in A. D. DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo*

3) Per i garanti della protezione dei dati vale il principio dell'autorità capofila: quindi, per *Facebook* in Europa, il garante irlandese, dovendosi ascrivere la titolarità dei trattamenti a *Facebook Ireland Ltd*³⁶. Per dare applicazione coerente del regolamento in tutta l'Unione, i garanti sono chiamati a cooperare tra loro e, se del caso, con la Commissione. Le questioni di applicazione generale o che producono effetti in più di uno Stato membro possono essere esaminate dal Comitato europeo al fine di ottenere un parere (GDPR, artt. 63, *meccanismo di coerenza*, e 64, *parere del Comitato europeo per la protezione dei dati*). Si deve tenere conto anche del «contesto delle attività», concetto non ancorato a parametri formali, come la sede legale o l'ubicazione dei server, ma all'effettiva attività svolta e ai soggetti verso la quale essa risulta indirizzata³⁷.

impatto sul processo civile, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva consumer rights*, Roma 2017, p. 137 ss. Per G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del g.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 999, all'accertamento dell'Agcm si conferisce una forza che travalica i canoni di efficacia del provvedimento o della decisione amministrativa. Interessante l'indicazione di M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2015, p. 100, sulla possibile assimilazione al modello di operatività del giudicato penale nel processo civile (art. 651 c.p.p.), quale vincolo che si riferisce alle sole pronunce di condanna (nel nostro caso: di accertamento della violazione *antitrust*). Sull'identità oggettiva e soggettiva dell'illecito perché si produca il vincolo del giudice della causa risarcitoria alla constatazione di violazione fatta dall'Autorità, M. NEGRI, *Giurisdizione ed amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, Torino 2012, p. 313 ss.

³⁶ In base all'art. 56 GDPR (*Competenza dell'autorità di controllo capofila*), l'autorità di controllo dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare o responsabile del trattamento è competente ad agire in qualità di autorità di controllo capofila per i trattamenti transfrontalieri effettuati dal titolare o responsabile del trattamento, secondo la procedura di cui all'art. 60 (*cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e le altre autorità di controllo interessate*). Secondo i dati raccolti da *Federprivacy* nel rapporto *Sanzioni privacy in Europa 2019*, 10 gennaio 2020, l'autorità più attiva è quella del Regno Unito, che ha irrogato multe per 312 milioni di euro, pari al 76% del totale. Numerosi i provvedimenti assunti dal Garante italiano (30), seguito da quello spagnolo e rumeno. Neanche una sanzione da parte delle autorità di controllo di Lussemburgo e di Irlanda (che è autorità capofila in Europa per *big tech* come *Facebook* a *Google*). Il meccanismo di *one stop shop* rischia quindi di agevolare in modo distorto società come *Facebook* e *Amazon*; si attende comunque l'esito delle 19 indagini avviate dal Garante irlandese il quale ha emesso nel settembre 2020 – dopo Corte giust. UE, sent. 16 luglio 2020, C-311/18, *Schrems c. Facebook*, sulla invalidità dello scudo UE-USA in tema di *privacy* – una interessante ordinanza preliminare. Ai fini del radicamento della competenza, rileva l'apertura di una succursale o filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari, la cui attività si dirige agli abitanti di uno Stato membro: Corte giust., sent. 13 maggio 2014, c. 131/12, *Google Spain*, § 60. V. nota 37.

³⁷ Garante protezione dati personali, ord. ingiunzione nei confronti di *Facebook Ireland Ltd* e di *Facebook Italy* s.r.l., provv. n. 134 del 14 giugno 2019, in *privacy.it*, e ivi richiamato il parere 8/2010, del 16 dicembre 2010, del Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati.

4) Autorità con diversa *mission* si scambiano dati d'esperienza e orientamenti. Nella decisione del 6 febbraio 2019 su *Facebook*, l'autorità *antitrust* tedesca richiama i contatti avuti con le autorità per la protezione dei dati e afferma di averne ricevuto il sostegno³⁸: un embrione di formazione in rete del precedente, che sembrerebbe smentire la pessimistica osservazione di Posner sull'incomunicabilità delle *authority*³⁹.

5) Ogni autorità trova nella legge nazionale e nella normativa UE un limite di attribuzione: lo sconfinamento è censurabile in sede di controllo di legittimità degli atti. Rileva a tal fine la specificità del danno nei diversi settori normativi: *antitrust*, tutela del consumatore, protezione dei dati personali. Il problema si è affacciato negli USA nel 2007, in occasione del *merger Google/Double Click*. Invocando il diritto alla *privacy* come diritto fondamentale, l'*Electronic Privacy Information Center* (EPIC) aveva chiesto alla *Federal Trade Commission* di considerarlo tra i fattori rilevanti nella valutazione di fusioni e acquisizioni⁴⁰. La Commissione federale ha respinto l'istanza, ritenendosi carente di *legal authority*, alla luce del fine della normativa *antitrust*: accertare il danno alla concorrenza e porvi rimedio⁴¹. Pochi anni dopo

Conclude il Garante italiano che nel caso al suo esame ricorrono gli elementi indicati dalla Corte di giustizia, nella sent. 13 maggio 2014, c. 131/12, *Google Spain*, cit., § 60, quali l'esistenza di una società di diritto italiano (*Facebook Italy*) preposta alla commercializzazione di spazi pubblicitari, e la circostanza che l'attività sia diretta ai cittadini dello Stato ove ha sede tale società.

³⁸ Bundeskartellamt, 6/02/2019, B6-22/16, *Facebook*, in *bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung*, e i chiarimenti dati alle *Frequently Asked Questions*, su cui v. W. P. J. WILS, *The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt*, in *Concurrences*, 2019, n. 3, e in *ssrn.com/author=456087*.

³⁹ Secondo R. A. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista* Milano 2010, p. 359, «le authority odiano condividere le informazioni, perché per la burocrazia l'informazione è potere»; occorre quindi consolidare il sistema delle *authority* eliminando duplicazioni e compartimenti stagni. Quest'ultimo rilievo, riferito alla vigilanza sull'intermediazione finanziaria negli USA, depone a favore di più competenze sinergiche affidate ad una specifica autorità, per valorizzare lo scambio delle esperienze. Risultati positivi ha prodotto la contitolarità, in capo alla nostra Agcm, dei poteri di accertamento e di sanzione in ambito *antitrust* e di quelli in tema di pratiche commerciali scorrette (regolamento 2006/2004/CE; direttiva 29/2005/CE, recepita dall'art. 27 d.lg. 2 agosto 2007, n. 146; direttiva 83/2011/UE, recepita dall'art. 66 d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21).

⁴⁰ «L'acquisizione di DoubleClick consentirà a *Google* di monitorare sia le ricerche su Internet delle persone che le visite a siti web», tanto più che *Google* aveva già espresso «l'intenzione di fondere dati di *Google* e *DoubleClick* per profilare e indirizzare gli utenti di Internet»: *Elec. Privacy Info. Cntr., Complaint and Request for Injunction, Google & DoubleClick*, Apr. 20, 2007, *epic.org/privacy/ftc/google/epic_complaint.pdf*.

⁴¹ «[T]he sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require

(2012), però, la FTC ha usato i suoi poteri per la protezione dei consumatori ed ha aperto un'indagine sulle affermazioni di *Facebook* – risultate ingannevoli – sulla capacità degli utenti di controllare la protezione dei dati personali, emendo infine un *order*, che è stato eluso. Da qui un nuovo procedimento, conclusosi con il *financial settlement* del 19 luglio 2019, che prevede il pagamento di una *penalty* record (5 miliardi di dollari) e un mutamento della prassi e della *corporate structure*⁴².

Anche per la Corte di giustizia UE le questioni relative alla violazione delle regole di protezione dei dati personali non rientrano, *in quanto tali*, nel diritto della concorrenza; esse possono essere risolte sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di tutela di tali dati. Così la sentenza *Asnef-Equifax*⁴³ e la decisione della Commissione *Google/DoubleClick*: la Commissione – reso il dovuto omaggio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – precisa che la decisione assunta concerne la compatibilità del *merger* con le regole a tutela della concorrenza, «senza pregiudizio per gli obblighi imposti alle parti dalla normativa comunitaria in relazione alla protezione degli individui e alla protezione della *privacy*, con riguardo al trattamento dei dati personali»⁴⁴. L'indicazione è che ogni danno ha il suo rimedio. Tuttavia, questi precedenti non escludono che il deterioramento di parametri qualitativi

conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry»: FTC File No. 071-0170 (Dec. 20, 2007), (corsivo ns.).

⁴² FTC, *Case No. 19-cv-2184, stipulated order for civil penalty, monetary judgment, and injunctive relief*, 19/07/2019, in *ftc.gov*. Secondo l'opinione di maggioranza, l'accordo supera di gran lunga quanto si sarebbe prevedibilmente ottenuto in via contenziosa (*ftc.gov/public-statements/2019/07/statement-chairman-joe-simons-commissioners-noah-joshua-phillips-christine*). Secondo le opinioni dissenzienti di due commissari, nonostante i meriti del *settlement* sarebbe stato preferibile puntare alla *litigation* in considerazione dei plurimi profili di offensività della condotta di *Facebook* (*dissenting statement* del commissario R. Kelly Slaughter); sull'inadeguatezza del *settlement* a modificare il *business model* e le pratiche che hanno condotto alla recidiva verificata dalla FTC, v. anche il *dissenting statement* del commissario R. Chopra, sempre in *ftc.gov*.

⁴³ Corte giust., sent. 23 novembre 2006, c. 238/05, *Asnef-Equifax*, § 56: «Gli eventuali problemi relativi alla sensibilità dei dati di carattere personale possono essere risolti con altri strumenti, come la normativa sulla protezione dei dati». La Corte aggiunge che occorre comunicare, «in un modo o nell'altro», ai debitori interessati quali informazioni sono registrate e concedere loro il diritto di verificare ed eventualmente correggere i dati che li riguardano, ma ritiene risolta tale questione, visto che, alla luce degli atti della causa principale, i consumatori interessati possono verificare ed eventualmente far correggere o cancellare i dati che li riguardano, secondo quanto previsto dalla legislazione spagnola.

⁴⁴ Comm. UE, COMP/M.4731, 11 marzo 2008, par. 368: «*The new entity is obliged in its day to day business to respect the fundamental rights recognised by all relevant instruments to its users, namely but not limited to privacy and data protection*». Come a dire: in caso di violazione della normativa sulla *data protection*, ci penseranno altri, e con strumenti diversi dall'*antitrust*.

della concorrenza possa rilevare nell'azione *antitrust*. Nella concorrenza *on the merits* entrano in gioco più fattori: prezzo, scelta, qualità, innovazione. Lo ha chiarito la Corte di giustizia da *Post Danmark I* in poi⁴⁵. Non rientra nella concorrenza basata sui meriti un'attività imprenditoriale che viola discipline legali, pur estranee al diritto della concorrenza. Difatti, la Corte di giustizia ritiene che gli abusi escludenti possano essere valutati facendo riferimento ad altri settori di diritto. Chiarissima la sentenza *AstraZeneca c. Commissione*: è contrario alla concorrenza basata sui meriti un diritto esclusivo – nella specie, un brevetto – ottenuto ingannando le autorità pubbliche⁴⁶.

Vi è dunque una strada per utilizzare la normativa sulla protezione dei dati come *benchmark* normativo. L'*antitrust* sta cercando di percorrerla. Vediamo come.

4. Nell'istruttoria condotta per accertare e contestualizzare⁴⁷ la condotta

⁴⁵ Corte giust., sentt. 27 marzo 2012, c. 209/10, *Post Danmark I*, special. § 22; 11 settembre 2014, c. 67/13, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comm.*, § 51; 11 settembre 2014, c. 382/12, *MasterCard e al. c. Comm.*, § 93; 10 luglio 2008, c. 413/06 P, *Bertelsmann*, § 121. V. anche gli AA. richiamati alla successiva nt. 43.

⁴⁶ Corte giust., sent. 6 dicembre 2012, c. 457/10, *AstraZeneca v Commission*, § 98: *ivi* il rilievo che è «manifestamente contraria alla nozione di concorrenza basata sui meriti» la tesi secondo la quale un'impresa in posizione dominante possa rivendicare un diritto servendosi «di qualsiasi mezzo utile a farlo valere, ricorrendo addirittura a dichiarazioni fortemente ingannevoli volte a indurre in errore le autorità pubbliche»; si ricorda la responsabilità particolare che incombe a siffatta impresa «di non compromettere, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nell'ambito dell'Unione» (corsivo ns.). Da questo assunto generale ci si può muovere per sostenere che analoga conclusione vale nel caso in cui il potere di mercato acquisito sia contaminato dalla violazione della normativa sulla protezione dei dati: v. gli AA. richiamati da F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties*, cit., p. 19 ss. e *infra* nel testo.

⁴⁷ Sulle «valutazioni complesse» compiute dall'autorità garante per concretizzare i concetti giuridici indeterminati del diritto *antitrust*, Cons. St., sent. 01 ottobre 2002, n. 5156 (la valutazione complessa si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sull'accertamento dei fatti presupposti, sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche e sulla valutazione prognostica degli effetti); in relazione a un provvedimento di Agcom, v. Cons. St., sent. 25 marzo 2013, n. 1645; v. anche la giurisprudenza richiamata *infra*, alla nota 74 e le riflessioni sulle contaminazioni reciproche tra diritto e tecniche di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano 2005. Sul rilievo, nella funzione *antitrust*, delle attività di accertamento e di valutazione della condotta, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna 2005; F. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011, p. 91 ss. Sull'attività di valutazione, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, p. 11, p. 68 ss. 68 ed *ivi* l'esame di H. J. PAPIER, *Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle*, in W. BLÜMEL, D. MERTEN, H. QUARITSCH (hrsg.), *Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für C.H. Ule*, Köln-

di *Facebook* secondo la cornice giuridica del GWB – la legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza, in part. § 19: condotte vietate dell'impresa in posizione dominante – il *Bundeskartellamt* (BKartA) si è avvalso delle analisi sui meccanismi dell'economia digitale e sui caratteri del servizio intermedio di *social network*⁴⁸. I mercati dell'economia digitale si differenziano dai classici mercati di prodotti omogenei, dove i parametri fondamentali della concorrenza sono volume e prezzo. Ciò che importa all'utente di un *social* è la «qualità dell'esperienza» (e il livello di *privacy* è certamente un fattore qualitativo)⁴⁹. Ora, la giurisprudenza europea, prima ricordata, dà rilievo – sempre restando nella logica del diritto della concorrenza – al deterioramento dei parametri qualitativi del processo competitivo. Che è cosa diversa dall'idea di piegare l'*antitrust* per fini tutelati da altri settori normativi⁵⁰.

Berlin 1987, p. 235; P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum des Verwaltungs*, in *Festschrift Bachhof*, München 1984, p. 169, p. 175, dove emerge la tensione tra il «dogma» dell'unica soluzione giusta e la pari «sostenibilità» (*Vertretbarkeit*) di più soluzioni applicative. Sulla distinzione dell'accertamento amministrativo rispetto alla funzione amministrativa come scelta di interessi, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001.

⁴⁸ Il BKartA ha qualificato il servizio di *social network* nel contesto del mercato a due versanti: da una parte gli utilizzatori privati, dall'altra i pubblicitari, ai quali la piattaforma vende l'attenzione dei primi. In realtà vi è la confluenza di altri due versanti/lati: gli sviluppatori di applicazioni e i titolari di contenuti, che utilizzano *Facebook* per interagire con gli utenti. È il «mercato a più versanti», che grazie al § 18(3)(a) GWB avrebbe potuto aprire una prospettiva analitica più ampia: cfr. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., p. 198. Il BKartA ha però ritenuto che i gruppi aggiunti innescano domande diverse da quella degli utenti privati, da ricondurre, quindi, ad altri mercati; da qui l'individuazione di un mercato «secco» di servizi, la cui rilevanza economica resta tale anche se per quei servizi non è corrisposto un prezzo, secondo quanto precisato dal § 18(2)(a) GWB. (Secondo il § 18(3)(a) GWB, «Nella specifica fattispecie di mercati e reti a più versanti, nel valutare la posizione di mercato di un'impresa si tiene conto anche di: 1. effetti di rete diretti e indiretti; 2. uso parallelo di servizi di diversi fornitori e *switching cost* per gli utenti; 3. economie di scala dell'impresa derivanti dagli effetti di rete; 4. accesso dell'impresa ai dati rilevanti per la concorrenza; 5. pressione concorrenziale *innovation-driven*). La *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, del 26 agosto 1998, è stata modificata, da ult., dall'art. 10, l. 12 luglio 2018; è in corso di elaborazione un'ulteriore novella, la X, su cui v. *infra* alla nota 93.

⁴⁹ D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Bus. L.J.*, 2019, vol. 39, p. 46.

⁵⁰ Sulla individuazione dei caratteri del danno, se commerciale, personale o di altro tipo, al fine di identificare il giusto approccio giuridico, M. K. OHLHAUSEN, A. P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, cit., e *ivi* richiami della letteratura: il sottosistema normativo appropriato è quello in grado di offrire i rimedi meglio calibrati; la condotta che crea danni riducendo l'efficienza economica è da affrontare secondo le leggi *antitrust*; se il danno potenziale mina i termini dell'accordo particolare tra l'impresa e il singolo

In questo stretto crinale si è mossa l'autorità tedesca, che ha condannato *Facebook* ad un *facere*: la modifica delle condizioni di servizio, nelle parti in cui l'erogazione del servizio è condizionata all'acquisizione non soltanto dei dati generati accedendo a detto servizio, ma anche di quelli prodotti usando WhatsApp e Instagram e consultando siti terzi. Come osserva il rapporto Crémer, si è in questo modo disposto un «*internal unbundling*» dei dati raccolti dalle consociate della società dominante, usati e combinati (senza il valido consenso dell'utente) con quelli generati usando il servizio *Facebook*⁵¹.

La decisione del BKartA (6 febbraio 2019, B6-22/16) ha suscitato al tempo stesso interesse e riserve, anche in sede politica: un membro del Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione se ritenga opportuno convertire tale decisione in uno standard europeo al fine di rafforzare la posizione dei consumatori; la commissaria Vestager ha risposto freddamente, collocando la pronuncia nello specifico contesto del diritto *antitrust* tedesco⁵².

Esaminiamo il percorso motivazionale seguito dal BKartA.

Secondo quanto emerso in fase istruttoria, *Facebook* subordina l'utilizzo del *social network* all'accettazione di un «pacchetto» – ispirato alla logica del *take it or leave it* – che prevede l'unione e l'elaborazione dei dati generati usando non soltanto *Facebook*, ma anche *WhatsApp*, *Instagram* e consultando

consumatore, valgono i rimedi per la protezione del consumatore; e così per la violazione delle norme per la protezione dei dati personali.

⁵¹ Cfr. *Competition Policy for the Digital Era*, cit., 80. La decisione del BKartA è consultabile in bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.htm.

⁵² La Commissione europea ha preso atto di quanto disposto dal BKartA, «de cui preoccupazioni sono basate sul diritto della concorrenza tedesco. Il legislatore europeo si è assicurato che il tipo di condotta in questione è disciplinato dal Regolamento generale sulla protezione dei dati [regolamento (UE) 2016/679]». Questa la risposta di Vestager, in data 8 maggio 2019, all'interrogazione a risposta scritta P-001183/2019 di Ruohanen-Lerner, riportata da W. P. J. Wils, *The Obligation for the Competition Authorities*, cit. L'A. ne deduce che, secondo la Commissione UE, la condotta censurata dal BKartA dovrebbe essere affrontata dall'autorità per la protezione dei dati, secondo i poteri attribuiti dal *General Data Protection Regulation*, piuttosto che dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza. Wils ricorda, al tempo stesso, l'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione nel selezionare i casi da trattare ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (Corte giust., sentt. 14 dicembre 2000, c. 344/98, *Masterfoods*, par. 46; 4 marzo 1999, c. 119/97 P, *Ufex and Others v Commission*, par. 88 and 89; 17 maggio 2001, c. 449/98 P, *IECC v Commission*, par. 35-37. Analogo margine di discrezionale per stabilire le priorità vale per le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri: art. 4 (5), direttiva 2019/1, ECN+. Nel fissare le priorità di applicazione, il fatto che anche un'altra autorità sia in grado di trattare il problema (e potrebbe essere in una posizione migliore per farlo) costituisce «*a highly relevant consideration*».

siti terzi. L'accesso preferenziale a dati «terzi» costituisce un abuso per l'imposizione di condizioni generali di contratto non eque⁵³.

L'Autorità si appoggia alla giurisprudenza della Corte federale (sentenze *VBL Gegenwart* e *Pechstein*) sull'abuso da sfruttamento operato mediante condizioni negoziali che violano norme o diritti costituzionali: nell'applicazione della clausola generale della legge contro le limitazioni della concorrenza vengono in rilievo, quale fattore di concretizzazione, anche i diritti costituzionali incisi dalla parte contrattuale con forza preminente⁵⁴. Tra questi diritti, argomenta l'autorità, vi sono quelli protetti dal GDPR.

Accertato il potere di mercato di *Facebook*, il BKartA ritiene sussistente il nesso di causalità tra la posizione dominante dell'impresa e la lesione del diritto degli utenti all'autodeterminazione. Una causalità «di risultato» o in base agli effetti: il comportamento concreto di *Facebook* e la quantità di dati elaborati provano l'abuso da sfruttamento e in particolare l'abuso da condizioni negoziali, sanzionato dal § 19 GWB⁵⁵. Viene così rivalutata, in una

⁵³ Sottolinea il rapporto Crémer che le clausole di servizio portano all'auto-rafforzamento della posizione di dominanza di *Facebook*: *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 80. È da ricordare che il BKartA non censura la raccolta dei dati raccolti attraverso l'uso della piattaforma *Facebook* vera e propria, riconoscendola strumentale alla funzionalità del servizio. Sul *third-party tracking*, v. anche A. EZRACHI, V. ROBERTSON, *Competition, Market Power and Third-Party Tracking*, in *World Competition: L. Econ. Rev.*, 2019, vol. 42, n. 1, p. 5, ssrn.com/abstract=3272552.

⁵⁴ Corte suprema federale (BGH), sentenze *VBL-Gegenwert I*, 6 novembre 2013, KZR 58/11; *VBL-Gegenwert II*, 24 gennaio 2017, KZR 47/14; e, soprattutto, *Pechstein/International Skating Union*, 6 giugno 2016, KZR 6/15, richiamate dal BKartA ai §§ 527-532 della decisione cit. Della sentenza *Pechstein* interessa ricordare il bilanciamento tra il diritto fondamentale alla libera attività professionale, invocato dalla ricorrente sulla base dell'art. 12, Legge fondamentale, violato dalla condotta a suo dire abusiva della federazione sportiva di appartenenza, e l'autonomia della federazione sportiva, anch'essa con un riconoscimento costituzionale (art. 9, comma 1), che dà fondamento al potere di predeterminare, mediante standard uniformi, i requisiti organizzativi necessari per lo svolgimento dell'attività sportiva: in questi prerequisiti rientra la clausola arbitrale contestata dalla ricorrente. Il bilanciamento tra beni, entrambi dotati di protezione costituzionale, porta ad escludere che sussista abuso di posizione dominante, nel significato del § 19 GWB: v. sentenza *Pechstein*, cit., paragrafi 59-61 e 66; traduzione in inglese in arbitrationlaw.com/library/pechstein-v-international-skating-union-isu-pechstein-ii-no-4a1442010-swiss-international e in isu.org/claudia-pechstein-case.

⁵⁵ Il § 19(2)(2) GWB prevede come fattispecie di abuso l'imposizione, da parte dell'impresa in posizione dominante, di «un corrispettivo o altre condizioni negoziali che si differenziano da quelli che prevarebbero, con ogni probabilità (*mit hoher Wahrscheinlichkeit*), in una situazione di concorrenza effettiva». Nella decisione del BKartA, e poi nella pronuncia cautelare del giudice del riesame (*infra*, nt. 63), si fa distinzione tra due tipi di causalità: la «cau-

prospettiva non attinente al prezzo, la lett. a), fin qui negletta, dell'art. 102 TFUE, sulle condizioni di transazione non eque⁵⁶.

Interessa sottolineare il nesso *antitrust*-protezione dei dati personali. La violazione non consiste nell'uso dei dati, ma nell'uso dei dati senza il valido consenso degli utenti, assunto come fattore di degradazione di un parametro qualitativo della concorrenza⁵⁷.

Tuttavia, il vizio del consenso prescinde dall'esistenza di una posizione di dominanza sul mercato⁵⁸. E allora, affinché un vizio nella concessione del consenso possa essere altresì considerato fonte di danno competitivo, si dovrebbe accertare che: a) solo un'impresa dominante è in grado di estrarre il consenso in questione e nessun'altra impresa potrebbe farlo proficua-

salità normativa» tra posizione dominante e condotta (*normative Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und dem Verhalten*), qualificata anche come causalità «in base agli effetti» o «di risultato» (*Wirkungs- o Ergebniskausalität*), e la «causalità comportamentale» (*Verhaltenskausalität*). Cambia l'onere probatorio in capo all'autorità. Nel primo caso, il nesso di causalità è verificato quando l'abuso rafforza la posizione dominante, secondo un'indicazione data già dalla Corte giust., sent. 21 febbraio 1973, c. 6/72, *Continental Can* («The question of the link of causality between the dominant position and its abuse is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 86 of the Treaty regardless of the means and procedure by which it is achieved, *if it has the effect of substantially fettering competition*» corsivo ns.); mentre ove si richieda la «causalità comportamentale», l'autorità *antitrust* deve fornire l'impegnativa dimostrazione che la restrizione non potrebbe realizzarsi se l'impresa agente non fosse in posizione dominante. Secondo il BKartA, per applicare l'art. 19 GWB è sufficiente riscontrare il primo nesso di causalità (normativa): la lesione del diritto degli utenti all'autodeterminazione discende manifestamente dalla posizione dominante di *Facebook*. Va ricordato che il BKartA ha contestato anche l'abuso da esclusione: *Facebook*, ampliando la sua base di dati, avrebbe accresciuto il dominio sul mercato, sbarrando l'ingresso dei potenziali concorrenti.

⁵⁶ Osservano C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., p. 201, che il § 19(2)(2) GWB è simile, ma non del tutto sovrapponibile, alla lett. a) dell'art. 102 TFUE, che individua un abuso «nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque».

⁵⁷ Nel valutare se il consenso, necessario per la liceità del trattamento, sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità che l'esecuzione del contratto (e, specificamente, la prestazione di un servizio) sia stata condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto: art. 7(4) GDPR, cit., la cui osservanza rileva ai fini della liceità del trattamento ai sensi dell'art. 6(1).

⁵⁸ R. NAZZINI, *Antitrust Enforcement and Privacy Standards* (July 21, 2019), ssrn.com/abstract=3473158, cit.: «Whether or not the data controller is dominant, making the performance of a contract conditional on unnecessary consent is an indication that consent is not freely given. It is also a type of harm that the GDPR considers as constituting a defect in the giving of consent that invalidates the legal basis for the processing of data under Article 6(1)(a) of the GDPR».

mente; e *b*) il consenso ottenuto dall'impresa dominante è significativamente e persistentemente più oneroso di quello che sarebbe stato possibile in condizioni di effettiva concorrenza (*as-if analysis*)⁵⁹.

Il punto è delicato ed era prevedibile il suo riesame giudiziario. All'indomani della decisione non erano mancate critiche della dottrina, sia sul ruolo di supplenza che l'autorità *antitrust* avrebbe assunto per ovviare a carenze altrui nella protezione dei dati personali, sia sulla dimostrazione del nesso di causalità, e cioè la prova che *Facebook* è stato in grado di imporre le condizioni del servizio grazie alla sua posizione dominante⁶⁰. Queste critiche sono state fatte proprie dalla Corte d'appello (*Oberlandesgericht*) di Düsseldorf (che è giudice di riesame pieno)⁶¹, tempestivamente adita da *Facebook* con richiesta di sospensione cautelare: benché l'autorità *antitrust* non abbia inflitto sanzione pecuniaria, l'ordine comportamentale emesso costituiva una minaccia al modello di business, il che per la piattaforma era un *vulnus* ben più grave della sanzione pecuniaria.

La Corte d'appello – nella decisione cautelare del 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19(V) – ha contestato al BKartA di non avere svolto sufficienti indagini nella prospettiva della «*Als-ob*» *Wettbewerb* e di non aver fornito elementi significativi su quali condizioni d'uso si sarebbero formate in condizioni di concorrenza⁶².

⁵⁹ Cfr. su questo, R. NAZZINI, *Antitrust Enforcement and Privacy Standards*, cit.; A. SCHARF, *Exploitative business terms in the era of big data: the Bundeskartellamt's Facebook decision* in *Eur. Competition L. Rev.*, 2019, vol. 40, n. 7, p. 332; W. P. J. WILS, *The obligation for the competition authorities*, cit., p. 58 ss.

⁶⁰ Cfr. T. KÖRBER, *Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?* in *NZKart*, 2019, n. 4, p. 187 e, pendente il procedimento innanzi al BKartA, J. U. FRANCK, *Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen – Facebook im Visier des Bundeskartellamtes*, in *ZWeR*, 2016, p. 137. Gli scritti di Franck e di Körber sono citati più volte dalla decisione cautelare dell'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf.

⁶¹ V. gli artt. 63 ss. GWB e soprattutto l'art. 70: il giudice del riesame ha piena cognizione dei fatti («*Das Beschwerdegericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen*»). Resta aperta la questione della salvaguardia della sfera di valutazione tecnica che secondo la nostra giurisprudenza amministrativa va riconosciuta all'autorità garante della concorrenza, anche alla luce dei beni in cura, che hanno rilievo costituzionale (Cons. St., sent. 1 ottobre 2002, n. 5156, e le sentenze cit. *infra*, alla nt. 74).

⁶² «[...] das Amt hat keine hinreichenden Ermittlungen zu einem „Als-ob“ Wettbewerb durchgeführt und demzufolge auch keine aussagekräftigen Befunde zu der Frage erhoben, welche Nutzungsbedingungen sich im Wettbewerb gebildet hätten» (corsivo ns.). Il testo della pronunzia cautelare dell'*Oberlandesgericht* (OLG) di Düsseldorf, anche nella traduzione in inglese, nel blog dell'Università di Düsseldorf, *d-kart.de*.

Il giudice del riesame osserva che i dati dei consumatori sono duplicabili e, quindi, cedibili anche ai concorrenti di *Facebook* sul mercato del *social network*: non vi è danno economico del consumatore. Inoltre, secondo la Corte, non ogni eccesso rispetto a quanto è consentito dagli standard competitivi porta ad assumere l'esistenza di un abuso del potere di mercato. Gli elementi probatori su cui è costruita la decisione del Bkarta sono apparsi insufficienti, sia per l'abuso di sfruttamento⁶³, sia per l'abuso da esclusione⁶⁴.

Una netta contestazione è mossa all'argomento della «perdita di controllo sui dati» e della «violazione del diritto all'autodeterminazione informativa». La Corte del riesame ritiene intatta l'autonomia privata del singolo. Il fatto che l'uso di *Facebook* richieda il consenso all'uso di dati aggiuntivi non significa una perdita di controllo da parte dell'utente e non costituisce un pregiudizio per la sua sfera giuridica; «rende soltanto necessario *bilanciare i vantaggi* derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità (e quindi gratuito) *con le conseguenze* associate all'uso dei dati aggiuntivi da parte di *Facebook*. L'utente può compiere questa valutazione senza essere influenzato e in completa autonomia, in base alle sue preferenze e ai suoi valori personali»⁶⁵.

⁶³ La Corte d'appello di Düsseldorf ritiene necessaria, per l'abuso di sfruttamento, la prova della causalità «comportamentale»: l'autorità *antitrust* deve cioè dimostrare che non si produrrebbe la restrizione della concorrenza se l'impresa agente non fosse in posizione dominante (v. anche *supra*, nt. 55). Non basta accertare una violazione del GDPR per rinvenire un abuso da condizione contrattuale ai sensi del § 19 GWB. Qualunque impresa (dominante o meno) avrebbe potuto realizzare il comportamento illecito; quest'ultimo non è assolutamente riconducibile alla posizione di egemonia sul mercato. «La parte contrattuale che è stata incisa da una violazione legale non è meno meritevole di protezione se le condizioni contrattuali illecite sono state fruite da un'impresa non-dominante o da un terzo». Dunque, da chiunque venga la lesione, deve intervenire l'autorità competente, che in questo caso è quella per la protezione dei dati. L'OLG ritiene non pertinente il richiamo del BKart alle sentenze *VBL I e II* e *Pechstein* della Corte suprema federale: in queste fattispecie sussisteva la causalità di tipo comportamentale; mai un'impresa in posizione concorrenziale avrebbe potuto realizzare un simile abuso.

⁶⁴ Nell'abuso da esclusione occorre dimostrare che la *foreclosure* si sia verificata o si sia potuta verificare. Il precedente *Google+* smentisce, secondo la corte di Düsseldorf, il BKarta. *Google+* (ritiratosi perché non ha retto la concorrenza di *Facebook*) aveva accesso, attraverso il motore di ricerca, ad una base di dati superiore a quella della quale poteva disporre *Facebook*: 33 per cento contro il 6,39 per cento di *Facebook*.

⁶⁵ «Es macht lediglich eine *Abwägung zwischen den Vorteilen*, die aus der Nutzung eines werbefinanzierten (und damit unentgeltlichen) sozialen Netzwerks resultieren, *und den Konsequenzen*, die mit der Verwendung der Mehrdaten durch Facebook verbunden sind, erforderlich. Diese Abwägung kann der Nutzer *unbeeinflusst und vollkommen autonom nach seinen persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen* treffen»: OLG, Beschluss VI-Kart 1/19 (V), 3(1), (corsivo ns.).

La Corte di Düsseldorf fa dunque appello al principio di autonomia privata per negare che gli utenti siano *locked-in*: vi è totale collisione con le conclusioni cui era giunta l'autorità *antitrust* a seguito dell'istruttoria. È da segnalare la prospettiva giuridica seguita dal giudice del riesame, che valorizza l'autonomia di determinazione dell'utente, libero di scegliere «secondo i suoi personali valori e preferenze». La Corte ammette invero che il contesto fattuale in cui si realizza in concreto il bilanciamento (e si compie la conseguente scelta) potrebbe essere diverso dall'idealtipo della «completa autonomia», come risulta dal seguente passaggio: «il fatto che le cose potrebbero accadere diversamente non costituisce neppure un inizio di prova della perdita di controllo dei dati personali, considerato il considerevole numero degli utenti Facebook».

Tuttavia, il fatto che tanti utenti continuino tranquillamente ad usare *Facebook* non supera il punto critico emerso nell'istruttoria: il potere di mercato che si auto-rafforza con il dominio delle informazioni, della massa di dati generati dagli utenti. Né sarebbe risolutivo il rilievo che i dati sono duplicabili e che il GDPR ne assicura (peraltro con significativi contemperamenti) la portabilità⁶⁶. Studi empirici dimostrano che vi sono difficoltà attuative: l'utente di *social network* non può esportare il contesto in cui sono stati condivisi i dati; può scaricare i *post* pubblicati in una discussione di gruppo, ma non accedere ai dati necessari per ricostruire l'intera conversazione, né alle inferenze che la piattaforma ha tratto dai suoi dati per costruire e migliorare il servizio. E soprattutto vi è un'evidente tensione tra *data protection* e concorrenza: tutto dipende dal bene cui si dà prevalente rilievo. Un programma di portabilità dei dati prioritariamente disegnato per massimizzare la concorrenza non si concilia con un'intensa protezione dei dati personali⁶⁷.

⁶⁶ V. il *considerando* 68 GDPR («È opportuno incoraggiare i titolari del trattamento a sviluppare formati interoperabili che consentano la portabilità dei dati») e l'art. 20, che riconosce il diritto alla portabilità dei dati, senza però ledere «i diritti e le libertà altrui» e senza pregiudicare il diritto all'oblio di cui all'art. 17.

⁶⁷ Una portabilità orientata alla concorrenza consentirebbe all'utente di esportare intere sequenze di commenti (non soltanto il suo contributo), le identità degli amici e i dati caricati da altri che riguardano l'utente esportatore. Ciò consentirebbe agli utenti di conferire una significativa massa di dati, sottraendola al controllo della piattaforma d'origine, così aiutando i concorrenti a lanciare nuovi prodotti. Un robusto sistema di *data portability* consentirebbe, inoltre, ai regolatori di contenere il potere delle grandi piattaforme senza arrivare alla mossa drastica del *break up*. All'opposto, un programma progettato per massimizzare la *privacy* limiterebbe rigorosamente i tipi di dati di terze parti che possono essere esportati: G. NICHOLAS, M. WEINBERG, *Data Portability and Platform Competition. Is User Data Exported from Facebook Actually Useful to Competitors?*, in law.nyu.edu/centers/engelberg/pubs/2019-11-06-Data-Portability-And-Platform-Competition, 2019.

5. Su *Facebook* si è mossa anche la nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato, seguendo diverso percorso, e cioè la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette⁶⁸, per sanzionare due pratiche aventi ad oggetto la raccolta, lo scambio con terzi e l'utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti, incluse le informazioni sui loro interessi *on line*.

La prima pratica, ritenuta ingannevole, consiste nel fornire all'utente che si registra nella piattaforma *Facebook* (sito *web* e *app*) un'informativa – sulla raccolta e sull'utilizzo a fini commerciali dei dati – che Agcm ritiene incompleta e non chiara. La seconda pratica, qualificata come aggressiva, si concretizza nella trasmissione dei dati degli utenti a fini di profilazione e commerciali (dalla piattaforma del *social network* ai siti di terze parti e viceversa), senza il preventivo ed espresso consenso dell'interessato⁶⁹.

Facebook Ireland Ltd. e *Facebook Inc.* hanno impugnato il provvedimento sanzionatorio dinanzi al giudice amministrativo. Tra i motivi di ricorso, interessa richiamare quello sulla incompetenza dell'Agcm, che avrebbe invaso la sfera d'azione dell'autorità per la protezione dei dati personali. Secondo *Facebook*, non c'è corrispettivo patrimoniale. Non c'è, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare. Gli obblighi di cui si contesta la violazione riguarderebbero il diverso profilo del trattamento dei dati personali degli utenti, disciplinato dal regolamento UE 2016/679 che, in virtù del principio di specialità, assorbe la condotta. Il TAR Lazio ha respinto questa doglianza, ritenendola fondata su una visione erronea e parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che ha un valore economico ed è idoneo a fungere da controprestazione⁷⁰. Nega il TAR che vi sia incompatibilità o antinomia tra la normativa per la protezione dei dati e quella sulla protezione del consumatore: esse sono complementari l'una all'altra, imponendo obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla

⁶⁸ Artt. 20, 21, 22, 24 e 25, Codice del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, modificato dal d.lg. 2 agosto 2007, n.146, attuativo della direttiva UE 2005/29).

⁶⁹ Agcm, provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, PS1112, in *agcm.it*. Al procedimento hanno partecipato le associazioni Altroconsumo e Movimento difesa del cittadino; esse hanno esercitato la facoltà di partecipazione all'istruttoria (art. 7, comma 1, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Agcm; v. pure l'art. 10, delibera Agcm 1 aprile 2015, n. 25411, sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore). Altroconsumo si è poi costituita nel giudizio innanzi al TAR Lazio.

⁷⁰ Osserva il TAR Lazio, sentt. 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, che assieme alla tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, soggetto a specifiche forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, «sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati».

protezione dei dati personali, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore, a garanzia di scelte economiche consapevoli. A sostegno, si richiama la sentenza della Corte di giustizia Agcm c. Wind, Vodafone, sul rapporto tra la direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali e altre norme del diritto dell'Unione su aspetti specifici di dette pratiche⁷¹.

Il consumatore deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso all'adesione ad un contratto per la fruizione del servizio di *social network*. Regge dunque il provvedimento di Agcm nella parte in cui sanziona Facebook per aver fornito un'informativa incompleta e oscura. È invece censurata la seconda parte del provvedimento, relativa al meccanismo di trasmissione dei dati degli utenti, a fini di profilazione e commerciali, da Facebook ai siti di terze parti e viceversa, senza preventivo consenso. Il TAR ritiene che il percorso seguito dall'Autorità sia inficiato da un travisamento in punto di fatto, perché la «pre-attivazione» della piattaforma Facebook (vale a dire la preselezione delle opzioni a disposizione) non comporta l'automatica trasmissione dei dati a soggetti terzi, ma presuppone alcuni passaggi, in cui l'utente è «chiamato a decidere» se e quali dati intende condividere ai fini della integrazione in esame. Il trasferimento dei dati avviene, secondo quanto dimostrato da Facebook, su base «granulare» per singola *app*/sito *web*. Non avrebbero natura «aggressiva» le locuzioni usate per disincentivare l'utente dal disattivare la piattaforma, né le espressioni dubitative usate da Facebook in relazione a possibili limitazioni nell'uso delle *app* di terzi nel caso di disattivazione dell'integrazione⁷².

Si può osservare che il TAR identifica l'utente del servizio Facebook con un idealtipico «utente consapevole», che valuta con attenzione tutti i passaggi e «decide» con cognizione di causa – cioè con conoscenza delle conseguenze in termini di profilazione e di *programmatic advertising* – la condivisione dei dati personali, e che neppure si fa influenzare da avvertenze della

⁷¹ Corte giust., sent. 13 settembre 2018, c. 54/17 e c. 55/17, Agcm c. Wind, Vodafone, ed *ivi* il richiamo all'art. 3, par. 4, direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali, recepita con d.lg. 2 agosto 2007, n. 146: in caso di conflitto tra le disposizioni di tale direttiva e altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, queste altre norme prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici: *ivi*, par. 58, citata la sent. 16 luglio 2015, c. 544/13 e c. 545/13, *Abcur*, par. 79. La nozione di «contrasto» denota un rapporto tra le disposizioni «che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle». Un contrasto come quello contemplato dall'art. 3, par. 4, direttiva 2005/29 «sussiste *unicamente* quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29» (*ivi*, par. 60 ss., corsivo ns.).

⁷² TAR Lazio, sentt. 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, p.to 16 cons. dir.

piattaforma sulle conseguenze della disattivazione. Che questa sia la situazione prevalente è più che dubbio, considerati i meccanismi della quotidianità e i vincoli psicologici a restare «nella» piattaforma: costanze comportamentali ben note a *Facebook*, che persiste in alcune delle condotte sanzionate⁷³.

Le sentenze del giudice capitolino confermano, infine, il superamento della risalente distinzione tra sindacato «debole» e «forte»: il giudizio sulle valutazioni tecniche e sull'analisi economica condotta dall'Autorità è pieno, con integrale conoscenza dei fatti e delle evidenze istruttorie, senza fin qui arrivare al sindacato sostitutivo⁷⁴.

6. È in corso il contenzioso giudiziario sulle decisioni prima esaminate. Le prime fasi del controllo giurisdizionale ne hanno rivelato alcune criticità. Esse hanno il merito di aver dato forma ad un diffuso malessere per il potere di mercato che si auto-alimenta attraverso il dominio sui dati.

Analisi in sede scientifica e libri-denuncia sul «capitalismo della sorveglianza»⁷⁵, esposti delle associazioni dei consumatori, sanzioni ma anche accordi in luogo di sanzioni, verifiche di legalità delle corti, sono elementi di un complesso movimento di reazione alle conseguenze indesiderate di un

⁷³ *Facebook* ha adottato – ome già negli USA con la FTC – una linea di «resistenza morbida»: v. il procedimento d'inottemperanza avviato da Agcm il 21 gennaio 2020 per elusione del provvedimento Agcm 29 novembre 2018, n. 27432, cit.; nonostante l'avvenuta rimozione del *claim* «è gratis e lo sarà per sempre» dalla *home page*, il consumatore che si voglia registrare al *social network* continua a non essere informato, con chiarezza e immediatezza, sulla raccolta e sull'uso dei propri dati con finalità remunerative. Il procedimento di inottemperanza potrà condurre all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a 5mln di euro (in *agcm.it*).

⁷⁴ Il g.a. non può sovrapporre la propria scelta a quella dell'autorità con riferimento ai profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità. Cfr., sulla valutazione piena del fatto, Cons. St., sentt. 6 maggio 2014, n. 2302; 2 ottobre 2015, n. 4616. Sul sindacato delle valutazioni tecniche, Cons. St., sentt. 4 settembre 2015 n. 4123; 12 giugno 2015, n. 2888; 9 agosto 2016, n. 3552. Infine, Cons. St., sent. 15 luglio 2019, n. 4990, *Roche/Novartis*, per il sindacato pieno di «maggiore attendibilità», «attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti*». Sulla «ormai sclerotizzata antinomia» forte/debole in ordine al sindacato sugli atti tecnico-discrezionali, Cons. St., sent. 2 marzo 2013, n. 1645, cit.: «il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità indipendente deve assicurare «la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza».

⁷⁵ V. i rapporti per la commissione UE e i governi cit., gli scritti di Morozov, Philippon, Zuboff, anch'essi cit., e C. D'CUNHA, a cura di, *Privacy 2030: a Vision For Europe*, basato su idee di G. BUTTARELLI (Garante europeo della protezione dei dati fino al 20 agosto 2019), in *iapp.org/resources/article/privacy-2030*.

processo innovativo che è comunque produttivo di crescita⁷⁶. Questa ricerca di rimedi, efficaci e proporzionati, valorizza le interconnessioni tra i diversi sottosistemi normativi e i principi generali sull'attività economica privata⁷⁷. Il confronto competitivo nei singoli mercati non si svolge nel vuoto ordinamentale⁷⁸. È fisiologico che anche l'*antitrust* adegui i suoi stru-

⁷⁶ Sull'adeguamento ordinamentale necessario per un'equilibrata crescita *data driven*, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli 2018, p. 43; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 2. Sui profili istituzionali generali, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, II, Torino 2016, p. 17 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 2019, n. 3. In assenza di rimedi non possono escludersi effetti lesivi di diritti fondamentali: sul potenziale distruttivo delle «matrici anonime», generate dagli attori economici transnazionali, cfr. G. TEUBNER, *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors*, in *Modern L. Rev.*, 2006, vol. 69, n. 3, p. 327; ID., *Nuovi conflitti costituzionali* (tr. it. parz. di *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), Milano 2012, p. 165, e M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 295.

⁷⁷ L'art. 3 TUE salvaguarda, nella prospettiva della «economia sociale di mercato altamente competitiva», beni extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna, etc.) ed economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico): M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano 2010, p. 192. Sul rilievo di tali beni, anche ai fini dell'interpretazione dell'art. 41 Cost., G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1, sulla concorrenza come strumento di democrazia; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di antitrust*, I, Torino 2010, p. 197, p. 212, e, in generale, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in ID., *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997, p. 1 ss., ora in ID., *Metodo e teoria giuridica*, Milano 2011, p. 103 ss. L'utilità sociale può giustificare, rispettando il principio di proporzionalità, norme di deroga al principio di tutela della concorrenza effettiva: Corte cost., sent. 22 luglio 2010, n. 270. Sui principi che legano i diversi sottosettori normativi qui in esame, v. ancora F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties*, cit., p. 11 ss.

⁷⁸ Resta essenziale N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998; v. pure AA. VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari 1999 (che fa seguito al volume cit. di Irti) e *ivi* in part. gli interventi di L. Elia, G. Rossi, M. Draghi, M. Libertini, B. Libonati. Sulla disciplina giuridica della concorrenza come campo delle relazioni orizzontali fra imprese, G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss., p. 24; prima, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 116.

menti secondo l'evoluzione della cornice economica, sociale e istituzionale⁷⁹. I «fatti nuovi» richiedono interventi appropriati⁸⁰.

L'esperienza statunitense è un esempio di cambiamenti metodologici e di nuovi valori fondanti che si affermano nella prassi dei poteri pubblici (Federal Trade Commission, Department of Justice), nella letteratura accademica e nella giurisprudenza, in significativa sintonia con un mutato clima politico-istituzionale. Porre l'accento sull'efficienza produttiva, anziché sulla salvaguardia strutturale del mercato; o giustificare i *monopoly prices* per attrarre il *business acumen* e premiare il rischio d'impresa, che «produce innovazione e crescita economica»⁸¹, non sono scelte neutre. Sono scelte con una precisa valenza normativa, che hanno posto termine alla *structural era*, durata dagli anni '40 alla metà degli anni '70 del secolo che ci sta alle spalle⁸²,

⁷⁹ Si è evocata l'immagine della «spugna» che assorbe valori e interessi: A. EZRACHI, *Sponge*, in J. *Antitrust Enforcement*, 2016, p. 1-26 e in *ssrn.com*. Sull'*antitrust* nella cornice dei poteri, G. AMATO, *Relazione generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari 2019, p. 27 ss.; G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?* in *Quad. cost.*, 2019, p. 597: esclusa la presenza diretta, nelle decisioni *antitrust*, di valutazioni basate sul benessere generale, dette ragioni – esterne rispetto all'efficienza – possono rilevare nella «precomprensione» del caso da parte delle autorità di concorrenza e nell'individuazione delle priorità di intervento.

⁸⁰ Penso ovviamente alle parole, attribuite a J. M. Keynes e riprese da P. A. Samuelson: *When events change, I change my mind*, intervista a Samuelson, premio Nobel per l'economia, in *Daily Labor Report*, 21 dicembre 1970 n. 246, cit. in quoteinvestigator.com/2011/07/22/keynes-change-mind.

⁸¹ U.S. Supreme Court, No. 02–682, 13 gennaio 2004, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, Llp* (opinione della Corte, Giudice Scalia): «To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct»; prima, Supreme Court, *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), che afferma la *rule of reason* nel controllo delle *retail restrictions*, con abbandono delle *per se rules* e di *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967). Su questa svolta, R. A. POSNER, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1977, p. 1. La sentenza *GTE Sylvania* richiama gli scritti di R. A. POSNER, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, in *Colum. L. Rev.*, 1975, p. 282, p. 293, e di R. H. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *J. L. Econ.*, 1966, n. 7; ID., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *Yale L. J.*, 1965, p. 775; di Bork v. poi il noto *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978. Sull'indirizzo affermatosi nella giurisprudenza della Corte suprema con *Continental TV v. GTE Sylvania* (1977) e *Leegin v. PSKS* (2007), sopra cit., v. pure A. I. GAVIL, W. E. KOVACIC, J. B. BAKER, J. D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*³, Minnesota 2016, p. 358.

⁸² Sull'enfasi posta sulla struttura del mercato e sulle *per se rules* negli anni tra il 1936 e il 1972, W. E. KOVACIC, C. SHAPIRO, *Antitrust Policy: a Century of Economic and Legal Thinking*, in *Journ. Ec. Perspectives*, 2000, vol. 14, n. 1, p. 43; v. anche J. B. BAKER, *Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust*, in *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2175.

con la vittoria, secondo le parole di Robert Bork, dell'analisi esclusivamente economica sulla «*vague political rhetoric*», sulla «poltiglia intellettuale» (*intellectual mush*) che avrebbe portato l'*antitrust* verso derive incostituzionali, attraverso l'eccessiva estensione della delega di *Congressional power*⁸³.

Dietro l'attività *antitrust* troviamo paradigmi normativi: si pensi all'assunto sulla capacità autocorrettiva del mercato. Queste *normative assumptions* vengono in luce quando si affrontano tematiche specifiche, come il costo dell'errore: se assumere come rischio tollerabile quello dei «falsi negativi», preferendo dunque, nel dubbio, l'assoluzione anziché il divieto o la restrizione, e ciò perché i falsi positivi hanno un *chilling effect*⁸⁴; o se temere prima d'ogni cosa il depotenziamento delle *liability norms*, divenute *underinclusive*.

Vi sono poi le grandi opzioni politiche e filosofiche sul ruolo dell'*antitrust*, che si ripropongono in momenti di crisi e di cambiamento. È l'antico problema del potere, non legittimato, dei privati, quando detto potere ha

⁸³ V. di R. H. BORK gli scritti cit. alla nt. 81, cui *adde* l'intervento in *Panel Discussion: Merger Enforcement and Practice*, in *Antitrust L. J.*, 1981, p. 233, p. 238. Oggi, le critiche mosse dagli studiosi *post-Chicago* alla base empirica degli assunti della *Chicago School* sul funzionamento dei mercati, dimostrano «il ruolo della contingenza ideologica nella formazione della teoria economica». La *post-Chicago School* fa intravedere un futuro nel quale diverse scuole di pensiero economico contenderanno fra loro per ottenere la *analytical supremacy*; la scelta tra le diverse teorie economiche è, ad un tempo, operazione scientifica e «*act of politics*». «*Antitrust and constitutional law may not be so different after all*» (M. JACOBS, *An Essay on the normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina L. Rev.*, 1995, p. 74, p. 219, p. 225 ss., p. 265, ed *ivi* sottolineato il peso dei *normative beliefs* nell'attività *antitrust*). Sull'interazione tra la letteratura *chicagoan* e la giurisprudenza della Supreme Court, oltre a Bork, v. anche G. L. PRIEST, *The Abiding Influence of The Antitrust Paradox: an Essay in honor of Robert H. Bork*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008, p. 643; R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 1979, p. 925; W. H. PAGE, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law*, in *Issues Competition Law and Policy*, 2008, vol. 1, n. 1, p. 1 ss. Sulla contestazione della Scuola di Chicago, B. Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *J. Competition L. Econ.*, 2010, vol. 7, n. 1, p. 133–164; ID., *The present new Antitrust Era*, in *William & Mary L. Rev.*, 2019, vol. 60, p. 1439.

⁸⁴ Sui costi dell'*antitrust* a fronte dei suoi «*slight benefits*», Supreme Court, *Verizon v. Trinko*, cit., p. 398, p. 414; v. anche *Matsushita v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 588, 594 (1986): «[A]ntitrust law limits the range of permissible inferences from ambiguous evidence» because «mistaken inferences in [antitrust] cases [...] are especially costly, [as] they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect» (corsivo nostro). Sulla questione, J. B. BAKER, *Taking the Error out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right*, in *Antitrust L. J.*, 2015, n. 1, p. 1; cfr. anche, nell'ampia letteratura, W. E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 2007, n. 1, p. 72; F. X. SCHOEN, *Exclusionary Conduct After Trinko*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2005, p. 1625, p. 1647; D. A. CRANE, *Technocracy and antitrust*, in *Texas Law Review*, 2008, p. 1159. F. BÖHM, *Democracy and Economic Power*, in *Cartel and Monopoly in Modern Law*, I, Karlsruhe 1961, p. 25.

effetti su terzi, senza il loro consenso; della degenerazione del contratto, da espressione di libertà e fonte di vincoli autonomi, a veicolo di potere⁸⁵; fino agli interrogativi odierni su come conciliare l'innovazione e l'efficienza produttiva con i limiti alle grandi concentrazioni, in cui molti vedono una minaccia di corporativismo antidemocratico⁸⁶.

Torna in auge l'istanza – cara alla tradizione madisoniana – della distribuzione del potere e delle opportunità. La «*New Brandeis School*» riprende il pensiero di Louis Brandeis (giudice della Corte Suprema statunitense dal 1916 al 1939), senza demonizzare di per sé la grande impresa e con l'attenzione rivolta all'efficace calibratura della regolazione⁸⁷. E vi è il tema delle disuguaglianze in crescita, cui le autorità non dovrebbero restare estranee, soprattutto nel fissare le priorità d'azione⁸⁸. Ma qui sorge la comprensibile preoccupazione che l'*antitrust* finisca per caricarsi di compiti che non gli

⁸⁵ Sulla distinzione tra pensiero ordoliberales e neoliberalismo, per l'attenzione del primo ai rischi di cattura del regolatore da parte cartelli e monopoli privati, F. P. MAIER-RIGAUD, *On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete*, in D. ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham 2012, p. 132. Sulla concorrenza come strumento dell'ordine economico, W. RÖPKE, *Etica e mercato: pensieri liberali*, Roma 2001; ID., *Presupposti e limiti del mercato*, in Centro studi Toqueville-Acton (a cura di), *Le regole della libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Soveria Mannelli 2010, p. 174. Sulla scuola ordoliberales, L. DINELLA, *La scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Dir. econ.*, 1999, p. 171. V. infine l'efficacissima sintesi di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998, p. 8 ss., p. 95 ss.

⁸⁶ Sul *corporatist authoritarianism*, R. G. RAJAN, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, London-New York 2019; ma v. già C. EDWARDS, *Big Business and the Policy of Competition*, New York 2011, p. 131 ss.; R. PITOFKY, *The Political Content of Antitrust*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 1979, p. 1051, sulla minaccia che la «excessive concentration of economic power» reca non soltanto alla «individual and business freedom», ma ai valori democratici, perché dà alimento a «antidemocratic political pressures».

⁸⁷ L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *J. Eur. Competition L. Practice*, 2018, vol. 9, n. 3, p. 131: «The Madisonian concept of "self-government" hinges on the ability of citizens to control and check private concentrations of economic power»; ma non si dovrebbe puntare tutto sul *break up* solo perché *big is bad*; da qui l'importanza della regolazione.

⁸⁸ J. B. BAKER, S. C. SALOP, *Antitrust, Competition Policy and Inequality*, in *Geo. L. J.*, 2015, n. 1, p. 1, trad. it., *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Merc. concurr. regole*, 2016, p. 7. Cfr. E. A. POSNER, E. G. WEYL, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton 2018, sullo schiacciamento verso il basso dei livelli salariali provocato dalle concentrazioni, specie se non è insidiabile la posizione dell'*incumbent*; il danno, dunque, non è soltanto dei consumatori (v. il cap. IV: *Dismembering the Octopus*; su altre proposte del volume, e sulle obiezioni che hanno suscitato, v. D. ZIGLER, *Radical Markets versus Sensible Politics*, in *Am. Affairs*, 2018, II, n. 3, p. 53). Sul rapporto tra potere di mercato e disuguaglianza sociale, A. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done*, Harvard 2015, trad. it., *Disuguaglianza*, Milano 2015. Sul valore «di sistema» delle azioni pubbliche volte a contrastare le disuguaglianze sostanziali, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova 1984.

spettano e per i quali non è attrezzato, smarrendo il rigore dell'analisi economica e con il rischio di esporsi a incontrollabili variabili politiche⁸⁹.

7. Molte delle istanze emerse hanno bisogno di una risposta da parte dei poteri politici, titolari dei poteri di normazione. I rapporti elaborati per i governi e la Commissione europea sono una buona base tecnica per alcune correzioni di rotta. Una prima indicazione è sull'*error cost*. In mercati concentrati, caratterizzati da forti effetti di rete e da elevati ostacoli all'ingresso, è meglio sbagliare vietando i comportamenti potenzialmente anticoncorrenziali, anziché correre l'errore opposto. L'esperienza rende possibile l'elaborazione di *legal test*, superando l'impostazione basata sull'esame caso per caso. Non sarebbero presunzioni assolute e resterebbero sempre *rebuttable*⁹⁰.

Le acquisizioni di piccole *start-up* da parte di piattaforme o ecosistemi dominanti potrebbero sottendere una strategia contro la defezione dell'utente dall'ecosistema; sulle parti notificanti si dovrebbe porre l'onere di dimostrare che gli effetti negativi sulla concorrenza sono compensati da efficienze specifiche della concentrazione. L'obiettivo è di ridurre al minimo i falsi negativi, «in un contesto in cui il costo di sistematici falsi negativi è particolarmente elevato»⁹¹. Si attende quindi il «pacchetto» di proposte innovative della Commissione UE in attuazione di quanto delineato dalla comunicazione *Shaping Europe's digital future* del febbraio 2020 e dall'atto di *impact assessment Digital Services Act Package* del giugno 2020. (Tra le proposte allo studio: rivedere le regole orizzontali poste dal regolamento UE 2019/1150 *Platform-to-Business*, per i servizi d'intermediazione *on line* e in part. le regole di trasparenza per l'accesso ai dati; consentire ai regolatori di raccogliere informazioni sulle pratiche commerciali delle grandi piattaforme

⁸⁹ Su questa discussione, G. AMATO, *Relazione*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *Fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., p. 28 ss.; ID., commentando lo scritto di Baker e Salop prima cit., *Non tocca all'Antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 146; R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, *ivi*, 2019, p. 81; richiama l'attenzione sulle scelte di *policy*, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?* cit.

⁹⁰ Sull'adozione di *rebuttable presumption*, J. B. BAKER, *The Antitrust Paradigm*, cit., p. 99 ss. e, per indicazioni operative, *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 9 ss., p. 51-55: per le piattaforme dominanti che si espandono nei mercati vicini, diventando ecosistemi digitali, si è proposto di fare valere una presunzione a favore dell'obbligo di garantire l'interoperabilità; presunzione che può anche essere giustificata «daddove piattaforme dominanti controllano specifici insiemi di dati degli utenti o dati aggregati rilevanti per la concorrenza che i concorrenti non sono in grado di riprodurre» (*ivi*, p. 51 ss.).

⁹¹ «Questa teoria del danno non crea una presunzione contro la legalità di tali fusioni, ma tiene il debito conto delle nuove strategie commerciali e dei rischi competitivi che esse comportano»: *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 126 ss., p. 129.

che agiscono da *gatekeeper*, introducendo una cornice regolatoria *ex ante*, complementare al regolamento 2019/1150; nell'ambito di questa regolazione – a carattere flessibile – si ipotizzano, quali sub-opzioni, la proibizione o restrizione di alcune pratiche scorrette, identificate in una *blacklist*, e «rimedi sartoriali», caso per caso).

Anche in sede nazionale maturano sviluppi. Ancora una volta la Germania è all'avanguardia, con il progetto per la X modifica della legge contro le limitazioni della concorrenza (*GWB-Digitalisierungsgesetz*) che, muovendo dall'esigenza di attuare la direttiva UE 2019/1 (ECN+), coglie l'occasione per introdurre norme per il settore dell'economia digitale. In particolare, il § 19a GWB, nel testo elaborato dal Ministero dell'economia e dell'energia, contempla una nuova fattispecie di abuso basata su un criterio indipendente: l'eccezionale importanza per la competizione *across markets*⁹².

Tutti questi elementi danno l'immagine di un complesso processo di cambiamento. Non sarà breve, e non vi saranno atti normativi risolutivi⁹³.

⁹² Il progetto ministeriale (*Referentenentwurf*) del 24 gennaio 2020, sottoposto ad una verifica con gli *stakeholder* prima di essere definitivamente approvato dal Governo, mira a introdurre nel GWB i § 19(4) n. 2, 19a, 20(1a)(3a), 39a ([bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf)). Per verificare la sussistenza della condotta abusiva delle imprese di eccezionale rilevanza per la concorrenza *across markets* (*Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb*), il Bundeskartellamt, secondo quanto previsto dal § 19a, prenderà in considerazione: 1. la posizione dominante dell'impresa in uno o più mercati; 2. la sua forza finanziaria; 3. l'integrazione verticale e l'attività in mercati altrimenti collegati; 4. l'accesso a dati rilevanti a fini concorrenziali; 5. l'importanza della sua attività per l'accesso di terzi ai mercati degli acquisti e delle vendite, nonché l'influenza sull'attività commerciale di terzi. Novità anche per il regime di notificazione del *merger control* in caso di fatturato superiore a 2 milioni di euro, indipendentemente dagli altri criteri, qualora vi siano indizi che future fusioni possano limitare la concorrenza in Germania (nuovo § 39a); questo standard è stato battezzato come «clausola Remondis», una società di smaltimento rifiuti che ha acquistato gradualmente piccoli concorrenti regionali di smaltimento dei rifiuti senza alcun obbligo di notifica al Bkarta. La disposizione potrà essere utilizzata per obbligare *Google, Amazon, Facebook e Apple* a notificare acquisizioni sottosoglia, finora sfuggite al controllo sulle concentrazioni. «Non è la fine delle acquisizioni killer, ma forse un inizio»: così il *blog* dell'Institut für Kartellrecht dell'Università Heinrich-Heine di Düsseldorf ([d-kartell.de](https://www.d-kartell.de)), che non esclude, peraltro, critiche da parte di *start-up* che puntano a remunerare uscite dal mercato. Un'analisi dettagliata (e con numerosi rilievi) della proposta ministeriale in T. KÖRBER, *Die Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht durch das GWB-Digitalisierungsgesetz im Spannungsfeld von moderater Anpassung und Überregulierung* (February 20, 2020), ssrn.com.

⁹³ La comunicazione della Commissione *Shaping Europe's digital future*, 18 febbraio 2020, in ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future, delinea alcune azioni: una strategia di interoperabilità da parte dei governi dell'UE per garantire il coordinamento e standard comuni per flussi e servizi di dati del settore pubblico (2021); un quadro legislativo per la governance dei dati (4° trimestre 2020) e un possibile *Data Act*

Se è giusto chiedere alla politica europea e a quella degli Stati un impegno più netto per far fronte alle questioni poste dall'economia digitale, è pur vero che occorrono tentativi, correzioni, scambio di esperienze: per imparare dagli errori⁹⁴. Le iniziative «apripista» qui ricordate sono, in questa prospettiva, di grande interesse, perché rivelano potenzialità di effetti oltre il «diritto del caso singolo». E ai casi considerati bisogna aggiungere i precedenti innovativi sull'abuso di sfruttamento per prezzi iniqui, in cui l'*antitrust* ha dato indiretto presidio alla salute pubblica, offrendo un rimedio innanzi al fallimento della regolazione. La giurisprudenza dimostra inoltre che non vi sono barriere invalicabili tra il diritto della concorrenza e l'ordinamento generale: essenziali diritti fondamentali sono entrati efficacemente nello sviluppo attuativo delle clausole della normativa *antitrust* e consumeristica⁹⁵.

(2021); valutazione e revisione dell'adeguatezza delle regole di concorrenza dell'UE per l'era digitale (2020-2023) e l'avvio di un'indagine settoriale (2020). La Commissione esaminerà nel *Digital Services Act* la possibile introduzione di regole *ex ante* per i mercati caratterizzati dalle piattaforme con significativi effetti di rete che fungono da *gatekeeper* (4° trimestre 2020).

⁹⁴ Sul valore del *process of trial and error* v., sulla scia di John Dewey, M. C. DORF, C. F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, in *Columbia L. Rev.*, 1998, vol. 98, n. 2, p. 267.

⁹⁵ Sul peso dei precedenti nella circolazione fra teoria e prassi, restano preziose le indicazioni di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, p. 185 ss., e – sulle correnti sociali e politiche che sono dietro la «facciata» delle sentenze e che investono le questioni da decidere in generale – gli spunti di G. GORLA, *Note sull'interpretazione integrativa (in diritto e in fatto) della ratio decidendi*, in *Giur. it.*, 1966, nn. 1-2, e ID., *Giurisprudenza*, voce in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, p. 489. Nella giurisprudenza qui esaminata, v. le sentenze *VBL Gegenwart e Pechstein* del BGH, citate alla nt. 55, e le pronunzie del Consiglio di Stato sul processo di attualizzazione dei concetti giuridici indeterminati, alle note 47 e 74. Sull'abuso per sfruttamento per prezzi iniqui in ambito farmaceutico (art. 102, lettera a), TFUE), v. i casi *Aspen* e *Pfizer*: l'interesse ordinamentale è il rimedio offerto, innanzi ad un fallimento della regolazione. La decisione *Aspen* di Agcm, 29 settembre 2016, n. 26185, A480 (sul prezzo di un farmaco antitumorale salvavita) ha superato il controllo del TAR Lazio, sent. 26 luglio 2017, n. 8945, e del Cons. St., sent. 13 marzo 2020, n. 1832. Nel Regno Unito la sanzione comminata a *Pfizer* dalla *Competition and Markets Authority* (CMA) non ha retto il sindacato in sede giurisdizionale sull'analisi di costo (il *Competition Appeal Tribunal*, 7 giugno 2018, [2018] CAT 11, caso n. 1275-1276/1/12/17, ha annullato con rinvio la sanzione, perché l'autorità avrebbe dato falsa applicazione al *legal test* prescritto dalla giurisprudenza europea). Sull'accertamento del «prezzo iniquo» in sede *antitrust*, L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 479; G. MUSCOLO, G. PITRUZZELLA, *Unfair prices: a few remarks on competition policy and antitrust analysis*, in *Concurrences*, 2018, n. 1, p. 60. L'uso rimediabile dell'*antitrust*, con risultati di salvaguardia indiretta di diritti fondamentali, dimostra che il campo di osservazione è più ampio e complesso dello schema usuale che si focalizza sui possibili (e frequenti) conflitti – tra tutela e promozione della concorrenza e garanzia dei diritti fondamentali – di cui si è visto un esempio anche qui, trattando del diritto alla portabilità dei dati (*supra*, nt. 67).

È un processo osmotico, sospinto da concrete esigenze rimediali: l'*anti-trust* potrà uscirne arricchito, e rilegittimato.

PIERA MARIA VIPIANA

Riflessioni su alcune recenti riforme e mancate riforme nel diritto amministrativo

SOMMARIO 1. Premessa – 2. Le «fonti» introduttive delle riforme amministrative – 3. Gli ulteriori atti da cui derivano discipline riformatrici – 4. Il peso della giurisprudenza nelle riforme amministrative – 5. Le riforme sul piano organizzativo – 6. Le riforme sul piano dei mezzi dell'azione amministrativa – 7. Le riforme sul piano dell'attività – 8. Cenni alle riforme in materia di giustizia amministrativa – 9. Linee di tendenza nelle riforme amministrative – 10. Considerazioni conclusive: «corsi e ricorsi» in materia di riforme amministrative e ... fatti oltre alle parole?

1. Il presente scritto trae spunto, nell'ambito dell'ampia bibliografia di Franco Pizzetti – che copre pure vari aspetti del diritto amministrativo –, dai lavori che mostrano un suo vivo e ricorrente interesse in materia di riforme amministrative: precisamente, si fonda sulla monografia del 2002 intitolata «Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali», specie sulla prima cinquantina di pagine, dedicate a «Le linee generali del nuovo ordinamento amministrativo italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali»¹. Rispetto a quell'anno gli interventi riformatori si sono moltiplicati, articolandosi pure molto: di essi l'Autore si occupa altresì in vari scritti successivi. Ovviamente la trattazione di tali interventi non può essere, in questa sede, né completa né esaustiva: infatti non si prenderanno in esame tutte le riforme, ma soltanto alcune di quelle ritenute più significative, né si avrà modo di affrontarle con i dettagli che sarebbero necessari.

In generale, non sembra errata l'affermazione che il diritto amministrativo, negli ultimi tempi, abbia subito una profonda evoluzione, sia a causa dell'affastellarsi di riforme², anche radicali, sia in conseguenza dei fenomeni

¹ F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino 2002.

² Il concetto di riforma amministrativa si può mutuare da S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 79. Le finalità delle riforme possono essere varie a seconda dei casi, ma quella di base coincide con lo scopo principale del diritto amministrativo: quello di promuovere la buona amministrazione (cfr. in tal senso M. ELLIOTT, J. N. E. VARUHAS, *Administrative Law: Text and Materials*⁵, Oxford 2017, p. 1). In materia di riforme

– che saranno presi in esame – dell’accentuato pluralismo delle fonti del diritto amministrativo. Se in passato si era distinto il diritto costituzionale dal diritto amministrativo affermando che il primo si modifica, al contrario del secondo³, quest’ultimo profilo dell’assunto, con riguardo agli ultimi anni, non sembra più del tutto condivisibile.

Le riforme amministrative non soltanto si sono incrementate con gli anni, ma hanno anche acquisito una nuova connotazione. Infatti, vista la centralità assunta dal cittadino, che da amministrato diventa utente – e, per certi versi co-amministratore –, la soddisfazione del quale dev’essere garantita, nell’ultimo quarto del secolo XX le riforme amministrative, da politiche interne al settore pubblico, sono divenute «interventi diretti a migliorare l’efficienza e l’efficacia dei servizi resi ai cittadini, e, quindi, politiche esterne alla macchina pubblica»⁴.

In quest’ottica, improntata alla sintesi più che all’analisi, ad avviso di chi scrive le chiavi di lettura delle riforme amministrative degli ultimi anni – che sono oggetto di innumerevoli scritti dottrinali, aventi carattere talora settoriale, talaltra più generale – si basano perlomeno su tre aspetti differenti: i settori del diritto amministrativo investiti dalle riforme, ossia i profili oggettivi; le linee di tendenza delle riforme nei vari settori, vale a dire i profili contenutistici; le «fonti» introduttive delle riforme stesse. Occorre partire da quest’ultimo profilo.

2. Se si considerano gli atti attraverso i quali hanno avuto luogo gli interventi riformatori⁵ degli ultimi tempi, si riscontrano alcune peculiarità interessanti rispetto al passato. Da sempre, peraltro, le riforme amministrative sono il frutto di atti di vario tipo. Ad esempio, nel descrivere le riforme di Francesco Crispi, si è posto in evidenza⁶ come «il suo progetto “alto” non disdegnasse però di tradursi in un riformismo amministrativo concreto e pragmatico spesso sino al punto da apparire “minuto”».

Relativamente al diritto amministrativo regole scritte esistono, solitamente, in abbondanza: dal punto di vista diacronico frequente è il susseguirsi delle leggi nel tempo (ad esempio, in materia di enti locali); dal punto

della P.A. cfr., *ex multis*, M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2015, n. 2, p. 641 ss.

³ «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*» (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*³, München-Leipzig 1924).

⁴ S. CASSESE, *L’età delle riforme amministrative*, cit., p. 81 ss.

⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova 2004.

⁶ G. MELIS, *Francesco Crispi e le riforme amministrative*, ne *Le Carte e la Storia*, 2003, n. 2, p. 58.

di vista sincronico, può non di rado ravvisarsi una sovrapposizione di discipline, sia contestualmente della stessa provenienza (ad esempio, di più leggi), sia di provenienza diversa (come da leggi statali, direttive dell'Unione europea, leggi regionali, regolamenti comunali). Al contrario non difettano talvolta profili di una tematica sui quali manca un'apposita disciplina scritta: si riscontrano quindi lacune normative, sicché la soluzione del caso concreto sarà individuata dalle stesse P.A. e, in caso di contenzioso, dalla giurisprudenza.

Mentre non occorre menzionare le leggi costituzionali che hanno inciso profondamente sul diritto amministrativo, quanto agli atti aventi forza di legge, si è notato come oggi, accanto alle leggi-provvedimento, sussistono provvedimenti in forma legislativa e quello che è stato definito l'«amministrare per legge», nel senso che il Parlamento «amplia» l'area della legislazione, per soddisfare un «bisogno dei governi»⁷.

Oggi le riforme sono sovente introdotte con decreti legislativi e decreti legge. Questi ultimi⁸ si sono basati su situazioni più o meno evidenti di necessità e urgenza, che peraltro non di rado appaiono, essenzialmente, degli spunti per l'introduzione di una disciplina ritenuta indispensabile in sede governativa. I decreti legislativi sono stati gli atti aventi forza di legge con i quali si sono introdotte le «grandi» riforme, come il codice dei contratti pubblici e il suo «correttivo», il codice del processo amministrativo ed i suoi due correttivi, il testo unico sugli enti locali e così via.

Un esempio di commistione di fonti volte a tratteggiare un multiforme disegno di riforma amministrativa è quello che si potrebbe definire il corposo «pacchetto» delle riforme Madia, che consta, in primo luogo, di una legge, la l. 7 agosto 2015, n. 124, recante «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», la quale, nonostante il titolo, non è soltanto una legge delega che configura innumerevoli decreti

⁷ S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 1, p. 13, il quale osserva altresì: «Da un terzo a due terzi del contenuto delle leggi è la traduzione in norma di un dettato amministrativo. Si è giunti a disporre la chiusura della sede di un ministero a Roma per legge, quando bastava una decisione dirigenziale. Il problema era di provvedere rapidamente, da parte di un governo che sapeva di essere transeunte, e quindi aveva bisogno di adottare nello stesso tempo un atto legislativo e un atto amministrativo».

⁸ Fra gli atti aventi forza di legge degli ultimi tempi bisogna ricordare, ad esempio il d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito in legge dalla l. 16 novembre 2018, n. 130, e denominato correntemente «decreto Genova», ma avente disposizioni urgenti non solo per la città di Genova, ma anche per la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, oppure il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, noto come «decreto sicurezza» e convertito in legge dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132.

legislativi delegati, ma contiene pure disposizioni immediatamente precettive ed autorizzazioni al Governo ad adottare regolamenti (art. 4) e quindi, per quest'ultimo aspetto, è una legge di delegificazione⁹. Sugli schemi di decreti delegati sono intervenuti, sulla base delle prescrizioni della legge delega, alcuni pareri del Consiglio di Stato che sono stati adottati, in sede di funzioni consultive svolte «nell'interesse pubblico» (e non «nell'interesse della pubblica amministrazione»), al fine di garantire la legittimità dell'agire delle amministrazioni e quindi al fine di prevenire il contenzioso: ciò viene specificato nel primo di tali pareri, che delinea pure lo spirito e il senso della riforma¹⁰. Il ruolo del Consiglio di Stato non si esaurisce nell'esame dei suddetti schemi, ma può attenersi anche alla soluzione di dubbi interpretativi sorti sulle nuove disposizioni: ad esempio, è stato reso un parere sui punti cruciali destinati a condizionare la concreta operatività di un nuovo istituto che è stato introdotto dalla legge Madia¹¹.

In generale, nel suo complessivo disegno riformatore la legge Madia affronta, come rileva il primo dei menzionati pareri del Consiglio di Stato, «la riforma dell'amministrazione pubblica come un tema unitario, anche se poi gli interventi si ripartiscono necessariamente nei singoli settori [...] mira a reagire a un diffuso modo di intendere il proprio ruolo da parte di molte pubbliche amministrazioni: un'idea di separazione di ciascuna amministrazione rispetto alle altre [...] mira a incidere sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo». In particolare, secondo il parere, lo sforzo riformatore del Governo è indirizzato verso «il miglioramento della qualità normativa, la semplificazione e l'efficienza di procedure e organismi».

Ad uno sguardo meno ottimistico, la riforma s'inserisce nelle operazioni volte, a fronte di un'amministrazione inefficiente ed ostativa allo sviluppo delle attività produttive italiane, ad «inondare l'ordinamento di una normativa definita, nella sostanza, salvifica e volta a semplificare, ridurre i tempi, modificare l'organizzazione, sopprimere istituzioni, accorpare e riallocare competenze e così via»¹². In particolare, si è osservato che la legge e i con-

⁹ Per questi tre profili insiti nella legge cfr. G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi*, 2015, n. 1.

¹⁰ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

¹¹ Si tratta del silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici, su cui v. il parere di Cons. St., Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640.

¹² E. FOLLIERI, *La riforma della pubblica amministrazione nella L. 7.8.2015 n. 124 ed il ruolo della Dottrina*, in *Giust. amm.*, 2015, n. 11, § 1.

seguenti decreti legislativi delegati, senza introdurre nuove discipline e riforme, prevedono la revisione, la correzione, il miglioramento di alcune discipline esistenti.

Sempre a livello di fonti primarie, evidente è la rilevanza delle leggi regionali in materia di organizzazione amministrativa e di attività amministrativa. Invero, dal primo punto di vista, per quanto attiene agli enti locali territoriali, la competenza esclusiva statale è stabilita in merito a «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, comma 2, lett. p), mentre per tutti gli altri aspetti relativi all'organizzazione degli enti locali e riguardo all'organizzazione regionale, la competenza legislativa non è quella concorrente fra Stato e Regioni, in quanto non rientra nell'ambito delle materie elencate al comma 3 del medesimo art. 117 Cost., bensì è quella residuale delle Regioni, salva la potestà statutaria di ogni ente¹³. Pure in tema di attività amministrativa abbondante è la legislazione regionale: in tutti i settori si profilano non di rado problemi di riparto delle competenze legislative, sui quali è sovente chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale.

Quanto alle fonti sub-legislative, frequente è l'esercizio della potestà regolamentare per introdurre la disciplina di vari aspetti del diritto amministrativo e, in particolare, dell'organizzazione amministrativa: in tale settore si hanno regolamenti statali, oppure regionali o dei vari enti locali.

Ai fini del presente scritto sembra ovvio che un ruolo rilevante giochino pure – tanto che se ne dovrebbe parlare all'inizio della trattazione – le fonti del diritto dell'Unione europea¹⁴, il «riconoscimento costituzionale» delle quali discende dalla riforma del titolo V della parte II della Costituzione¹⁵: il diritto amministrativo è profondamente interessato non solo dal diritto dei Trattati, ma pure dal diritto derivato dell'Unione europea. Quanto a quest'ultimo, i regolamenti e le direttive *self executing* che introducano nuove discipline che tocchino il diritto amministrativo sono pure riforme per il diritto amministrativo in Italia, nel quale il dovere di disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto dell'Unione europea auto-esecutivo

¹³ In effetti, la legislazione regionale in materia è abbondante e significativa: essa attiene a vari profili dell'organizzazione degli enti in questione, fra i quali, ad esempio, l'eventuale nomina dei difensori civici (Cons. St., sent. 15 novembre 2016, n. 4718).

¹⁴ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano 2018.

¹⁵ Cfr. L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, n. 6, p. 1203 ss.

grava su giudici¹⁶ e pubbliche amministrazioni¹⁷, salvi i cosiddetti controlli costituzionali¹⁸, derivanti dai principi supremi previsti nella Costituzione, ritenuti operanti dalla giurisprudenza, anche della Consulta¹⁹. Alle direttive non *self executing* faranno seguito riforme pure nel nostro ordinamento: in effetti, le riforme legate ai mutamenti normativi del diritto dell'Unione europea sono innumerevoli e rilevanti; un esempio per tutti è dato dai codici dei contratti pubblici del 2006 e del 2016, contenuti in decreti legislativi adottati, sulla base di una legge delega, nell'ottica del recepimento di direttive UE, che comporta una serie di vincoli²⁰.

¹⁶ Il dovere di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione europea vale anche per il giudice amministrativo, nel senso che quest'ultimo non dà applicazione ad un atto normativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea (Cons. St., sent. 25 giugno 2018, n. 9).

¹⁷ Le norme del diritto interno contrarie al diritto comunitario devono essere disapplicate dai giudici e dalla P.A. (già Corte cost., sent. 10 novembre 1994, n. 384, e giurisprudenza costituzionale successiva). Inoltre, in base al primato del diritto europeo, alle P.A. è vietato dare esecuzione ad un provvedimento la cui legittimità sia stata affermata da una sentenza passata in giudicato, se sia stato ritenuto contrario al diritto europeo dalla Corte di giustizia (Corte giust., 13 gennaio 2004, c. 453/00, *Kuhne & Heitz*).

¹⁸ Sui quali e in generale su questi temi cfr. in dottrina, *ex multis*: R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi* 1, 2016; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 5, p. 3908 ss.; S. BATTINI, *È costituzionale il diritto internazionale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, n. 3, p. 368 ss.; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum quad. cost.*, 11 gennaio 2016; N. COLACINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in *Federalismi*, 2016, n. 1; R. BIN, *Taricco tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 5; M. LOSANA, *Il caso «Taricco» e la funzione «emancipante» della nostra Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2017, n. 2; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controlimiti attraverso il «dialogo» tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, *ivi*, 2018, n. 2; F. FERRARI, *Indipendentemente dalla collocazione dei fatti: i principi supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco)*, in *Quad. cost.*, 2018.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238; ord. 26 gennaio 2017, n. 24; sent. 31 maggio 2018, n. 115; ord. 21 dicembre 2018, n. 243; Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, c. 42/17, *MAS*.

²⁰ Come il divieto del cosiddetto *gold plating*, vale a dire il divieto di introdurre una disciplina più gravosa di quella prevista in sede eurounitaria, su cui cfr., fra gli altri, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione per il LXI Convegno di Studi Amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Milano 2016, e in www.irpa.eu, e E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum quad. cost.*, 21 marzo 2016.

3. Interventi riformatori del diritto amministrativo – forse non quelli più epocali, ma comunque rilevanti anche dal punto di vista pratico – sono dettati non da vere e proprie fonti del diritto, ma da altri atti giuridici²¹, in particolare dalle direttive e dagli atti amministrativi generali²²: a proposito di essi, come noto, varie sono le questioni giuridiche, a partire dalla loro natura giuridica²³ e dalla loro vincolatezza²⁴.

Se gli atti in questione sono noti da tempo, in epoca più recente sono stati previsti in sede legislativa altri atti dall'incerta qualificazione: come le linee-guida²⁵, che rientrerebbero nell'ambito della *soft law*²⁶. Non chiara appare la natura di tali atti, fra i quali le linee-guida in materia sanitaria o quelle adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione: in via di massima, a meno che il legislatore propenda per una natura specifica, ad esempio definendole vincolanti o utilizzando espressioni analoghe, le linee-guida sembrano assimilabili ad atti amministrativi generali – perché destinate a una pluralità indeterminata di destinatari – e probabilmente non ad atti normativi: non rientrano fra le fonti del diritto, ma sono atti con i quali un'amministrazione vincola un'altra o eventualmente pure privati²⁷.

Tutt'altro che irrilevanti risultano le linee-guida relativamente alla disciplina di vari istituti: la riforma di alcuni di essi o perlomeno di profili im-

²¹ Cfr. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, n. 2, p. 337 ss.

²² In materia v. ad esempio: M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali* (1953), ora in *Scritti (1949-1954)*, III, Milano 2003, p. 769 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 1-2, p. 53 ss.

²³ Se non manca chi qualifica gli atti amministrativi generali come fonti terziarie del diritto (M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, p. 683 ss., § 5.3.), la tesi più consolidata li include fra gli atti amministrativi (P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano 1999, p. 4): esempi sarebbero piani regolatori urbanistici, provvedimenti di determinazione di prezzi o di tariffe, bandi di gara e bandi di concorso per l'accesso agli impieghi alle dipendenze delle P.A.

²⁴ In dottrina alcuni escludono l'assimilabilità degli atti generali alle norme interne, perché essi danno luogo ad un vincolo inderogabile (A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Roma 1954, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990, p. 51 ss.): essi sarebbero, piuttosto, assimilabili ai regolamenti (M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.). Quanto all'articolata posizione della giurisprudenza cfr. Cons. St., sent. 4 maggio 2012, n. 9.

²⁵ Cfr. V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano 2016.

²⁶ M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, p. 147 ss.

²⁷ Per un sintetico quadro, P. M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa ed i suoi mezzi*, Padova 2019, p. 35 ss.

portanti nel loro ambito si deve proprio a linee-guida. Ad esempio, lo svolgimento delle prove concorsuali e la valutazione dei titoli trovano la loro disciplina, ai sensi del vigente art. 35 d.l. 30 marzo 2001, n. 165 (in tema di reclutamento del personale alle dipendenze delle P.A.) in linee guida di indirizzo amministrativo che sono elaborate dal Dipartimento della funzione pubblica (comma 5.2, introdotto dal d.l. 25 maggio 2017, n. 75): l'aggettivo «amministrativo» chiarirebbe la natura giuridica delle linee guida *de quibus*, sulla base del suggerimento espresso dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del decreto legislativo medesimo²⁸, facendone escludere la natura normativa. In un campo totalmente differente, il codice dei contratti pubblici, di cui al d.l. 18 aprile 2016, n. 50, individua (all'art. 213) linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, dell'ANAC: in particolare, menziona varie specie di linee-guida, molte delle quali su profili cardine del settore. Peraltro, una delle ennesime riforme al codice dei contratti pubblici²⁹ prevede ora un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice, destinato a completare la disciplina codicistica in merito ad aspetti rilevanti in materia, come il responsabile unico del procedimento (RUP), che fino all'entrata in vigore di tale regolamento resteranno disciplinati, oltre che dal codice, da linee-guida dell'ANAC³⁰.

Più in generale, alle autorità amministrative indipendenti spetta un potere regolatorio nei settori di loro rispettiva competenza: potere ricollegabile all'elevato tecnicismo della regolamentazione, che in ciascuno di quei settori proprio l'autorità indipendente di riferimento può dettare in modo efficace.

²⁸ Come osservano R. MAZZARO, C. SILVESTRO, *Fabbisogni e concorsi pubblici nella riforma Madia*, in *Foro amm.*, 2018, n. 1, p. 141 ss., § 5.

²⁹ Ossia il comma 27 *octies* dell'art. 216, introdotto dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

³⁰ Il codice dei contratti prevedeva che l'ANAC, con proprie linee guida, definisse una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del responsabile unico del procedimento (RUP), sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal codice, in relazione alla complessità dei lavori (art. 31 d.lg. n. 50 del 2016, su ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni, comma 5). Con le medesime linee guida, erano determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione (comma medesimo). Tali aspetti sono ora disciplinati dal regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, cit.

La legge attributiva di ciascuno di tali poteri deve precisare perlomeno il settore in cui esso sarà esercitato³¹.

Quanto all'ANAC, i suoi poteri regolatori si giustificano anche per il fatto che è previsto un procedimento che assicura la partecipazione degli interessati, «sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»³². In merito agli atti di regolazione dell'ANAC e, in special modo, alle linee-guida, molti sono i profili interessanti, che in questa sede non si possono affrontare: modi di formazione, pubblicità ed efficacia; natura giuridica³³ ed inseribilità nella cosiddetta *soft law*³⁴.

4. Come si è visto, le riforme amministrative sono dettate da un'ampia varietà sia di fonti del diritto, sia di precetti non provenienti da fonti in senso proprio: sembra condivisibile la tesi³⁵ secondo la quale le fonti del diritto amministrativo presentano caratteristiche di specialità tali da richiedere uno studio *ad hoc* di esse da parte degli amministratori.

Una volta che una riforma sia stata introdotta, sorge il problema della sua interpretazione in sede applicativa. A tal fine rileva, oltre alle norme

³¹ F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, n. 3, p. 743.

³² Cfr. Cons. St., sentt. 27 dicembre 2006, n. 7972, e 2 maggio 2012, n. 2521. In dottrina cfr.: F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giust. amm.*, 2014, n. 9, p. 5; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno *Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, svoltosi a Roma il 14 dicembre 2005, in *Giust. amm.*, 2006, p. 3; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze 1997, p. 200.

³³ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, Relazione al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, svoltosi a Varenna dal 22 al 24 settembre 2016, in *Giust. amm.*, 2016, § 5.2, e G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 3, p. 273 ss.

³⁴ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, p. 31 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust. amm.*, 2016, n. 4, p. 7; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *ivi*, 2016, n. 6, p. 14.

³⁵ Sostenuta recentemente proprio da un amministrativista: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., § 1.

interne, in particolare alle eventuali circolari³⁶, e alla prassi amministrativa³⁷, la giurisprudenza. In pratica, ogni disposizione di una riforma va letta e integrata alla luce della giurisprudenza, che ha un ruolo sempre più rilevante³⁸.

Se il diritto amministrativo è un diritto giurisprudenziale, nel senso che molti dei suoi istituti non si comprendono se non grazie all'apporto della giurisprudenza, a causa dell'eccesso o la contraddittorietà della normativa oppure delle lacune di essa³⁹, l'importanza delle pronunce giurisprudenziali emerge soprattutto in alcuni settori del diritto amministrativo, come quello dei contratti pubblici, che vede il giudice amministrativo quale «il vero regolatore» del settore⁴⁰. Si è posto in evidenza «il ruolo “pretorio” del giudice amministrativo nella costruzione dei principi generali, e dunque dell'essenza del diritto amministrativo»: quanto a quest'ultimo, «non si tratta soltanto di un giudice “creatore” dei principi, ma anche di un giudice che tende persino a porsi in una posizione sovraordinata allo stesso legislatore, con una sostanziale inversione dell'ordine formale della gerarchia delle fonti, ove i “principi generali del diritto” designano in realtà i “principi generali del giudice”»⁴¹.

³⁶ In giurisprudenza cfr., *ex multis*: Cons. St., sent. 6 aprile 1991, n. 436; TAR Campania, sent. 12 novembre 1991, n. 630; TAR Campania, sent. 12 luglio 2012, n. 3380. In dottrina da F. CAMMEO, *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giur. it.*, 1900, III, p. 273 ss. e ID., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, *ivi*, 1912, III, p. 103 ss., fino a M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., p. 683 ss. Cfr. pure P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano 2017, p. 193 ss.

³⁷ Su cui cfr.: A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Padova 1979; L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, n. 2, p. 227 ss.; S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, *ivi*, 2013, nn. 1-2, p. 149 ss.

³⁸ N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, n. 4, p. 1153.

³⁹ R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitiva” della giurisprudenza*, in F. ASTONE, M. CALDERERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in onore di Antonio Romano Tassone*, Napoli 2017, p. 1117 ss. In materia v. le rilevanti precisazioni di A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 2, p. 691 ss.

⁴⁰ Cfr., ad esempio, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 2, p. 381.

⁴¹ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., § 1.

Soprattutto rilevante appare il ruolo delle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato grazie alla sua funzione nomofilattica⁴².

Occorre inoltre rimarcare l'importanza del Consiglio di Stato non soltanto in sede giurisdizionale, ma anche in sede consultiva. Invero, di regola sugli schemi di decreti legislativi, così come sui frequenti correttivi agli stessi, sono stati espressi «epocali» pareri del Consiglio di Stato, utilissime interpretazioni della disciplina in via di introduzione. In generale, i pareri in questione costituiscono altrettante chiavi di lettura, ampie ed esaurienti, degli istituti che ne costituiscono gli oggetti e vademecum che le amministrazioni interessate dovrebbero tener presenti. Pure gli schemi delle linee guida dell'ANAC sono sottoposti al parere del Consiglio di Stato, il quale, in sede questa volta giurisdizionale, può anche essere chiamato a sindacare, nella veste di giudice amministrativo d'appello, sulle medesime linee guida.

In sintesi, la giurisprudenza va a completare le riforme – che devono essere lette alla luce di essa – e talvolta le anticipa⁴³.

5. Se si guarda all'organizzazione amministrativa, ci si avvede che le riforme recenti hanno avuto a oggetto sia essa in generale, relativamente a vari aspetti rilevanti, sia le singole figure organizzatorie, a livello centrale, ma soprattutto a livello di amministrazioni locali, sia ancora ulteriori figure di recente emersione.

Fra le ultime riforme in materia (anche) di organizzazione amministrativa – che sembrano investire quest'ultima pure in taluni aspetti generali – vi è la già citata riforma Madia⁴⁴ la quale sul punto presenta l'ambizioso

⁴² Sulla nomofilachia dell'Adunanza plenaria v.: S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova 2011; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli 2012; E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, «sovrano illuminato», prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, nota a *Cons. Stato, Ad. plen.*, 22 dicembre 2017, n. 13, in *Urb. app.*, 2018, n. 3, p. 391 ss.; ID., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in F. ASTONE, M. CALDERERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in onore di Antonio Romano Tassone*, cit., p. 1215 ss.

⁴³ La giurisprudenza, ad esempio, ha espresso orientamenti in tema di vizi dell'atto amministrativo, che poi sono divenuti il contenuto di leggi. Anche la dottrina ha un ruolo non indifferente, avendo ispirato sia la giurisprudenza (ad esempio, nell'individuazione di alcune figure di eccesso di potere), sia il legislatore. Ad esempio, la soluzione secondo cui si forma un silenzio-diniego dopo il decorso del termine per intervenire sulla SCIA con poteri inibitori e ripristinatori, è stata individuata da G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 359 ss., è stata recepita dalla giurisprudenza e poi dal legislatore: v. ID., *Ancora sulla SCIA: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, *ivi*, 2014, p. 645 ss.

⁴⁴ V. *supra*, al § 2.

oggetto della riorganizzazione della P.A.⁴⁵, specie quanto all'organizzazione amministrativa, al riassetto dell'amministrazione statale, di enti pubblici, come le camere di commercio, al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, alla dirigenza pubblica, alle società partecipate ed ai servizi pubblici locali⁴⁶.

In questa sede rileva la declaratoria di illegittimità costituzionale di talune disposizioni della l. 7 agosto 2015, n. 124, ad opera di un'importante sentenza della Corte costituzionale⁴⁷, che ha riguardato alcune disposizioni della legge recanti deleghe al Governo e quindi principi e criteri direttivi in materia di organizzazione della P.A. e specificatamente disposizioni in tema di: dirigenza regionale⁴⁸, lesive della competenza legislativa regionale residuale in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa regionale; riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, che sono riferite anche al lavoro pubblico regionale⁴⁹; riordino della disciplina dell'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali e alle partecipazioni azionarie di tali amministrazioni pubbliche⁵⁰; riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale che inciderebbero su materie di competenza regionale⁵¹.

La sentenza della Consulta in parola osserva che le disposizioni censurate prevedono, «per l'adozione dei decreti legislativi delegati attuativi, una forma di raccordo con le Regioni – il parere in Conferenza unificata – da ritenersi lesiva del principio di leale collaborazione perché non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali, necessario a contemperare la compressione delle loro competenze»: ad avviso della Corte «solo l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento». Dato che le disposizioni dichiarate incostituzionali

⁴⁵ Così A. POGGI, *La legge Madia: riorganizzazione dell'amministrazione pubblica?*, in *Federalismi*, 2015, n. 20.

⁴⁶ M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 2, p. 347 ss., § 3. Per una lettura *ex post* della riforma cfr. di B. G. MATTARELLA, *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 5, p. 565 ss.

⁴⁷ Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 251, annotata da A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, *Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi*, 2016, n. 25, e da F.S. MARINI, *La sentenza n. 251 del 2016 tra intesa legislativa e applicabilità condizionata ai decreti legislativi*, in *Giust. amm.*, 2017, n. 1.

⁴⁸ Art. 11, comma 1, lett. a), lett. b), n. 2, lett. c), nn. 1 e 2, lett. e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2.

⁴⁹ Art. 17, comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s) e t).

⁵⁰ Art. 18, lett. a), b), c), e), i), l) e m), nn. da 1 a 7.

⁵¹ Art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u).

sono disposizioni della legge delega, e non disposizioni dei decreti legislativi delegati che erano, in parte, già stati adottati, il Governo, sulla base della formulazione della pronuncia della Consulta e di un successivo parere del Consiglio di Stato⁵², ha quindi adottato, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, ulteriori decreti legislativi, che hanno modificato e integrato quelli precedenti.

Nell'ambito delle riforme in tema di organizzazione non si possono dimenticare quelle, a livello di amministrazione centrale, sui vari ministeri⁵³,

⁵² Al riguardo la Corte ha affermato che «Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione» (Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 251). Quindi la Consulta non ha esercitato il proprio potere, previsto dall'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, di pronunciare l'illegittimità costituzionale conseguenziale dei decreti legislativi già in vigore. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva (Aduanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83), investito del quesito sugli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale, ha osservato che una via avrebbe potuto essere l'adozione di una nuova legge delega conforme ai vincoli procedurali sanciti dalla sentenza della Corte costituzionale. Un'altra via, suggerita dal Consiglio di Stato, consiste nella redazione di disegni di legge governativi aventi, almeno in parte, i contenuti dei decreti delegati che andrebbero a sostituire e nella conseguente adozione di essi attraverso l'iter procedimentale imposto dalla citata sentenza della Corte costituzionale. Questa seconda strada è stata effettivamente seguita dal Governo.

⁵³ L'attuale assetto organizzativo del Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo è dato da un regolamento di organizzazione adottato in deroga agli strumenti previsti dal d.lg. n. 300 del 1999: il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, ha, infatti, autorizzato l'impiego del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri quale modalità per adottare riforme organizzative delle strutture ministeriali, tanto che il regolamento del Ministero dei beni e delle attività culturali – che con il governo attualmente in carica ha riacquisito le deleghe al turismo – è stato dapprima adottato con d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171, oggi abrogato e sostituito dal d.P.C.M. 19 giugno 2019, n. 76. Cfr. N. GRECO, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna 1981; S. AMOROSINO, *Riflessioni sul futuro Ministero per le attività ed i beni culturali e sul riparto di funzioni tra Stato, regioni ed enti locali*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano 1999, p. 227 ss.; D. GIROTTO, *L'organizzazione del Mibact nel sistema delle fonti*, in www.aedon.mulino.it, 2016, n. 2; M. CAMELLI, *I tre tempi del Ministero dei beni culturali*, *ivi*, 2016, n. 3. Di recente in materia di riorganizzazione ministeriale cfr. il d.P.C.M. 26 giugno 2019, n. 103, recante il regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze e il d.l. 21 settembre 2019, n. 104, che contiene disposizioni urgenti per il trasferimento di funzioni e per la riorganizzazione dei Ministeri *ivi* indicati.

né quelle sugli enti locali⁵⁴, in primo luogo, ovviamente la riforma del titolo V della parte II della Costituzione, che introduce varie innovazioni di rilievo in tema di diritto amministrativo⁵⁵. In particolare, il nuovo art. 118 Cost., soprattutto se considerato nel contesto di tutte le innovazioni normative che direttamente o indirettamente toccano l'amministrazione, fonda un nuovo «sistema amministrativo», che costituisce il più immediato e diretto riflesso di quanto previsto dal novellato art. 114 Cost. Sulla base di queste norme, l'amministrazione italiana si configura oggi non solo come un sistema compiutamente e definitivamente policentrico, ma anche come un sistema in cui, indipendentemente da quale sia il legislatore competente a legiferare nelle diverse materie, l'amministrazione deve incentrarsi primariamente sui Comuni⁵⁶.

Ad alcuni anni dalla riforma costituzionale ci si interroga sull'impatto concreto che essa ha avuto⁵⁷. Al riguardo è stata posta acutamente in rilievo la mancanza di ogni criterio di «attribuzione automatica» di funzioni amministrative a ciascuno dei diversi livelli di governo, in un sistema che fissa il principio dell'attribuzione delle funzioni ai Comuni come principio sempre derogabile sulla base dei criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza⁵⁸. Tale caratteristica del testo costituzionale, come novellato nel 2001, a prescindere dai possibili giudizi teorici sullo stesso, dà adito a problemi di ripartizione delle competenze amministrative fra i vari enti che compongono la Repubblica, che si sommano alle questioni conseguenti alla necessità di trasformare l'ordinamento italiano sulla base della riforma⁵⁹.

Sul piano del regionalismo, in generale si è denominato come «tela di Penelope» il tentativo di istituire «un modello di regionalismo meno in-

⁵⁴ In tema cfr., in un'interessante prospettiva di diritto comparato, S. KUHLMANN, G. BOUCKAERT (eds.), *Local Public Sector Reforms in times of Crisis: National Trajectories and International Comparison*, London 2016.

⁵⁵ F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"*, in *Regioni*, 2001, n. 6, p. 1153 ss.

⁵⁶ *Ibidem*, § 2.

⁵⁷ Cfr. R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli 2015.

⁵⁸ *Ivi*, § 3.3.

⁵⁹ In tal senso, molto lucidamente, F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, Relazione al Convegno *La funzione normativa di Comuni, Province e Città metropolitane nel nuovo sistema costituzionale*, Trapani 3-4 maggio 2002, il quale osserva: «Si tratta infatti di "ricalibrare" tutto un sistema che era fondato sulla centralità e generalità della legge e dell'amministrazione statale».

certo»: quanto alle vicende del citato titolo V della seconda parte della Costituzione italiana, dopo la riforma del 2001, «si ha l'impressione che i legislatori abbiano aderito, con irrimediabile ritardo e inconsapevolmente, soprattutto negli ultimi anni, allo “sperimentalismo” proposto da Arturo Carlo Jemolo settant'anni fa»⁶⁰. Più nello specifico, il regionalismo differenziato – reso possibile dal vigente testo dell'art. 116, comma 3, Cost., che peraltro presenta un contenuto tutt'altro che dettagliato –, costituisce una meta, dal lungo e complesso percorso, che talune regioni hanno inteso perseguire⁶¹, sebbene nell'ambito delle incertezze che regnano riguardo all'istituto.

A livello di leggi ordinarie, molto rilevante è stata la cosiddetta legge Delrio⁶², definita «una grande riforma» e precisamente «la più rilevante e ampia mai fatta nel sistema degli enti territoriali locali dopo le leggi Rattazzi del 1859»⁶³. In particolare, la legge presenta contenuti di vivo interesse quanto agli enti intermedi⁶⁴: forse l'interesse si acuisce ancora di più, visto che la legge dichiaratamente detta una disciplina in attesa di una riforma costituzionale, che però non è intervenuta⁶⁵. Fra l'altro, la legge sembra sminuire il ruolo delle Province – anche se parte della dottrina è contraria a tale

⁶⁰ In tal senso F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs. universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi* 15, 2019, 31 luglio 2019, p. 3. Da ultimo v. di S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge di differenziazione: tra esigenze bilaterali e la necessaria centralità del Parlamento*, *ivi*, 2019, n. 18.

⁶¹ Cfr. da ultimo, anche per ulteriori citazioni, F. PALERMO, *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, in *Federalismi*, 2019, n. 15.

⁶² Su cui c., *ex multis*: L. VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Rimini 2014; F. FABRIZZI, G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli 2014; G. VESPERINI, *Il disegno del nuovo governo locale: le città metropolitane e le province*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 786 ss.; F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unione di comuni*, Milano 2015; ID., *Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in *Federalismi*, 2015, n. 12; P. PANTALONE, *Città metropolitane e riordino degli enti di area vasta: forse è la volta buona?* in *Dir. econ.*, 2015, p. 121 ss.

⁶³ F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle province*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3.

⁶⁴ F. PIZZETTI, *Città metropolitane e nuove province. La riforma e la sua attuazione*, in *Astrid rass.*, 2014, n. 206.

⁶⁵ Sul referendum costituzionale del 2016 cfr., *ex multis*: L. VANDELLI, *Quali prospettive per il sistema delle autonomie, dopo il referendum del 4 dicembre 2016*, in *Regioni*, 2017, nn. 1-2, p. 35 ss.; A. MORELLI, *Dopo il referendum costituzionale: quali prospettive per il sistema delle autonomie?*, *ivi*, 2016, nn. 5-6, p. 847 ss.; S. BARTOLE, *Alla ricerca di un nuovo regionalismo dopo il referendum costituzionale*, *ivi*, 2016, nn. 5-6, p. 785 ss.

depotenziamento⁶⁶ –, che però non sono state abolite da una riforma costituzionale. In tale contesto si sono verificati alcuni tentativi, ad opera di alcune leggi regionali, di prescindere, in larga parte, dalle Province, sottraendo funzioni a tali enti: peraltro tali tentativi hanno incontrato la «scura» della Corte costituzionale⁶⁷, che sul punto si è mantenuta coerente alle proprie posizioni anche negli ultimissimi tempi⁶⁸.

Nell'ambito degli attori rilevanti nel diritto amministrativo, oltre agli enti territoriali, non si possono dimenticare figure di emersione abbastanza recente, come le autorità amministrative indipendenti, che perseguono varie finalità: vigilanza sulla costituzione di posizioni private dominanti e sulla conseguente possibilità che esse ledano gli interessi degli operatori deboli o quelli degli utenti e dei consumatori; controllo su specifici settori economici; regolazione dei mercati finanziari; tutela di specifici diritti garantiti in sede costituzionale.

Ad esempio, oggetto di varie riforme è stata quell'autorità indipendente, specchio dal punto di vista storico della *ratio* primigenia di tali autorità, che originariamente era l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e che poi, in conseguenza dell'incremento delle sue competenze, estese alla vigilanza in materia di acqua e al controllo sul ciclo dei rifiuti, è stata trasformata, grazie ad una serie di atti aventi forza di legge, dapprima in Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico e poi in Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA).

Nell'ambito dell'organizzazione amministrativa occorre pure collocare, visto il loro ruolo nell'erogazione dei servizi pubblici, vari soggetti fra i quali le società a partecipazione pubblica: riguardo ad esse un'importante riforma è costituita dal testo unico di cui al d.l. 19 agosto 2016, n. 175, adottato su delega della legge Madia, e modificato dal d.l. 16 giugno 2017, n. 100⁶⁹. Il

⁶⁶ Cfr., ad esempio, G. C. DE MARTIN, *Un ente strategico, ancorché misconosciuto: la Provincia*, in *Amm. in cammino*, 2009.

⁶⁷ Infatti, sono state dichiarate illegittime alcune disposizioni della Regione Piemonte che, approvando il relativo bilancio di previsione, hanno ridotto in maniera consistente gli stanziamenti destinati alle Province, in tal modo pregiudicando lo svolgimento delle funzioni provinciali, che non sono mutate (Corte cost., sent. 24 luglio 2015, n. 188).

⁶⁸ Corte cost., sent. 28 maggio 2019, n. 129.

⁶⁹ Come si è visto, la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale la l. n. 124 del 2015, nella parte in cui stabiliva che (anche) il decreto legislativo sulle società partecipate fosse adottato previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché previa intesa: di conseguenza, alla pronuncia è stata data attuazione grazie ad un intervento correttivo, adottato a seguito dell'acquisizione dell'intesa della Conferenza unificata sullo schema di quello che sarebbe divenuto il d.l. n. 100 del 2017, recante disposizioni integrative e correttive al d.l. n. 175 del 2016.

testo unico⁷⁰, in sintesi, attua un ridimensionamento del fenomeno della partecipazione, introducendo in proposito una serie di limiti di carattere sia positivo, sia negativo.

Inoltre, sono rilevanti nell'organizzazione amministrativa pure alcuni soggetti sicuramente privati, che operano come tali, ma hanno un ruolo rilevante nell'ambito di essa: il tema va ricollegato con il principio di sussidiarietà orizzontale presente all'art. 118, comma 4, Cost.⁷¹. Alcune riforme recenti danno peso a tali figure, cercando di armonizzarne l'operato con quello delle pubbliche amministrazioni: si pensi al d.l. 3 luglio 2017, n. 117, modificato dal correttivo di cui al d.l. 3 agosto 2018, n. 105, a proposito delle attività del cosiddetto terzo settore, e al d.l. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il codice della protezione civile, che proprio con riferimento alle delicate attività di protezione civile ha previsto un coordinamento sia di azioni pubbliche, sia di azioni demandate o a singoli privati oppure ad associazioni di natura privata.

6. Un cenno merita altresì l'insieme, non sempre coordinato, delle riforme in materia di mezzi e di risorse umane.

Quanto ai mezzi finanziari, la riforma principale è quella in base alla quale l'ordinamento italiano si è uniformato al Trattato *Fiscal compact*⁷². Infatti, con l. cost. 17 aprile 2012, n. 1, sono stati modificati gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., con una riforma della disciplina di bilancio delle pubbliche amministrazioni, inclusi gli enti territoriali substatali: essa introduce il principio di carattere generale secondo cui tutte le amministrazioni pubbliche

⁷⁰ Su cui v., *ex multis*: G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica – Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 5, p. 601 ss.; H. BONURA, G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica – Il commento*, *ivi*, 2016, n. 6, p. 722 ss.; M. SANTANGELI, *I problemi applicativi della riforma delle società pubbliche*, *ivi*, 2018, n. 6, p. 726 ss.; M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 2017, n. 4, p. 441 ss.

⁷¹ M. CLARICH, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 3, p. 133 ss. Quanto al principio solidaristico, ossia di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., si tratta di un «*Leitmotiv*» della Costituzione (P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, p. 137), esso esige che siano svolti, oltre a funzioni pubbliche, servizi pubblici, che richiedono un'organizzazione efficiente.

⁷² Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione europea, è stato sottoscritto in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'UE, ad eccezione di Regno Unito e Repubblica ceca: compresa l'Italia, che ha dato esecuzione al Trattato con l. 23 luglio 2012, n. 114.

devono assicurare l'equilibrio tra entrate e spese del bilancio e la sostenibilità del debito⁷³. Con la l. 24 dicembre 2012, n. 243, sono state dettate disposizioni di attuazione del principio del pareggio di bilancio.

Quanto ai beni, vicende di rilievo sono sia le privatizzazioni dei beni pubblici, attraverso la dismissione degli stessi⁷⁴, sia la sdemanializzazione di beni che viene conseguita attraverso il cosiddetto federalismo demaniale: relativamente a quest'ultimo, in attuazione dell'art. 119 Cost., come espressamente recita il suo titolo, la l. 5 maggio 2009, n. 42, ha dettato una serie di deleghe al Governo in materia di federalismo.

A parte altri interventi riformatori specifici – come quello di cui alla l. 20 novembre 2017, n. 168, sui domini collettivi⁷⁵ – in materia di beni pubblici si può registrare una mancata riforma perché, se in ordine alla stragrande maggioranza delle tematiche afferenti al diritto amministrativo si registra un'iper-regolamentazione, sovente addirittura un intrico di norme di fonte diversa, al contrario si ravvisa un vuoto di riforma, circa una rilevante problematica, specie per un Paese come l'Italia: quello dei beni demaniali marittimi ad uso turistico-ricreativo⁷⁶.

Quanto alle risorse umane⁷⁷, il d.l. 30 marzo 2001, n. 165, è stato più volte modificato, anche in epoca recente: in particolare, ad opera del d.l. 25 maggio 2017, n. 75, adottato in attuazione della delega contenuta nella l. 7

⁷³ Cfr. Corte cost., sentt. 29 novembre 2017, n. 247, e 10 giugno 2016, n. 133. V. pure G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 691 ss.

⁷⁴ Ad esempio, il d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 novembre 2001, n. 410, ha dettato disposizioni in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare. A quest'ultimo riguardo ha previsto che il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici. Cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione. Report annuale, 2011, Italia*, in *Ius publicum*, 2011.

⁷⁵ In materia cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983. V. pure Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 113, annotata da F. MARINELLI, *La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1303 ss.

⁷⁶ Una disciplina organica ed esaustiva non sembra delineata dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145 (recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), art. 1, commi 246 e 675 ss. Sulla problematica v. Corte giust., sent. 14 luglio 2016, c. 458/14 e c. 67/15, *Promoimpresa Srl e Mario Melis e altri*, annotata da E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime - Il commento*, in *Urb. app.*, 2016, n. 11, p. 1211 ss.

⁷⁷ Cfr., di recente, B. G. MATTARELLA (a cura di), *Burocrazia e riforme, L'innovazione della pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

agosto 2015, n. 124⁷⁸. I profili oggetto di modifiche normative sono innunmerevoli.

Senza pretese di esaustività si può ricordare la disciplina del piano triennale, previsto dall'art. 6 del d.l. n. 165 del 2001, nella sua versione vigente, che sostituisce il tradizionale assetto organizzativo della dotazione organica e si occupa dell'organizzazione degli uffici in relazione ai fabbisogni di personale: tale piano dev'essere adottato in coerenza con un altro atto, ossia con le linee di indirizzo per la pianificazione dei fabbisogni di personale. Un altro profilo attiene al personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile (art. 36, commi 2 e ss., disposizioni modificate l'ennesima volta nel 2017⁷⁹).

Questione assai delicata è quella dei rapporti fra atti normativi e contratti collettivi: in proposito eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto (evidentemente in passato) discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle P.A., o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal d.l. n. 165 del 2001, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili (art. 2, comma 2, d.l. n. 165 del 2001). Di conseguenza, come ha precisato il Consiglio di Stato nel parere sullo schema del d.l. 75 del 2017, modificativo della disposizione vista⁸⁰, i contratti collettivi nazionali possono derogare alle disposizioni di legge, regolamento o statuto solo nelle materie affidate alla contrattazione collettiva dall'art. 40, comma 1, d.l. n. 165 del 2001 e comunque nel rispetto dei principi fissati dallo stesso decreto legislativo: in tal modo la riforma del 2017 precisa i limiti di intervento della contrattazione collettiva.

Ulteriori profili interessanti attengono agli illeciti e alle sanzioni disciplinari⁸¹: in particolare, quanto al licenziamento disciplinare, la disposizione del d.l. n. 165 del 2001 che se ne occupa (cioè l'art. 55 quater) è stata modificata dal d.l. n. 116 del 2016, a sua volta inciso dal decreto correttivo, ossia dal d.l. 20 luglio 2017, n. 118; quanto alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (il cosiddetto *whistleblower*)⁸² a norma dell'art. 54 bis, come

⁷⁸ Su cui M. MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della "privatizzazione"* - Il commento, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 5, p. 581 ss.

⁷⁹ C. DE MARCO, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*. Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario, in *Giur. it.*, 2018, n. 4, p. 985 ss.

⁸⁰ Cons. St., sent. 21 aprile 2017, n. 916.

⁸¹ M. MARINELLI, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"* - Il procedimento disciplinare, in *Giur. it.*, 2018, n. 4, p. 985 ss.

modificato dalla l. 30 novembre 2017, n. 179; quanto alla tutela reale del dipendente in caso di licenziamento, perché il d.l. 165 del 2001, con una disposizione innovativa, introdotta con la riforma di cui al d.l. 75 del 2017, prevede (al comma 2 bis) le conseguenze dell'annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, ossia nel caso in cui la sanzione non sia proporzionata all'infrazione e alla sua gravità: in tale ipotesi⁸³, stabilisce che «il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato».

Inoltre, nell'ottica di specificare i contenuti dell'etica del dipendente pubblico⁸⁴, sono stati previsti i codici di comportamento dei dipendenti pubblici: sia, a livello centrale, il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, ossia il regolamento che reca il codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁸⁵; sia nell'ambito di ciascuna pubblica amministrazione.

Nell'ottica dell'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e del miglioramento dell'efficienza delle P.A. occorre infine menzionare la nuova, articolata disciplina in tema di valorizzazione della performance organizzativa e individuale⁸⁶.

In materia di lavoro presso le P.A. occorre poi segnalare una mancata riforma: quella sui dirigenti, perché la l. 7 agosto 2015, n. 124, aveva delegato al Governo la riforma della disciplina sulla dirigenza, contenuta nel d.l. 165 del 2001, ma il potere delegato si è consumato e, conseguentemente, sono venute meno le disposizioni di cui all'art. 11 della legge⁸⁷.

⁸² G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 2016, n. 1.

⁸³ Lo schema di quello che sarebbe diventato il d.l. n. 75 del 2017 prevedeva la possibilità di rinnovare il procedimento disciplinare. Invece la disposizione citata risulta dal testo definitivo del d.l. n. 75 del 2017, sulla base dei suggerimenti contenuti nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo (Cons. St., Comm. spec., parere 21 aprile 2017, n. 916).

⁸⁴ S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1097 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna 2007; F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano 2009; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni, rimedi*, Firenze 2010.

⁸⁵ E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituz. feder.*, 2013, n. 2, p. 377 ss.

⁸⁶ A seguito della legge delega 4 marzo 2009, n. 15, è stato adottato un decreto legislativo che si occupa del ciclo della performance (oltre che della riforma del d.l. n. 165 del 2001): si tratta del d.l. 27 ottobre 2009, n. 150, noto come «decreto Brunetta», da ultimo modificato ad opera del d.l. 25 maggio 2017, n. 74, in attuazione dell'art. 17, comma 1, lett. r), della legge Madia.

⁸⁷ A. GARILLI, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia" - Breve storia di una riforma incompiuta*, in *Giur. it.*, 2018, n. 4, p. 985 ss.

7. Relativamente all'attività amministrativa, ossia soprattutto ad atti, provvedimenti e procedimenti amministrativi, ma anche a regimi amministrativi differenti dal provvedimento amministrativo espresso, la disciplina di base continua ad essere dettata dalla l. n. 241 del 1990, la quale risulta una legge tendenzialmente generale quanto all'ambito applicativo, attenendo a tutti i procedimenti amministrativi per i quali non sia prevista una disciplina *ad hoc*⁸⁸, ma non generale relativamente ai contenuti, perché disciplina solo taluni aspetti dell'*iter* procedimentale.

Sotto quest'ultimo profilo⁸⁹, né la l. n. 241 del 1990 – autorevolmente definita legge lacunosa⁹⁰ oppure legge «breve», sul procedimento amministrativo, non del procedimento amministrativo⁹¹ – né le leggi di settore dettano discipline esaustive in materia di attività amministrativa: non rare sono, infatti, le lacune in tale materia, in parte colmate negli anni a seguito di apposite riforme, le quali, a seconda dei casi o hanno apportato modifiche e soprattutto aggiunte al testo della legge medesima oppure hanno introdotto discipline innovative su argomenti connessi a quelli oggetto della l. n. 241 del 1990, ma in testi autonomi.

⁸⁸ In proposito ci sia consentito il rinvio a P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, cit., 15.

⁸⁹ Quanto all'altro, certamente la l. n. 241 del 1990 ha una portata generale e residuale. Circa i rapporti fra contenuti della l. 241 e disposizioni legislative statali regolanti singoli procedimenti, probabilmente occorre distinguere. Le disposizioni su procedimenti amministrativi in peculiari settori – ad esempio, quelle sulle bonifiche dei siti inquinati (P. M. VIPIANA, *La bonifica dei siti contaminati: considerazioni sui profili procedurali*, in *Urb. app.*, 2010, p. 915 ss.) o quelle in materia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. app.*, 2011, p. 775 ss.) – prevalgono su quelle della l. n. 241 del 1990, ancorché eventualmente anteriori ad esse, in virtù del principio di specialità: si deve però trattare di disposizioni non contrastanti con i principi cui è ispirata la l. 241 del 1990 e che discendono, come vedremo, da precetti costituzionali o del diritto dell'Unione europea. In giurisprudenza si è precisato che la legge sul procedimento amministrativo ha portata ed applicazione universale, cosicché gli istituti giuridici introdotti da essa (ad esempio, per finalità acceleratorie e di semplificazione procedimentale) devono trovare indistinta applicazione a tutti i procedimenti amministrativi previsti da leggi pregresse e, a maggior ragione, a quelli previsti da una fonte normativa statale di rango secondario. Cfr. Cons. St., sent. 30 settembre 2015, n. 4545, secondo cui la disciplina della l. n. 241 del 1990 in materia di conferenze di servizi deve applicarsi anche al caso dell'approvazione dei progetti riguardanti la nautica da diporto in cui sono coinvolti più soggetti portatori di interessi pubblici differenziati, in relazione ai quali un regolamento statale ha richiamato l'istituto della conferenza di servizi.

⁹⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*³, II, Milano 1993, p. 96, afferma che la l. n. 241 del 1990, come legge italiana sul procedimento amministrativo, è «una legge piena di lacune».

⁹¹ Cons. St., Ad. plen., sent. 15 settembre 1999, n. 14.

Quanto alla prima ipotesi – ossia quella degli interventi diretti sulla l. n. 241 del 1990, ormai numerosissimi⁹² – forse la legge più rilevante sul piano del numero di disposizioni nuove introdotte sembra essere la l. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha inserito nel *corpus* della l. n. 241 del 1990 una serie di articoli (contenuti in un nuovo capo, il IV bis), dedicato all'efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, nonché alla revoca ed al recesso, in tal modo completando parzialmente la disciplina giuridica del provvedimento amministrativo in una legge prettamente dedicata al procedimento, precedentemente molto sommaria ed oggi comunque ancora non completa, ad esempio, relativamente ad un tema fondamentale come l'istruttoria procedimentale. Altri interventi riformatori hanno incrementato le disposizioni della l. n. 241 del 1990⁹³, eventualmente inserendovi istituti nuovi, quali il preavviso di rigetto ed il silenzio tra pubbliche amministrazioni.

Relativamente alle nuove discipline in materia di attività amministrativa che non hanno direttamente operato sul testo della l. n. 241 del 1990, molto rilevante fra esse sembra la normativa in tema di trasparenza e di prevenzione della corruzione⁹⁴: il d.l. 25 maggio 2016, n. 97, sulla revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, che ha quindi inciso sul d.l. 14 marzo 2013, n. 33, peraltro lasciando problemi di armonizzazione fra le regole in tema pubblicità e trasparenza con quelle in materia di riservatezza⁹⁵, sui quali si è so-

⁹² In proposito, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 2, p. 347 ss., ha osservato che il testo attuale della l. n. 241 del 1990 «è il risultato di un costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di un vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente».

⁹³ Cfr., ad esempio, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 30 luglio 2010, n. 122, rilevante specie per i suoi interventi in materia di conferenze di servizi e per la riscrittura dell'art. 19, relativo, ora, alla segnalazione certificata di inizio attività, il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo» (e denominato «Semplifica Italia»), convertito nella l. 4 aprile 2012, n. 35, che, fra l'altro, ha modificato la disciplina delle conseguenze del silenzio-inadempimento; i vari atti aventi forza di legge (che sarebbe pesante citare tutti) che hanno innovato gli istituti delle conferenze di servizi.

⁹⁴ La l. 6 novembre 2012, n. 190, è stata pure legge delega, alla quale hanno fatto seguito il d.l. 33 del 2013, cui si accenna nel testo, e il d.l. 8 aprile 2013, n. 39.

⁹⁵ E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, n. 1, p. 155 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *I principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 145 ss.; S. TARULLO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto*, in *Jus*, 1996, p. 232 ss. V. pure M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni*:

fermato il d.l. 10 agosto 2018, n. 101, in tema di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Altri interventi del genere sono quelli riguardanti testi normativi su attività amministrative settoriali: si pensi al testo unico delle in materia edilizia di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, modificato di recente dal decreto legge «sblocca cantieri», ossia dal menzionato d.l. 18 aprile 2019, n. 32, e prima dalla riforma Madia.

Un esempio particolare dell'introduzione di un numero sempre più cospicuo di interventi riformatori in materia di provvedimenti amministrativi non ricadenti sul testo della l. n. 241 del 1990 è dato dai recentissimi aggiustamenti agli artt. 50 e 54 tuel, che hanno comportato un'espansione del contenuto di tali articoli. In particolare, il decreto legge «Minniti-Orlando», il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città», come convertito dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, ha attribuito al Sindaco, con il nuovo art. 50, comma 7 bis, e seppure per aspetti di sicurezza «minore», poteri di ordinanza non collegati alla contingibilità e all'urgenza: la riforma del 2017 contiene sì una predeterminazione che cerca di rispondere ai dettami della cosiddetta «sentenza dell'anche» della Corte costituzionale⁹⁶, ma nelle nuove disposizioni vi è l'indicazione di finalità amplissime e per alcuni versi sfuggenti, con sospetta violazione del principio di precisa predeterminazione degli ambiti in cui è esercitabile il potere di ordinanza e quindi con dubbi di costituzionalità della nuova normativa⁹⁷.

In sintesi, sul piano dell'attività amministrativa, le riforme degli ultimi anni si sono incentrate, in primo luogo, su un incremento della disciplina del procedimento e del provvedimento amministrativo, peraltro tuttora forse troppo scarna; in secondo luogo, sulla concretizzazione di principi in

nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, n. 3, p. 601 ss., e M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi*, 2019, n. 3.

⁹⁶ Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115.

⁹⁷ Cfr. R. DI MARIA, C. NAPOLI, A. PERTICI, *Diritto delle autonomie locali*, Torino 2019, p. 84 ss. L'osservazione è condivisibile ed estensibile alle innovazioni apportate all'art. 50 tuel dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132, che ha, fra l'altro, implementato i casi rientranti nel comma 7 bis. Infine, a maggior ragione oggi è evidente che la recente normativa renda più difficile distinguere, fra l'altro, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti e quelle che non sono caratterizzate da contingibilità e urgenza. A detrimento della certezza del diritto, sia dal punto di vista teorico, sia pratico.

materia di attività, come appunto la trasparenza; in terzo luogo, sull'introduzione di regimi amministrativi alternativi al provvedimento espresso, in un'ottica di implementazione delle esigenze di semplificazione e liberalizzazione.

In tema di attività amministrativa i capisaldi della riforma sono stati individuati in tre direttrici: «l'intensificazione della collaborazione tra amministrazioni con la previsione di termini stringenti»; la «tutela degli interessi volti agli investimenti produttivi» con il rafforzamento di istituti già previsti; il «ridimensionamento dei c.d. interessi sensibili – cioè ambientali, paesaggistico-territoriali, beni culturali, salute – per i quali le amministrazioni competenti dispongono di un termine maggiore per esprimersi, ma anche per essi si forma il silenzio-assenso che ha una sola eccezione: se le disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi». Più in generale, è stato scritto che «il complesso normativo formato dalla legge n. 124/2015 [...] e dai relativi decreti legislativi delegati non introduce nuove discipline, non opera una nuova radicale e sostanziale riforma al pari di un codice d'impronta illuministica, ma prevede la revisione, la correzione, il miglioramento di alcune discipline esistenti (cittadinanza digitale, istituti di semplificazione, autotutela, trasparenza amministrativa, riassetto dell'amministrazione statale, enti pubblici, camere di commercio, rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, dirigenza pubblica, società partecipate, servizi pubblici locali)»⁹⁸.

Se la disciplina statale in materia di attività amministrativa presenta le caratteristiche viste – essendo disciplina lacunosa, confusa ed a formazione alluvionale – è inoltre previsto che Regioni ed enti locali si occupino della materia, nel quadro delineato dall'art. 29 della l. n. 241 del 1990, salvi i profili costituenti livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.⁹⁹.

Infine, anche in tema di attività amministrativa si può probabilmente registrare una mancata riforma, in questo caso di portata generale. Invero, era stata prefigurata in passato¹⁰⁰ e sarebbe auspicabile una codificazione in

⁹⁸ E. FOLLIERI, *La riforma*, cit., § 1.

⁹⁹ Corte cost., sent. 27 giugno 2012, n. 164.

¹⁰⁰ Il 12 febbraio 2010 era stato presentato dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e dal Ministro per la semplificazione normativa (di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dell'economia e delle finanze) il d.d.l. A.C. n. 3209, recante «Disposizioni in materia di semplificazione dei rapporti della Pubblica Amministrazione con cittadini e imprese e delega al Governo per l'emanazione della Carta dei doveri delle amministrazioni pubbliche e per la codificazione in materia di pubblica amministrazione». L'art. 30 prevedeva una codificazione,

materia di disciplina dell'attività amministrativa sostanziale: precisamente, a seguito di delega legislativa al Governo, l'adozione di un decreto legislativo recante un codice dell'attività amministrativa, nel quale trasfondere pure i contenuti, riformati, della l. n. 241 del 1990 e quindi creare chiarezza e omogeneità di disciplina, essenziali per amministrazioni, cittadini ed imprese.

8. Sembra inconfutabile l'assunto che non è possibile comprendere le riforme amministrative, specie quelli incidenti in materia di attività, senza studiare le riforme in tema di giustizia amministrativa. Tali innovazioni soltanto in parte discendono da interventi normativi, come la l. 21 luglio 2000, n. 205, ed il codice del processo amministrativo, ma in larga parte sono frutto dell'azione del giudice amministrativo tesa a sindacare in maniera pregnante l'attività amministrativa.

Dal primo punto di vista, innegabili sono le riforme volte ad un rafforzamento della tutela giurisdizionale e giustiziale dei cittadini: in particolare, e senza alcuna pretesa di esaustività, si possono ravvisare le seguenti.

Innanzitutto, la disciplina delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo, con particolare riguardo all'azione di adempimento autonoma, in un quadro nel quale si assume l'atipicità delle azioni medesime¹⁰¹. In secondo luogo, occorre segnalare l'affinamento della tutela cautelare¹⁰², grazie all'introduzione delle misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 55 c.p.a.) e con la previsione in via generalizzata, ossia per qualsivoglia tipo di

delegando il Governo ad adottare, anche avvalendosi del Consiglio di Stato, un decreto legislativo con il quale provvede a riunire in un unico codice le disposizioni vigenti nelle materie di cui – fra l'altro – alla l. n. 241 del 1990, al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), al d.lg. 30 marzo 2001, n. 165 (in materia di impiego presso le pubbliche amministrazioni), al codice dell'amministrazione digitale (di cui al d.l. 7 marzo 2005, n. 82).

¹⁰¹ *Ex multis* v. E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 765 ss.

¹⁰² E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano 1981, p. 1 ss.; ID., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 646 ss.; F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, ivi, 1983, p. 311 ss. Dopo il codice del processo amministrativo, tra gli altri, R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, ivi, 2010, p. 1165 ss.; M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, ivi, 2010, p. 1130 ss.; M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104 del 2010*, ivi, p. 191 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, ivi, 2011, p. 733 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note sulla tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la entrata in vigore del Codice del 2010*, ivi, 2015, p. 1025 ss.

controversia, della tutela cautelare *ante causam* (art. 61). In terzo luogo, in materia di istruttoria processuale¹⁰³ si registra un incremento dei mezzi probatori consentiti, che sono quelli disciplinati dal c.p.c., con l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento: ciò a prescindere dal fatto che la controversia ricada nella giurisdizione di legittimità, in quella esclusiva oppure in quella estesa al merito. In quarto luogo, il c.p.a. ha precisato insistentemente che la competenza del giudice amministrativo, anche quella territoriale, è inderogabile e che l'inderogabilità di essa vale pure in sede cautelare, in tal modo evitando gli incresciosi episodi di migrazione cautelare che si erano verificati in passato. In quinto luogo, ai fini della realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, si riscontra un miglioramento della tutela in sede di ottemperanza¹⁰⁴, ad esempio attraverso la previsione della penalità di mora.

Infine, un altro interessante fenomeno è costituito dalla cosiddetta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: gli spunti in tal senso sono ormai numerosi e significativi¹⁰⁵, sicché tale ricorso sembra qualificabile come un istituto ibrido, formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale.

Dal punto di vista dell'operato della giurisprudenza amministrativa, innegabili sono gli sforzi, da essa mostrati, per assicurare un sindacato sempre più pregnante nei confronti dell'attività amministrativa: ciò sia già in fase cautelare, ad esempio grazie ai provvedimenti cautelari propulsivi¹⁰⁶, sia nel giudizio di merito, all'esito del quale l'effetto conformativo della pronuncia

¹⁰³ Cfr., in epoca successiva al codice F. SAIITA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 93 ss., e P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, *ivi*, 2016, p. 85 ss.

¹⁰⁴ F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 2, p. 534 ss.

¹⁰⁵ Legittimazione del Consiglio di Stato, in sede di parere sul ricorso straordinario, a sollevare questioni di legittimità costituzionale; carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato e conseguente soppressione del controllo della Corte dei conti sui decreti decisori del ricorso straordinario; legittimazione del Consiglio di Stato, in sede di parere sul ricorso straordinario, a sollevare la questione di interpretazione di norme comunitarie; esperibilità del ricorso in ottemperanza per ottenere l'esecuzione dei decreti decisori dei ricorsi straordinari; ricorribilità di tali decreti in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione; sottoposizione del ricorso straordinario, al pari dei ricorsi ai giudici amministrativi, alla disciplina del «contributo unificato». In materia cfr.: F. G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2374 ss.; G. D'ANGELO, *Consiglio di Stato e «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2012, III, p. 532 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, nn. 3-4, p. 747 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Cons. St., sent. 13 luglio 2018 n. 3245, e TAR Puglia, sent. 5 luglio 2018, n. 1013.

giudiziale sembra in via di sempre maggiore affermazione ed il sindacato intrinseco o forte è sempre più diffuso: nel senso che il sindacato sugli apprezamenti tecnici non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione, secondo i parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, ma deve estendersi all'esatta rappresentazione dei fatti, all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante¹⁰⁷.

9. A seguito del sommario ed incompleto quadro su talune delle principali riforme amministrative degli ultimi anni, bisogna procedere con un ulteriore passaggio: anche se, nel groviglio di riforme amministrative che si sono sviluppate, non è semplice individuare – e nemmeno intravedere – linee di tendenza generali, si può provare a ravvisarne alcune, sebbene non di rado siano ricche di limiti ed eccezioni che ne snaturano l'identità.

In primo luogo, una linea di tendenza è la riduzione dell'intervento pubblico. In tal senso militano, ad esempio, talune disposizioni del testo unico sulle società a partecipazione pubblica: la creazione di esse, l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di pubbliche amministrazioni sono meno agevoli che in passato, a meno che, tuttavia, lo esigano ragioni di interesse pubblico, come la gestione di un servizio pubblico, a seguito di una decisione *ad hoc* di una P.A.¹⁰⁸.

Un'altra linea di tendenza è l'allentamento dei vincoli sull'azione dei privati, ossia dei tanti «lacci» o «lacciuoli» che gravano su di essa: in altri termini ancora, l'allentamento del nastro rosso, per usare le parole che si leggono nel noto rapporto redatto dall'OCSE nel 2005¹⁰⁹. Tale allentamento ha luogo, fondamentalmente, attraverso i due diversi regimi alternativi alla sottoposizione delle attività private al regime autorizzatorio, ossia attraverso

¹⁰⁷ Cfr. Cons. St., sentt. 9 aprile 1999, n. 601, 23 marzo 2016, n. 1196, e TAR Sardegna, sent. 2 novembre 2016, n. 800. In dottrina, a titolo esemplificativo, cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, n. 2, p. 546 ss.

¹⁰⁸ B. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna 2017, p. 51, il quale osserva come «allo stesso obiettivo mirava, almeno inizialmente, lo schema di testo unico dei servizi pubblici locali», dapprima «deformato dal percorso parlamentare, poi definitivamente bloccato da una sentenza della Corte costituzionale». Esso «si ispirava a un favor per la concorrenza, per il ricorso al mercato, per la soddisfazione degli interessi pubblici connessi ai servizi pubblici attraverso misure diverse dall'assunzione della responsabilità del servizio da parte dell'amministrazione, per l'affidamento dell'obbligo di servizio pubblico a un gestore privato piuttosto che per la gestione pubblica».

¹⁰⁹ *Cutting red tape: National Strategies for Administrative Simplification*.

semplificazione – oggetto di numerosi interventi normativi che la richiamano anche nella rubrica¹¹⁰ – e liberalizzazione: in proposito, oltre alle innumerevoli riforme al disposto degli artt. 19 e 20 l. n. 241 del 1990, occorre segnalare le varie eccezioni all'operatività dei due istituti ivi rispettivamente disciplinati, la segnalazione certificata di inizio attività ed il silenzio-assenso, nel nome di varie esigenze, fra le quali la necessità di tutela dei cosiddetti interessi sensibili.

Ulteriori linee di tendenza sono date dalla partecipazione degli amministratori alla gestione del potere amministrativo; dal coordinamento amministrativo; dal federalismo e dalla valorizzazione delle istanze localistiche; nonché dalla trasparenza, nelle sue varie declinazioni¹¹¹, connessa alla quale è un'altra linea tendenziale delle riforme amministrative: la prevenzione della corruzione, degli altri reati contro le pubbliche amministrazioni e, più in generale, della cattiva amministrazione, alla quale sono state dedicate tante riforme, ma che è lungi dall'essere realizzata in Italia.

La necessità di introdurre innovazioni volte al contenimento del debito e alla razionalizzazione delle spese appare una linea di tendenza correlata al variato scenario economico, che ha comportato un mutamento significativo nei contenuti delle riforme. Invero, se «da crescita degli anni Novanta del ventesimo secolo ha lasciato il posto alla crisi economico-finanziaria» propria dei primi lustri del secolo successivo¹¹² e tuttora in corso, strutturalmente sono cambiate le riforme, nelle loro finalità e nei loro contenuti: si è, in effetti, scritto che le riforme, se in passato «erano state concepite soprattutto come un'opportunità, in funzione di utile accompagnamento a processi positivi di apertura alla globalizzazione e al mercato», oggi «appaiono una necessità per guadagnare margini di efficienza pubblica e privata indispensabili per riprendere la via della crescita economica dopo un'ormai lunga fase di crisi»¹¹³.

¹¹⁰ Da ultimo, occorre ricordare il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, contenente «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», detto «decreto semplificazioni», convertito in legge dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12.

¹¹¹ La trasparenza può avere scopi diversi. La distinzione fondamentale è tra le forme di trasparenza che servono a tutelare un interesse individuale e quelle che servono a tutelare l'interesse generale: nel primo caso, la trasparenza è uno strumento di difesa dell'individuo nei confronti della pubblica amministrazione, nel secondo è uno strumento di controllo dell'amministrazione stessa da parte di tutti i cittadini. Nella maggior parte dei paesi occidentali, si è affermata dapprima la prima funzione, poi la seconda. Cfr., *inter alios*, B. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, cit., p. 56.

¹¹² G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 1, p. 612.

Palesamente correlata alla linea di tendenza appena presa in esame appare un'altra linea di tendenza assai evidente negli ultimi anni: quella alla digitalizzazione.

Le riforme amministrative italiane e i disegni di ulteriori riforme in materia devono far fronte ad altri fattori propri di questi anni: la globalizzazione e l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Sotto quest'ultimo profilo non si può dimenticare che «ci troviamo immersi anche, in quanto Paese membro, dentro il complesso e difficile processo di riforma dell'Unione Europea»¹¹⁴. Peraltro, si è pure precisato che «lo spazio amministrativo europeo [...] è ancora sufficientemente largo da lasciare un ampio movimento orbitale ai singoli pianeti nazionali»¹¹⁵.

Sotto il profilo della globalizzazione, è palese che i contenuti di non poche riforme recenti sono il frutto di influenze da altri ordinamenti giuridici. Per citare un esempio significativo, si pensi al modello FOIA quanto all'accesso alle informazioni amministrative: le profonde riforme in materia di accesso che si sono registrate negli ultimissimi anni sono tributarie delle normative d'oltre confine¹¹⁶.

Inoltre, le riforme amministrative italiane dovrebbero essere sempre confrontate con quelle di altri Stati: l'approccio comparativistico¹¹⁷, oltre ad essere corretto dal punto di vista scientifico, sembra indispensabile dal punto di vista del *drafting* normativo. Una prospettiva miope in tale sede rischia di condurre a riforme inutili, se non dannose.

¹¹³ *Ibidem*, p. 614. Per taluni aspetti dell'esperienza francese in materia cfr. P. GONOD, *La libéralisation en France*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano 2013, p. 173 ss.

¹¹⁴ F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, Relazione al Convegno *La funzione normativa di Comuni, Province e Città metropolitane nel nuovo sistema costituzionale*, svoltosi a Trapani 3-4 maggio 2002.

¹¹⁵ G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative*, cit., p. 617.

¹¹⁶ A parte altri ordinamenti, come quello statunitense (su cui cfr. il sito www.foia.gov) v., di recente, quanto al Regno Unito, S. CULLEN, *Freedom of information in the UK*, London 2019: nel Paese ci sono sia un *Freedom of Information Act* del 2000 ed un *Environmental Information Regulations* del 2004 (EIR), che si applicano in Inghilterra, Galles ed Irlanda del Nord, sia un *Freedom of information Scotland Act* del 2002 ed un *Environmental Information Scotland Regulation* del 2004.

¹¹⁷ Per il quale cfr., fra gli altri, dal punto di vista della scienza politica, E. GUALMINI, *Le riforme amministrative in prospettiva comparata*, in *Amministrare*, 2001, n. 1, p. 5 ss., e dal punto di vista giuridico S. KUHLMANN, H. WOLLMANN, *Introduction to Comparative Public Administration: Administrative Systems and Reforms in Europe*², Cheltenham-Northampton 2019.

Le opposte teorie della «luce verde» o della «luce rossa» che stanno alla base di alcuni modi di intendere il diritto amministrativo¹¹⁸ forse possono convergere, nel senso che il diritto amministrativo sarebbe idoneo a far fronte ad entrambe le esigenze ed essere utile proprio per il perseguimento coordinato di esse¹¹⁹. Da un lato, esso serve ad assicurare una serie di controlli sui poteri pubblicistici di carattere arbitrario; dall'altro lato, ad agevolare l'intervento pubblico a favore della realizzazione di benefici sociali.

10. Se quelle finora enucleate sono alcune delle direzioni verso cui muovono le più recenti riforme amministrative, si può altresì notare come esse non sempre siano lineari e coerenti. Infatti, non di rado si possono riscontrare quelli che si potrebbero definire corsi e ricorsi in materia di riforme amministrative. In genere, relativamente alle riforme amministrative si possono notare – oltre ad una certa enfasi al momento dell'introduzione di esse, ciascuna delle quali viene ritenuta, di volta in volta, dai proponenti come la vera «panacea» – alcuni profili contenutistici non sempre lineari. Invero talvolta si notano veri e propri *revirements* o alcuni ritorni al passato.

Ad esempio, di recente sotto alcuni profili ci si può domandare se non si assista alla tendenza verso una nuova centralizzazione – o ri-centralizzazione¹²⁰ –, dopo decenni nei quali si enfatizzano interventi normativi in senso opposto.

Del pari, la privatizzazione, che fino a qualche anno fa costituiva un fenomeno costante pressoché in ogni riforma amministrativa, appare talvolta in via di recessione. Invero, la radicale riduzione del perimetro del settore pubblico attraverso una significativa politica di privatizzazioni e di esternalizzazioni non è al centro delle riforme in nessun paese. Ciò dipende da vari

¹¹⁸ C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, III ed., Cambridge 2009. Cfr. pure M. ELLIOTT, J. N. E. VARUHAS, *Administrative Law: Text and Materials*, Oxford 2017, p. 2 ss.

¹¹⁹ In effetti, ad avviso di M. ELLIOTT, J. N. E. VARUHAS, *Administrative Law*, cit., p. 5, «The red and green light theories are presented here as polar opposites [...] In reality, most administrative systems reflect aspects of both tradition, relying upon a combination of external, count-based control, and internal regulation of the administrative process».

¹²⁰ In materia cfr.: M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma 2012; S. MANGIAMELLI, *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano 2013; A. IACOVIELLO, *Il coordinamento della finanza pubblica come binario per la ricentralizzazione della legislazione e dell'amministrazione in tempi di crisi*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 4, p. 3524 ss. Un «forte intento di ricentralizzazione» (L. ANTONINI, *L'assetto finanziario delle autonomie speciali tra pseudo vincoli di sistema, opzioni politiche e prospettive*, *ivi*, 2015, n. 6, p. 2358 ss.) sarebbe stato perseguito dalla riforma costituzionale del 2015 non andata a buon fine a causa del referendum del 2016.

fattori. Da un lato, il peso della critica nei confronti delle tecniche di esternalizzazione, anche per il rischio che quest'ultima finisca per compromettere principi e valori pubblici¹²¹. Dall'altro lato, il fatto che il settore pubblico non è più esteso come una volta, nel senso che molti «gioielli di famiglia» sono stati venduti e i «rami secchi» da tagliare non sono più così tanti. Dall'altro lato ancora, occorre considerare che la crisi ha ridotto le capacità di investimento dei privati: i flussi di capitale più rilevanti provengono ormai dall'estero, al di fuori dei confini europei¹²².

Circa le varie riforme amministrative non sono mancati giudizi negativi: ad esempio, sembra deplorabile il ripetuto lavoro riformatore che è stato svolto sul testo della l. n. 241 del 1990 e che è descrivibile come frutto di «una spasmodica ansia riformatrice»¹²³; più in generale si è acutamente parlato di «psicopatologia delle riforme»¹²⁴.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel trattare di una delle più consistenti riforme degli ultimi tempi – la riforma Madia – sostiene che un profilo importante è dato dalla sua traduzione nella realtà, ossia dalla sua attuazione: «*the hard road from reform to implementation*»¹²⁵.

Il diuturno fenomeno della produzione normativa comporta, per chi si deve occupare del diritto amministrativo, come funzionario o dirigente, come cittadino, e così via, una continua necessità di aggiornarsi, di comprendere le disposizioni che si attagliano al caso concreto e quindi un'oggettiva difficoltà di assicurare quell'*implementation* di cui discorreva il Consiglio di Stato con riferimento ad uno specifico intervento riformatore, ma che appare una componente indispensabile per qualsiasi riforma.

Per tornare ad un illustre riformatore del passato attraverso un giudizio diverso da quello menzionato all'inizio di questo scritto, possiamo ricordare

¹²¹ J. B. AUBY, *Contracting out and "Public Values": a Theoretical and Comparative Approach*, in P. LINDSETH, S. ROSE-ACKERMAN (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham 2010, p. 511 ss.

¹²² G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative*, cit., p. 635.

¹²³ Infatti, A. CELOTTO, *L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009*, in *Giust. amm.*, ha affermato che «è facile condannare la tecnica normativa di questi ultimi anni, troppo spesso portata a modificare molto di frequente le regole, in una spasmodica ansia riformatrice».

¹²⁴ L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Rimini 2006: un'acuta lettura del lavoro si legge ora in M. A. SANDULLI, in *Las reformas del estado. Coloquio internacional en homenaje al Profesor Luciano Vandelli*, Madrid 2019, p. 89 ss.

¹²⁵ Per usare l'espressione di Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

che Giovanni Giolitti¹²⁶, nel giudicare Crispi come uomo di governo, affermò che egli aveva «idee molto chiare nel suo programma generale», cui però non corrispondeva «un'eguale attitudine a curare i particolari e l'esecuzione». Non sembra nemmeno possibile pensare che cosa Giolitti direbbe a proposito della realizzazione delle tante idee riformatrici degli statisti dei nostri giorni: parrebbe certo il suo giudizio radicalmente negativo quanto alla loro esecuzione concreta.

¹²⁶ G. GIOLITTI, *Memorie della mia vita* (1922), Milano 1982, p. 53.

LE CORTI

GIANDOMENICO FALCON

La controversia tra i Fairfax e gli Hunter e il consolidamento della Corte Suprema al vertice del sistema giudiziario degli Stati Uniti

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La controversia tra i Fairfax e gli Hunter in Virginia – 3. Il caso *Fairfax devisee v. Hunter lessee* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti – 4. I dilemmi della *Court of Appeals* – 5. L'ultima parola dei giudici della Virginia – 6. L'ultima parola della Corte Suprema degli Stati Uniti – 7. Conclusione prima – 8. Conclusione seconda – 9. *Post scriptum*

1. Propongo, con questo scritto, una breve ma – mi sembra – non insignificante immersione in uno dei casi più importanti della storia costituzionale degli Stati Uniti dell'epoca di John Marshall, al quale tuttavia, per le ragioni che appariranno, John Marshall non prese parte, o non vi prese parte ufficialmente. Il caso, iniziato come controversia su proprietà immobiliari, terminò come il precedente di riferimento sul ruolo della Corte Suprema quale vertice non solo delle giurisdizioni federali, ma dell'intero sistema giudiziario degli Stati Uniti, incluse le giurisdizioni degli Stati membri, e sulla stessa natura degli Stati Uniti, come sistema complessivo consolidato. Al termine, ho posto un breve commento che prende spunto dalla situazione attuale dell'Unione europea.

2. I primi giorni dell'aprile 1814 furono molto impegnativi per la *Supreme Court of Appeals* dello Stato della Virginia, essendo dedicati alla discussione del caso *Hunter against Martin, devisee of Fairfax*¹: un caso molto speciale, tanto che alla sua discussione la Corte aveva invitato non solo gli avvocati delle parti, ma l'intero *bar* dello Stato, del quale due illustri membri erano realmente intervenuti in udienza per esprimere i propri *sentiments*². Tanto speciale che nel volume dedicato ai *Reports* dei casi discussi e decisi da quella Suprema Corte nella sessione che si aprì nel febbraio 1813 il caso compare

¹ Più precisamente, si trattò dei giorni dal 31 marzo al 6 aprile, come risulta dai *Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Appeals of Virginia*, v. 4, William Munford, James Webster, Philadelphia 1817, p. 1 ss. (i *Reports* sono accessibili nel sito della Hathi Trust Digital Library babel.hathitrust.org).

² *Reports*, cit., p. 3.

per primo benché, come espressamente viene notato – non fosse il primo in ordine di decisione – e ciò per il fatto di essere «sotto tutti i profili il caso più importante e interessante»³. Che cosa, dunque, rendeva quel caso così speciale?

La sua materia, certamente, non era irrilevante: pur trattandosi (in partenza almeno) di una «comune» controversia sulla proprietà e altri diritti reali relativi a certi terreni situati nel *Northern Neck* della Virginia, essa era fortemente intrecciata con le vicende appena concluse della guerra di indipendenza, e con i rapporti da poco ristabiliti dai Trattati di pace stipulati con il Regno Unito. Per quanto qui interessa, tali terreni, in origine concessi dalla corona britannica, erano venuti ad appartenere a Lord Thomas Fairfax, cittadino dello Stato della Virginia, che nel 1781, alla sua morte, ne lasciò una parte⁴ per testamento al nipote Denny Martin, cittadino inglese, alla condizione (poi adempiuta) che assumesse il cognome di Fairfax, dando continuità alla famiglia. Ma Denny Martin Fairfax era pur sempre un *alien*, uno straniero, e per giunta un cittadino di uno Stato nemico⁵, sicché lo Stato della Virginia intraprese – senza portarle esplicitamente a termine – diverse iniziative rivolte alla confisca di quei terreni e delle relative rendite. In questo quadro ad un certo punto, nel 1789, con un apposito atto esso assegnò una porzione di quei terreni a David Hunter, un suo ricco cittadino. Nel frattempo, la guerra era finita con il Trattato di pace stipulato a Parigi nel 1793, poi confermato ed integrato dal *Jay Treaty* del 1794.

Speciale, la vicenda, era anche per la qualità dei suoi protagonisti. In particolare, i Fairfax erano una famiglia titolata inglese, e i diritti quasi regali che essi da decenni esercitavano sull'area risalivano ad una concessione data da Carlo II Stuart verso la metà del '600. Con gli interessi dei Fairfax, poi, erano venuti dopo la successione ad intrecciarsi quelli della famiglia Marshall, e in particolare di John, futuro *chief justice* della Corte Suprema⁶.

³ *Reports*, cit., p. 1.

⁴ Si trattava infatti di un sesto, mentre gli altri cinque sesti rimanevano al fratello: sugli elementi di fatto della vicenda v. H.C. GROOME, *Fauquier during the proprietorship*, Richmond 1927, p. 218 ss.

⁵ Almeno fino al 3 settembre 1783, quando fu stipulato il Trattato di pace che riconosceva l'indipendenza degli Stati Uniti.

⁶ Su John Marshall basti qui ricordare, nella ingente bibliografia, R. KENT NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, cui si può qui aggiungere, per la sua specificità, F. THORNTON MILLER, *John Marshall in Spencer Roane's Virginia: The Southern Constitutional Opposition to the Marshall Court*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2000, vol. 33 (reperibile al sito repository.jmls.edu/lawreview/vol33/iss4/17). Per elementi di contesto risulta utile anche: J.T. CASH, *The Court and the Old Dominion: Judicial Review Among the Virginia Jeffersonians*, in *Law and History Review*, 2017, vol. 35, n. 2, (v. al sito doi.org/10.1017/S0738248017000062).

Allora giovane avvocato, egli fu tra i primi consiglieri legali dell'erede testamentario⁷, e in seguito, nel 1793, a nome del gruppo familiare e di altri finanziatori si trovò ad acquistare egli stesso da Denny Fairfax parte dei terreni⁸.

Nel frattempo, il conflitto tra i diritti storici dei Fairfax e le assegnazioni dello Stato della Virginia aveva generato talune controversie legali, tra le quali quella promossa nel 1791, dieci anni dopo la morte di Lord Fairfax, da David Hunter con una azione per *ejectment*⁹ proposta presso la *District Court* di Winchester (una corte dello Stato della Virginia), la quale tuttavia con sentenza del 24 aprile 1794 la decise in favore dell'erede di Martin Fairfax ritenendo che nessun atto idoneo alla confisca fosse stato perfezionato da parte della Virginia¹⁰.

Hunter, soccombente, a quel che sembra si rivolse contestualmente sia alla corte suprema dello Stato della Virginia (la *Court of Appeals*) sia alla Corte Suprema degli Stati Uniti¹¹. Nella *Court of Appeals* la causa risulta discussa nel maggio 1796, senza però che alla discussione seguisse una decisione. Nello stesso anno, poco dopo, il procedimento davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti venne rinviato alla sessione seguente¹², ma non

⁷ Cfr. H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 225. Già nel 1786 infatti egli risulta aver rivolto talune *diffide* (*caveats*) allo Stato della Virginia per conto di Fairfax.

⁸ Proprio per tale coinvolgimento, quando lo scontro legale tra gli eredi Fairfax e gli aventi causa di Hunter arrivò alla Corte Suprema degli Stati Uniti, John non partecipò al giudizio (che fu redatto dal giudice Story). Anche se, a stretto rigore, il terreno in questione nel caso non rientrava tra quelli acquistati dai Marshall (cfr. H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 234), era chiaro che la ricostruzione giuridica della vicenda ne coinvolgeva gli interessi.

⁹ Un'azione di tipo possessorio, ovviamente nel senso più ampio che questa espressione assume in un sistema di *common law*.

¹⁰ Il caso originario presso la Corte distrettuale di Winchester era *Timothy Trittle, lessee of David Hunter, v. Denny Fairfax, devisee of Thomas Lord Fairfax*.

¹¹ A testimonianza, forse, della scarsa chiarezza allora delle relazioni di giurisdizione tra federazione e Stati. Dai *Reports* della Corte Suprema (Dallas, volume III, 305) risulta che nel 1796 presso tale Corte era pendente il caso *Hunter v. Fairfax's Devisee*, sulla base di un *writ of error* proposto, evidentemente, avverso la decisione della Corte (statale) distrettuale di Winchester.

¹² Dallo stesso *Report* si rileva che il 6 agosto 1796 (di poco successiva, dunque, alla prima discussione del caso davanti alla *Court of Appeals* della Virginia) l'appellante aveva chiesto e ottenuto l'aggiornamento del caso alla sessione successiva – tramite la concessione di una *continuance* – nonostante l'opposizione dei legali dei Fairfax, i quali facevano valere (tra l'altro) che la trattazione era «già stata posposta di una sessione» (*by one term*), sempre su istanza dell'appellante (*plaintiff in error*). Risulta dalla biografia di Marshall di Beveridge – ripresa sul punto da H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 228 e nt. 28 – che all'inizio del 1796 lo stesso John era andato a Philadelphia per sollecitare una tempestiva decisione. Fatto sta che la Corte Suprema degli Stati Uniti non ebbe più occasione di trattare la questione, fino a quando essa

risulta che vi venisse poi ripreso. La ragione per la quale alla discussione in *Court of Appeals* non seguì una pronta decisione in Virginia non è chiara. Essa è però verosimilmente collegata al fatto che verso la fine dello stesso 1796 l'assemblea legislativa della Virginia approvò una risoluzione secondo la quale se gli aventi causa di Lord Fairfax avessero rinunciato alle loro pretese sui terreni «deserti e non appropriati», la Virginia avrebbe abbandonato ogni pretesa sui terreni che Lord Fairfax aveva «appropriato» sia con atto legale sia attraverso effettiva delimitazione dei confini¹³. Anche in questo caso John Marshall fu protagonista della vicenda, come mostra la sua lettera di accettazione per conto dei Fairfax e degli aventi causa, a condizione che a sua volta l'assemblea della Virginia confermasse la transazione con proprio atto, cosa che essa fece¹⁴.

Quella che fu ridiscussa – dopo una lunga pausa – di nuovo nell'ottobre 1809, per essere finalmente decisa il 23 aprile 1810 era dunque ormai soltanto la coda, relativa a specifici terreni, di una vertenza che su un piano generale era stata da tempo risolta in via extragiudiziale.

Nella decisione del 1810 i due giudici decidenti¹⁵, William Fleming e Spencer Roane, non trovarono l'accordo sul punto – decisivo in primo grado – del perfezionamento degli atti di confisca¹⁶, ma concordarono sulla circostanza che la transazione del 1796 assegnava quel terreno ad Hunter, in quanto terreno non appropriato dai Fairfax. Di qui la vittoria di Hunter.

A quel che appare, tale vittoria non coinvolgeva terreni facenti ora capo ai Marshall, bensì altri terreni residui, di cui i Fairfax (Martin) erano rimasti in possesso¹⁷. Quando questi riportarono il caso, con *writ of error*, alla Corte Suprema degli Stati Uniti, John Marshall, che da tempo ne era divenuto *chief justice*, non era dunque, a quel che sembra, direttamente coinvolto; tuttavia egli, per evidenti ragioni di delicatezza, non partecipò alla trattazione del caso, né poi alla trattazione di quello che ulteriormente ne derivò, sicché per

non fu riproposta (questa volta da parte dei Fairfax) avverso la decisione della corte suprema della Virginia nel caso *Fairfax devisee v. Hunter lessee* (1812), su cui v. oltre nel testo.

¹³ «By deed or actual survey»: così il testo riportato in H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 229.

¹⁴ La lettera di John Marshall è del 24 novembre 1796, l'atto dell'assemblea legislativa del 10 dicembre 1796: cfr. H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 230. Secondo quanto riferisce F. THORNTON MILLER, *John Marshall*, cit., p. 1131 ss., l'*act of compromise* era stato elaborato dallo stesso John «while a member of the Virginia General Assembly» (p. 1134; il testo è consultabile nel sito repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1523&context=lawreview).

¹⁵ Il terzo, George Tucker, essendosi volontariamente astenuto per la propria vicinanza ad uno degli interessati.

¹⁶ Che Roane, valorizzando anche le conseguenze implicite degli atti legislativi, riteneva compiuti, cosa che Fleming, più attento alle forme del *common law*, negava in assenza di una dichiarazione esplicita.

¹⁷ Cfr. H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 234.

entrambi l'*opinion* della Corte fu invece resa da Joseph Story. Ciò non ha evitato che si formasse il convincimento¹⁸ che Marshall abbia praticamente dettato le decisioni: il che tuttavia sembra semmai più vero per la seconda, avente ad oggetto la posizione costituzionale della Corte Suprema rispetto alle corti statali, che per la prima, avente ad oggetto una mera situazione proprietaria. Per questa, anzi, sembra persino che Marshall non condividesse la soluzione raggiunta dalla Corte Suprema¹⁹.

3. La trattazione del caso *Fairfax devisee v. Hunter lessee* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti non può che suonare sorprendente a chi abbia presente la decisione avverso la quale il *writ of error* si rivolgeva. Gli avvocati, infatti, vi ridiscussero il caso *ex novo*, senza specifico o particolare riferimento alla decisione contestata²⁰. Si dibatté sulla consistenza del titolo di proprietà dei Fairfax e sugli effetti degli atti legislativi e delle risoluzioni della Virginia concernenti gli stranieri nemici. L'*act of compromise* del 1796, intervenuto tra lo Stato della Virginia e gli aventi causa di Denny Fairfax, che alla massima corte statale era apparso il punto cruciale della controversia, non fu neppure ricordato nella discussione davanti alla Corte Suprema, il che si comprende perfettamente per l'avvocato dei Fairfax: la giurisdizione della Corte Suprema, infatti, può essere fondata, in base alla sezione 25 del *Judiciary Act* del 1789, per l'ipotesi di diritti accampati in forza di un Trattato internazionale, quando la decisione della Corte Suprema statale neghi tali diritti. Non si comprende invece per l'avvocato di Hunter, che invece avrebbe avuto un evidente interesse a mostrare che il caso era stato deciso su una base giuridica diversa e puramente statale.

Ignorata dagli avvocati delle parti, la transazione del 1796 è stata ignorata anche dalla Corte Suprema. Questa, dopo aver confermato l'*opinion* della corte di Winchester circa l'incompletezza o insufficienza degli atti di

¹⁸ Come ricorda A.J. BEVERIDGE, *The Life of John Marshall*, IV, Boston 1916, p. 164 e nt. 428 (consultabile al sito www.gutenberg.org/files/40533/40533-h/40533-h.htm#FNanchor_428_428).

¹⁹ Dato che in una lettera al fratello di alcuni anni dopo (1822) egli scrive che «il caso di Hunter e Fairfax è del tutto assurdamente appoggiato al trattato del 94» («*the case of Hunter & Fairfax is very absurdly put on the treaty of 94*»). Peraltro, la seconda decisione conferma pienamente la prima anche nel merito.

²⁰ Nel successivo giudizio *Martin v. Hunter's Lessee*, il giudice Johnson, nel formulare la propria *concurring opinion*, sottolinea questa circostanza per negare che, ammettendo la giurisdizione in *error* della Corte Suprema, le massime corti statali divenissero «corti inferiori»: «*so far is the court itself from being brought under the revising power of this court, that nothing but the case, as presented by the record and pleadings of the parties, is considered, and the opinions of the court are never resorted to unless for the purpose of assisting this court in forming their own opinions*».

confisca della Virginia²¹, dichiarò che il *Jay's Treaty* del 19 novembre 1794 proteggeva ormai definitivamente gli interessi britannici, e su questa sola base rovescia il giudizio della *Court of appeals* e riafferma quello della corte distrettuale statale.

In questo modo la Corte Suprema rimaneva in un orizzonte temporale *precedente* quello della transazione, e paradossalmente decideva *chi avesse ragione prima che essa avesse luogo*, senza minimamente prenderne in considerazione il valore e gli effetti²². Le sentenze della Corte Suprema e quella della *Court of Appeals* della Virginia, dunque, non erano realmente in contrasto, sebbene quella della Corte Suprema finisse per privare «retrospettivamente» la controversia tra Martin e Hunter di quell'incertezza giuridica che giustificava la transazione.

Tuttavia, non vi era dubbio che, pur senza contrastare con essa, la sentenza della Corte Suprema perveniva a rovesciare quella della *Court of Appeals*. La Corte Suprema degli Stati Uniti, infatti, aveva aggiunto alla decisione un espresso ordine «che la detta causa sia rimandata alla predetta Court of Appeals in e per lo Stato di Virginia, con istruzioni di emanare un giudizio in favore dell'appellante, Philip Martin», con una specifica ingiunzione dell'esecuzione della propria decisione: «siete comandati – recitava il *mandate* – di svolgere nella predetta causa quelle procedure che, secondo diritto e giustizia, e le leggi degli Stati Uniti, e conformemente al predetto giudizio e istruzione della Corte Suprema devono essere svolte»²³.

Notiamo che eseguire l'ordine della Corte Suprema degli Stati Uniti, redatto in toni decisi e quasi sprezzanti, sarebbe stato in primo luogo imbarazzante da un punto di vista tecnico. La *Court of Appeals* della Virginia, infatti, non avrebbe potuto fare altro che ripetere la decisione della Corte

²¹ Dissenziente, sul punto, il giudice Johnson, che per tale ragione ritiene che il successivo trattato non potesse proteggere diritti ormai non più esistenti.

²² Che la Corte Suprema abbia giudicato il caso radicalmente *ex novo*, senza neppure prendere in considerazione il punto decisivo della sentenza della *Court of Appeals* della Virginia in esso contestata, sembra comunque corrispondere alla prassi, come confermerebbe l'*opinion* del giudice Johnson nella decisione finale *Martin v. Hunter's Lessee*: secondo la quale il *writ of error* ottenuto da una parte non è «nulla più che un modo di costringere la parte opposta ad apparire davanti a questa corte, e sostenere la legittimità del suo giudizio ottenuto davanti al tribunale statale»; ma nel nuovo giudizio «così lungi è la corte stessa dall'essere portata sotto il potere di revisione di questa corte, che null'altro vi è considerato, se non il caso, come presentato dalla documentazione (*record*) e dalle affermazioni (*pleadings*) delle parti, mentre alle opinioni della corte non si fa mai ricorso, tranne che per lo scopo di assistere questa corte nel formarsi le proprie opinioni».

²³ «*You are commanded that such proceedings be had in the said cause, as according to the right and justice, and the laws of the Unites States, and agreeably to said judgement and instruction of the Supreme Court ought to be had.*».

Suprema, semplicemente dimenticando la propria. Inoltre, essa avrebbe dovuto riconoscersi quale «corte inferiore», e con ciò accogliere una *concezione* della Costituzione degli Stati Uniti del tutto opposta alla propria, la quale del resto corrispondeva a quella largamente condivisa nello Stato della Virginia e in altri Stati del Sud²⁴.

4. Siamo così arrivati a ciò che, per la *Court of Appeals* della Virginia, rendeva il caso *Hunter against Martin, devisee of Fairfax* realmente speciale. A questo punto, infatti, non si trattava più di sapere chi, tra Hunter e Fairfax, avesse ragione circa la proprietà di determinati terreni, ma di definire la posizione legale e «costituzionale» della corte suprema dello Stato di fronte alla corte suprema degli Stati Uniti, e con ciò anche la natura stessa della federazione americana.

La Costituzione, come ben noto, si occupa del *judicial power* degli Stati Uniti all'art. III, per affermare, nella Sezione 1, che esso «sarà assegnato ad una Corte Suprema e in corti inferiori, quali il Congresso potrà mano a mano ordinare e stabilire»²⁵; nella Sezione 2 si enunciano nel primo periodo i casi ai quali il *judicial power* degli Stati Uniti *si estende*, mentre nel secondo e terzo si pone la distinzione tra gli specifici casi nei quali la Corte Suprema gode di *original jurisdiction* e la generalità degli altri casi nei quali essa dispone di *appellate jurisdiction*.

In nessun punto della disposizione si fa riferimento alle giurisdizioni degli Stati, né ai rapporti delle giurisdizioni degli Stati con il *judicial power* degli Stati Uniti. Nella Sezione 1 della Costituzione le *corti inferiori* alle quali, insieme alla Corte Suprema, è assegnato tale *judicial power* sono, chiaramente, le corti federali, create dal Congresso. Le corti degli Stati sembrano restare fuori dal disegno.

Tuttavia, con la Sezione 25 del *Judiciary Act* del 1789 il Congresso aveva individuato una serie di ipotesi nelle quali un giudizio definitivo delle più alte corti statali avrebbe potuto «essere riesaminato e rovesciato o confermato nella Corte Suprema degli Stati Uniti»: tra questi i casi in cui «sia posta in questione la costruzione di una clausola della costituzione, o di un trattato o di una legge degli Stati Uniti» e la decisione della corte statale «sia avversa al titolo, diritto, privilegio o esenzione» rivendicato da una parte «in forza di tale costituzione, trattato, legge o commissione», e sempre che si tratti di un errore evidente (*on the face of the record*) e immediatamente

²⁴ Concezione espressa, in particolare, nel *Report* di Madison, fatto proprio dall'Assemblea della Virginia nel gennaio 1800, più volte ripreso dai giudici della *Court of Appeals*.

²⁵ «*Shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*».

riferito alle «questioni di validità o costruzione della predetta costituzione, trattati, leggi, commissioni o autorità in discussione»²⁶.

Per la contestazione da parte della *Court of appeals* della Virginia della decisione della Corte Suprema si aprivano diversi possibili percorsi. Da un lato, si poteva negare la legittimità costituzionale della clausola attributiva della giurisdizione: si trattava, d'altronde, di una disposizione della stessa legge che in altra parte era stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema pochi anni prima nel caso *Marbury v. Madison*. Dall'altro si poteva negare che il caso in questione rientrasse nella predetta clausola di competenza. In questo caso, tuttavia, sarebbe pur sempre rimasto il problema di quale corte avesse l'autorità di pronunciare la parola ultima sul punto. Sotto un diverso profilo, invece, avrebbe potuto essere contestata, anziché la giurisdizione della Corte Suprema, il suo potere di ingiunzione nei confronti della *Court of Appeals* della Virginia.

Dei quattro giudici che discussero il caso, tre (Cabell, Brooke e Fleming) discussero solo il primo punto, giungendo alla conclusione dell'incostituzionalità della Sezione 25. Il quarto, Roane, li discusse entrambi, per il secondo giungendo alla conclusione che la fattispecie non rientrava nell'ambito della Sezione 25; e per aggiunta ne discusse un terzo, chiedendosi se la *Court of Appeals* avesse il potere di giungere alla soluzione negativa dell'una o dell'altra, o di entrambe, ove la sua opinione fosse stata in questo senso. Solo un giudice limitò la discussione alla liceità del *mandate* rivolto ai giudici della Virginia. Qui ignoreremo la questione meramente

²⁶ Ecco il testo completo della Sezione 25: «*And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.*».

interpretativa della Sezione 25, e cercheremo di vedere gli argomenti con i quali i giudici della Corte della Virginia affermarono il proprio punto di vista sulle altre.

5. Gli argomenti spesi dai giudici della Virginia nel caso *Hunter against Martin, devisee of Fairfax* ci consegnano una visione degli Stati Uniti molto lontana dalla presente.

Secondo il giudice Cabell, il sistema di governo degli Stati Uniti è un sistema «*sui generis*, dissimile da ogni altro che attualmente esista, o sia mai esistito». Esso non manca dei poteri di qualunque altro governo legittimo, la differenza sta nella distribuzione di quei poteri, che si fonda sul coordinamento di due distinte sovranità, quella originaria degli Stati e quella «delegata» degli Stati Uniti, creata dalla costituzione attraverso l'attribuzione di specifici poteri. Benché si esercitino «sullo stesso territorio», operino «sulle stesse persone» e spesso «sugli stessi soggetti» i due sistemi sono «separati e indipendenti»²⁷. Ne deriva che ogni sistema di sovranità «deve agire attraverso i suoi organi, non potendo attendersi, comandare o imporre obbedienza da altri, persino in relazione ad oggetti che rientrano nell'ambito dei propri poteri». La stessa regola si applica ai rispettivi sistemi di corti. Nei fatti, le corti della Virginia hanno già mostrato verso le corti federali «il rispetto che è dovuto alle opinioni di altri giudici dotti e retti», ma si tratta «di solo rispetto, non del riconoscimento di una autorità finale»²⁸. Infatti, una relazione da giudice «inferiore» a giudice «superiore» è incompatibile con le rispettive sovranità. Anche la disposizione della Sezione seconda dell'articolo III della costituzione degli Stati Uniti, secondo la quale la giurisdizione degli Stati Uniti «si estende» a tutte le questioni che ne coinvolgono la Costituzione, i trattati e le leggi, non può essere intesa come attributiva di giurisdizione su corti che appartengono «ad una diversa sovranità»²⁹. Neppure a giustificare l'appello varrebbe l'argomento della

²⁷ *Reports*, cit., p. 8.

²⁸ *Ibidem*, p. 11, corsivi nel testo.

²⁹ *Ibidem*, p. 12. Noto come di seguito il giudice ribatta al rilievo che la Costituzione indica solo *gli oggetti* su cui è dato appello alla Corte Suprema, e non *i tribunali* ai quali l'appello si riferisce: l'argomento proverebbe troppo, dato che esso «darebbe giurisdizione di appello altrettanto bene sulle corti dell'Inghilterra o della Francia, quanto sulla corte dello Stato», aggiungendo che egli, sebbene non ritenga «che le corti dello Stato siano *straniere*, rispetto alle Corti Federali», le considera tuttavia «non meno *indipendenti* che Corti straniere» (p. 14). Egli si riferisce alla circostanza che controversie simili potrebbero essere instaurate in Inghilterra o Francia in relazione a questioni che coinvolgono, ad esempio, i rispettivi Trattati con gli Stati Uniti. L'argomento, visto con gli occhi di oggi, appare estremo, ma ci fornisce un indizio su come taluni giuristi dell'epoca consideravano la *suità* del proprio Stato.

possibilità di diversità di indirizzo tra corti federali, dal momento che l'attore e il convenuto hanno la possibilità di proporre, o trasferire, la controversia davanti alle corti federali, mentre se scelgono le corti statali accettano implicitamente il carattere finale delle relative decisioni³⁰.

Anche per il giudice Roane, posta la separazione dei governi federale e statali, «naturalmente la giurisdizione concessa ad un governo è limitata alle corti di quel governo», ed essa «naturalmente, non incide sulle corti di un altro e distinto governo e non le coinvolge, sia che tale governo operi sullo stesso o su un altro tratto di paese»³¹. Questo risulta «innegabilmente chiaro» quando si tratti di un diverso territorio, ma è ugualmente chiaro anche nel caso degli Stati Uniti se sono esatte le premesse circa «la natura e gli effetti delle repubbliche federali in genere, e della nostra, in particolare». Sul piano dell'interpretazione positiva, questa affermazione sarebbe rafforzata sia dalla circostanza che nella Costituzione sono contemplate «soltanto le corti federali», sia dalla circostanza che anche in tutti gli altri casi «le autorità federali operano direttamente in relazione alle persone (*upon the people*), e non attraverso l'intermediazione delle autorità degli Stati»³². All'illustrazione di questi principi segue, come sopra, l'interpretazione della Sezione seconda dell'articolo III della Costituzione degli Stati Uniti: la giurisdizione federale viene «estesa» in confronto a quella che caratterizzava la corte o le corti della precedente Confederazione, non per assoggettarvi anche le corti statali³³.

Ciò del resto è coerente con il «principio generale» secondo il quale «una costituzione stabilisce i poteri e organizza la giurisdizione delle corti sue proprie, non di quelle di un altro governo»³⁴. Né si può dire che le corti degli Stati membri divengano corti federali quando giudicano della costituzione, di leggi o trattati degli Stati Uniti, dato che nulla di ciò è disposto dalla costituzione federale. Ragionare così «renderebbe ugualmente la Corte suprema di Calcutta, una parte del sistema giudiziario degli Stati Uniti, quando facciano valere il diritto di questo paese in quello»³⁵. D'altronde, il riconoscimento a favore degli Stati membri degli Stati Uniti del potere esclusivo di decidere le liti «non è un vantaggio così potente come può essere stato supposto», dal momento che esso è esercitato «dalle corti di ogni nazione civile»³⁶.

³⁰ *Ibidem*, p. 15 ss.

³¹ *Ibidem*, p. 33.

³² *Ibidem*, p. 33 ss.

³³ *Ibidem*, p. 36 ss.

³⁴ *Ibidem*, p. 38.

³⁵ *Ibidem*, p. 39.

³⁶ *Ibidem*, p. 43.

Altri argomenti si ammucciano. Tra questo, insuperabile appare a Roane l'immunità dalla giurisdizione federale garantita agli Stati dall'undicesimo emendamento³⁷, che toglie peso all'opposto argomento della garanzia dell'uniformità (che comunque non si avrebbe in tutti i casi). Vi è poi la stranezza delle disposizioni della Sezione 25 del *Judiciary Act*, che ammette o meno l'appello *secundum eventum litis*, garantendolo esclusivamente quando la corte statale abbia *negato* una pretesa fondata sul diritto federale, eventualmente anche in coerenza con la giurisprudenza della Corte Suprema³⁸. Né la soggezione della corte statale alla Corte Suprema potrebbe essere tratta, come pure sostenuto in causa, dal «concorrente potere dato alle corti statali» sulle questioni di diritto federale, dal momento che tale potere, per le corti statali come per «le corti di ogni altra nazione civile», trova fondamento nella giurisdizione generale sulle cause civili³⁹. In sintesi, le corti statali non sono corti *inferiori* rispetto alla Corte Suprema degli Stati Uniti, né la costituzione le prevede come tali, dovendo essere le corti inferiori non solo «ordinate e stabilite» dal congresso, ma anche dotate di giudici nominati dal presidente, che ricevono apposita commissione e compenso per i propri servizi⁴⁰.

Con ciò il primo punto è esaurito, ma interessa qui anche la discussione del terzo, che pone in questione il potere della *Court of Appeals* di risolvere i primi due: la risposta, infatti, è più che suggestiva. Premette Roane che «nel prendere una decisione su questo soggetto, questa Corte non decide tanto quali sono i diritti e i poteri della Corte federale, quanto quali sono *i suoi propri*»⁴¹. La *Court of Appeals*, in quanto giudice supremo della Virginia, non fa parte di un «tutto» comune alle Corti degli Stati Uniti⁴², ma è parte del sistema di governo dello Stato, sovrano in tutto quanto non è stato espressamente delegato dalla costituzione al sistema di governo federale, da considerarsi quale «una lega, o trattato, fatto dai singoli Stati, come una delle

³⁷ Pochi anni dopo, tuttavia, Marshall priverà l'argomento di valore, sancendo in *Cobens v. Virginia* (1821) che l'immunità non si applica alle azioni che arrivano alla Corte Suprema per il tramite di un *writ of error* dalle Corti statali, che dunque sono state ivi iniziate.

³⁸ Aspramente Roane critica «*the novel spectacle of a judgement being final or not, as it may chance to be one side or the other, and of a court being of the last resort or otherwise, as its decision may happen to have been for one or the other of the parties*» (p. 45).

³⁹ *Reports*, cit., p. 45.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁴¹ *Ibidem*, p. 51, enfasi aggiunta.

⁴² *Ibidem*, p. 52.

parti, e tutti gli Stati, come un'altra»⁴³. In questo sistema di sapore internazionalistico «quando due nazioni controvertono sulla costruzione di una lega, o trattato, esistente tra di loro, nessuna ha il diritto esclusivo di deciderla», sicché «se uno Stato controverte con gli Stati Uniti, sull'estensione della concessione fatta ad essi, non c'è un comune arbitro tra di loro, se non il popolo, attraverso un emendamento della costituzione»⁴⁴. In questa prospettiva, poco o nulla significa che la Corte Suprema degli Stati Uniti abbia in diverse occasioni affermato il proprio potere, proprio per la ragione che si tratta di casi decisi da quella corte, e non dalla suprema corte statale⁴⁵. In definitiva, al giudice Roane appoggiare la superiorità della Corte Suprema degli Stati Uniti alle sue stesse decisioni appare una mera petizione di principio: come se – viene da commentare in una prospettiva contemporanea – nell'Unione europea si volesse dedurre l'inferiorità delle Corti supreme degli Stati membri, rispetto alla Corte di giustizia, dalle sole pronunce di questa.

L'opinione del giudice Fleming – colui che aveva *imprevidentemente* ammesso il *writ of error* – corrisponde alle precedenti. Può tuttavia valere la pena di notare la contrapposizione (ricavata dal *Federalist*) tra «un popolo consolidato in una nazione», per il quale la supremazia «è completamente assegnata al legislativo nazionale» e «comunità unite per scopi particolari», per le quali essa è assegnata «in parte al legislativo generale, in parte ai legislativi municipali». Gli Stati Uniti, ovviamente, sarebbero l'esempio del secondo tipo, con le corrispondenti conseguenze.

Non dissenziente, ma indubbiamente distinta, appare l'*opinion* del giudice Brooke. Essa converge con le altre nel ritenere l'incostituzionalità della Sezione 25 del *Judiciary Act*, e tuttavia le linee del suo ragionamento si discostano alquanto da quelle degli altri giudici. Il potere federale che egli contesta, infatti, non è tanto quello di giudicare sulla controversia tra i Fairfax e gli Hunter, se ciò viene ad essa richiesto, quanto il potere di *ordinare* alla Corte statale di pronunciare una sentenza diversa. Le corti federali, e in particolare la Corte Suprema, avranno pure giurisdizione sull'oggetto della controversia, ma in base alla Costituzione non hanno il potere

⁴³ *Ibidem*, p. 52. «Tutti gli stati», ovviamente, sono gli Stati Uniti, pluralisticamente intesi. Qui Roane riprende il caso *Commonwealth vs. Cobbet*, deciso dalla corte suprema dello Stato di Pennsylvania.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁴⁵ «Perché l'uomo, e non il leone, era il pittore» (p. 51). Qui Roane si riferisce esplicitamente alla favola di Esopo nella quale un uomo che discuteva con un leone sulla rispettiva superiorità, incontrando una statua che raffigurava un uomo nell'atto di strozzare un leone, ne traeva argomento di prova in proprio favore. Al che il leone replicava che se i leoni sapessero scolpire, si vedrebbero molti uomini sotto i leoni.

giurisdizionale di imporre alla corte statale una diversa pronuncia; ne consegue che «quella parte della Sezione 25 dell'atto del congresso, in attuazione del quale è stato emanato il *mandate* in questo caso, che richiede a questa corte di esercitare i poteri giudiziali in esso prescritti, è una violazione della costituzione»⁴⁶. Brooke vede le difficoltà che derivano «dall'operare dei governi generale e statali sullo stesso oggetto», ma le ritiene connaturate al sistema e non rimediabili senza un suo mutamento, benché l'esperienza provi che esse possono essere attenuate «dal prudente esercizio dei poteri appartenenti a ciascuno»⁴⁷.

Traendo le somme, così suona la decisione assunta: «la Corte è unanimemente dell'opinione che il potere di giudice d'appello della Corte Suprema degli Stati Uniti non si estende a questa corte, ai sensi di una sana costruzione della Costituzione degli Stati Uniti; che la parte della Sezione 25 dell'atto del congresso rivolto a stabilire le corti giudiziarie degli Stati Uniti, che estende la giurisdizione di appello della Corte Suprema a questa corte, non è in attuazione della Costituzione degli Stati Uniti; che il *writ of error* in questo caso è stato improvvidamente permesso sotto l'autorità di quell'atto; che i relativi procedimenti nella Corte Suprema erano *coram non judge* in relazione a questa corte; e che l'obbedienza al suo mandato sia negata da parte di questa corte»⁴⁸.

6. Di nuovo investita attraverso un *writ of error*, la Corte Suprema degli Stati Uniti pronuncia la sua ultima parola nel 1816 con la decisione del caso *Martin v. Hunter's Lessee*. Sempre assente Marshall, l'*opinion* della Corte è resa ancora da Joseph Story. In essa, gli elementi costitutivi del ragionamento sono i medesimi già esaminati dai giudici della Virginia: gli Stati, la Federazione e i poteri ad essa assegnati, l'art. III della Costituzione sul sistema giudiziario e la giurisdizione federale. I pesi dei singoli elementi sono però *spostati e sbilanciati*. Là dove, per i giudici della Virginia, il

⁴⁶ «So much of the 25th of the act of congress, in pursuance of which the mandate in this case was issued, as requires of this court to exercise the judicial powers therein prescribed, is a violation of the constitution» (p. 25), poi proseguendo con l'affermazione che «the writ of error was improvidently allowed by one of the judges of this court» e che «obedience to the mandate ought to be refused».

⁴⁷ Reports, cit., p. 24.

⁴⁸ «The Court is unanimously of opinion, that the appellate power of the Supreme Court of the United States, does not extend to this court, under a sound construction of the Constitution of the United States; that so much of the 25th section of the act of congress, to establish the judicial courts of the United States, as extends the appellate jurisdiction of the Supreme Court to this court, is not in pursuance of the Constitution of the United States; that the writ of error in this case was improvidently allowed under the authority of that act; that the proceedings thereon in the Supreme Court were *coram non judge* in relation to this court; and that obedience to its mandate be declined by this court», Reports, cit., p. 58.

compasso era puntato sulla sovranità dei singoli Stati, e la Costituzione degli Stati Uniti dà vita ad una limitata organizzazione comune, frutto delle loro sovrane decisioni, Story formula una teoria costituzionale del tutto diversa, che trova il suo baricentro in una legittimazione della Federazione ormai *autonoma* rispetto agli Stati.

Ecco il punto chiave, posto in premessa alla discussione: «la Costituzione degli Stati Uniti è stata ordinata e stabilita, non dagli Stati nelle loro capacità sovrane, ma enfaticamente, come dichiara il preambolo della Costituzione, dal “popolo degli Stati Uniti”»⁴⁹. È il popolo degli Stati Uniti che ha modellato, e dunque ampliato o ristretto, i poteri sia dell'Unione che degli Stati. Ne consegue che «la Costituzione non è stata, dunque, necessariamente tratta dalle sovranità statali esistenti, né [consiste in] una cessione di poteri già esistenti nelle istituzioni statali»⁵⁰. Posto il carattere originale e originario della Costituzione, segue un ragionamento sulla necessaria ampiezza dell'interpretazione costituzionale, conseguente alla natura di uno strumento concepito per una lunga durata e formulato in termini generali, e sul ruolo in tale interpretazione di un criterio di ragionevolezza e congruità allo scopo.

Segue, ancora, l'interpretazione delle diverse parti dell'art. III: la Corte Suprema e le corti inferiori stabilite dal Congresso, i casi ai quali la giurisdizione federale si estende, la giurisdizione diretta o in via di appello della Corte Suprema. Là dove i giudici della Virginia vedevano la sola organizzazione del sistema dei giudici *federali*, operante in piena separazione rispetto al sistema delle corti *statali*, che pure potevano essere adite, a seconda della libera scelta delle parti, Story fa invece valere un principio di *unità* del sistema complessivo. Posta la giurisdizione federale su *tutti* i casi che sorgono sotto la Costituzione, le leggi e i trattati degli Stati Uniti, la giurisdizione *statale* sugli stessi casi – pure presupposta dall'art. VI della stessa Costituzione – vi è ammessa soltanto alla condizione che le corti statali divengano anch'esse *corti inferiori* rispetto alla Corte Suprema: non dunque (come volevano i giudici della Virginia) giurisdizioni di vertice di una *diversa sovranità*, ma giurisdizioni facenti parte, in posizione subordinata, della sovranità finale degli Stati Uniti. A ragionare diversamente, secondo Story, si dovrebbe invece pervenire alla *esclusione* della giurisdizione statale per tutti i casi ai quali la giurisdizione federale *si estende*: una costruzione, egli

⁴⁹ «The Constitution of the United States was ordained and established, not by the states in their sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the Constitution declares, by “the people of the United States”».

⁵⁰ «The Constitution was not, therefore, necessarily carved out of existing state sovereignties, nor a surrender of powers already existing in state institutions».

rileva, che «restringerebbe la giurisdizione di tale corte ben di più di quanto sia stato mai contemplato in qualunque atto del Congresso»⁵¹.

Di qui la conclusione «che la giurisdizione d'appello degli Stati Uniti comprende i casi che pendono nelle corti statali; e che la Sezione 25 del *Judiciary Act*, che autorizza l'esercizio di questa giurisdizione nei casi specificati, attraverso un *writ of error*, è supportata dalla lettera e spirito della Costituzione». «Non troviamo», commenta solennemente Story, «alcuna clausola in quello strumento che limiti questo potere, e non osiamo interporre una limitazione dove il popolo non è stato disposto a crearne una»⁵². Così il cerchio si chiude, con un ritorno al popolo come fonte diretta ed esclusiva della legittimazione della Costituzione *degli Stati Uniti*, indipendente da quella degli Stati che li compongono⁵³.

7. La lite tra i Fairfax/Martin e gli Hunter è dunque terminata con due «ultime parole», di due corti che entrambe si ritenevano supreme nel proprio ambito. La decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti era l'ultima in tempo, certamente, ma ciò non significa che la *Court of Appeals* della Virginia l'abbia riconosciuta come sostitutiva della propria, né che essa abbia inciso davvero nella concreta vicenda. «L'ultimo caso importante nel quale era coinvolta la titolarità dei terreni del Northern Neck terminò così con una decisione favorevole agli eredi Fairfax» – commenta H.C. Groome nel suo studio generale sulla *propriatorship* della zona – «ma questa e la precedente decisione della Suprema Corte non possono essere considerate come materialmente incidenti sul riparto del *Fairfax estate*», in quanto questo «era

⁵¹ «*This construction would abridge the jurisdiction of such court far more than has been ever contemplated in any act of Congress*».

⁵² «*On the whole, the court are of opinion, that the appellate power of the United States does extend to cases pending in the state courts; and that the 25th section of the Judiciary Act, which authorizes the exercise of this jurisdiction in the specified cases, by a writ of error, is supported by the letter and spirit of the Constitution. We find no clause in that instrument which limits this power; and we dare not interpose a limitation where the people have not been disposed to create one*». Non c'è dubbio che i giudici della Virginia avrebbero replicato (come già avevano fatto nelle loro *opinions*) che i costituenti, ove avessero voluto introdurre un simile potere, lo avrebbero fatto *esplicitamente*.

⁵³ La discussione del caso da parte del giudice Story poteva arrestarsi a questo punto, con la riaffermazione *di principio* della giurisdizione di appello della Corte Suprema rispetto alle corti statali. Per meglio convincere della legittimità dell'intervento di questa, tuttavia, egli torna anche a discutere se il caso rientrasse o no *concretamente* nella clausola di appellabilità alla Corte Suprema di cui all'art. 25 del *Judiciary Act*. In questo contesto egli discute anche la circostanza che la *Court of Appeals* aveva in realtà deciso in forza del compromesso del 1796, esprimendo tuttavia meraviglia sul come la corte avesse potuto avere «conoscenza giudiziale» della vicenda, e concludendo che in ogni caso la Corte Suprema aveva deciso «sui fatti concretamente davanti ad essa».

stato compiuto attraverso la mediazione [agency] di John Marshall dal compromesso del 1796»⁵⁴.

Lo stesso giudice Story, del resto, si era ritratto davanti alla questione se la Corte Suprema avesse, oltre alla giurisdizione sul caso, anche «il potere di emanare un *writ of mandamus* alla Court of Appeals per portare ad esecuzione [enforce] i precedenti giudizi», ritenendone non necessaria la soluzione; e nella sua *concurring opinion* il giudice Johnson espressamente sottolinea che nel decidere il caso la Corte Suprema «sconfessa qualunque intenzione di decidere sul diritto di emanare una procedura costringitiva (*compulsory process*) nei confronti delle corti statali», evitando di asserire «qualunque controllo costringitivo sui tribunali statali», e ribadendo invece che «se la decisione della corte della Virginia si fosse limitata al punto della loro obbligazione legale di portare ad effetto la decisione di questa corte» egli non avrebbe ritenuta necessaria alcuna ulteriore osservazione⁵⁵. Quello che invece era necessario difendere – e su questo Johnson concordava con Story – era il riconoscimento della legittimità e della necessità del potere della Corte Suprema di rivedere le sentenze statali, nelle questioni coinvolgenti la Costituzione, le leggi e i trattati degli Stati Uniti⁵⁶. Ineffettuale, a quel che sembra, nella definizione dei rapporti proprietari del *Northern Neck*, la decisione del caso *Martin v. Hunter's Lessee* fu invece pienamente efficace come forte precedente nel senso dell'affermazione di una piena autorità della Corte Suprema come vertice della giurisdizione *nel sistema unitario degli Stati Uniti*, e non soltanto come vertice del parallelo sistema federale, come distinto dagli autonomi sistemi giurisdizionali statali. A tale decisione seguirono poi nello stesso senso altre fondamentali decisioni, quali quelle relative ai casi *Cobens v. Virginia* o *McCulloch v. Maryland*, nelle quali John Marshall, qui assente o presente solo in via indiretta, tornò ad assumere un ruolo protagonista.

È altrettanto noto, tuttavia, che la linea di pensiero espressa dai giudici della *Court of Appeals* della Virginia, pur ormai minoritaria, rimase a lungo

⁵⁴ H.C. GROOME, *Fauquier*, cit., p. 240.

⁵⁵ Se più tardi il potere di emanare *mandamus* nei confronti delle corti statali è stato ammesso, il suo esercizio sembra rimanere tuttavia raro o eccezionale (v. ad esempio *Mandamus Held Appropriate Remedy to Order State Court to Comply with Supreme Court's Earlier Mandate in FELA Case*, in *Columbia Law Review*, 59, n. 4, 1959, p. 669–673 (JSTOR, www.jstor.org/stable/1120111) e SCHNEIDER, *State Court Evasion of United States Supreme Court Mandates: A Reconsideration of the Evidence*, 7 Valp. U. L. Rev. 191, 1973).

⁵⁶ È evidente l'assonanza della posizione del giudice Johnson con quella che nel giudizio della *Court of Appeals* della Virginia aveva assunto il giudice Brooke (v. *supra*) nel senso di preservare l'indipendenza dei giudici statali negando uno specifico *potere di comando* della Corte Suprema, ferma invece la sua autonoma giurisdizione sul caso.

viva tra gli Stati del Sud, riemergendo in particolare con la *nullification crisis* del 1832 e con il pensiero di John C. Caloun, e che la sua definitiva sconfitta non si ebbe che con la conclusione della guerra civile, il cui esito attestò l'impotenza della pretesa degli Stati ad un possibile recupero della loro intera sovranità, tanto che – nella traduzione giuridica – neppure ad atti deliberati direttamente dal popolo ed esplicitamente rivolti alla secessione fu riconosciuto il possibile effetto di produrla⁵⁷.

8. Tornando al presente, dopo esserci soffermati sull'ormai antica vicenda americana sopra descritta, viene da chiedersi se quel sistema «*sui generis*, dissimile da ogni altro che attualmente esista, o sia mai esistito» di cui parlava il giudice Cabell nella decisione della *Court of Appeals* della Virginia, che manteneva la sovranità di base degli Stati membri, tranne che per gli specifici aspetti devoluti al centro, dotato di un doppio sistema giurisdizionale parzialmente sovrapposto per oggetto, ma non unificato in un vertice comune, che negli Stati Uniti è esistito – se mai lo fu – solo per pochi anni, per cedere poi il passo al sistema federale «consolidato», non trovi oggi un singolare riscontro nell'*ordinamento di tipo nuovo*, al quale ha dato vita l'Unione europea.

Questo, infatti, è fondato su una sorta di equilibrio dialettico tra la sovranità piena riconosciuta degli Stati membri – inclusa la libertà di uscire dall'Unione ove lo decidano nei modi previsti dalla propria costituzione – e la supremazia dell'ordinamento giuridico comune e del diritto comune da esso prodotto. Non meno separatamente «sovrani» sono i sistemi delle corti, essendo che ogni Stato mantiene la propria piramide giudiziaria, non soggetta ad alcuna revisione: sicché la qualifica di corte inferiore o superiore si addice – come volevano i giudici della Virginia – a ciascun sistema giurisdizionale al suo interno, ma non opera nei rapporti tra sistemi.

Rispetto all'esperienza degli Stati Uniti, il modello europeo è sin dall'inizio stato dotato dai Trattati di taluni ulteriori meccanismi che consentono di «tenere insieme» il sistema in assenza di relazioni gerarchiche tra le corti. Essenzialmente, si tratta dell'esclusione della giurisdizione degli Stati membri sulla validità degli atti dell'Unione, a fronte della quale sta l'obbligo del rinvio pregiudiziale di validità, e della limitazione del potere interpretativo del diritto dell'Unione, a fronte della quale sta – per i giudici di ultima istanza – l'obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo.

In questo modo, pur in assenza di una unificazione gerarchica, il pieno e illimitato rispetto della giurisdizione esclusiva o prevalente della Corte di giustizia in materia di validità e interpretazione degli atti dell'Unione

⁵⁷ Come la Corte Suprema stabilì nella decisione *Texas v. White* del 1869.

metterebbe comunque gli Stati membri e le loro corti «nelle mani» della giurisdizione federale comune, alla quale ultima soltanto spetterebbe di garantire il rispetto delle sfere rispettive degli Stati e dell'Unione. È chiaro tuttavia che uno Stato che cedesse ad una corte diversa dalle proprie il potere di stabilire i limiti di applicazione della propria costituzione non sarebbe più, realmente, *sovrano*: di qui per le Corti costituzionali o comunque le corti supreme degli Stati membri l'esigenza logica, prima ancora che giuridica, di riservarsi il potere di definire esse, in ultima istanza, i limiti dei poteri devoluti o comunque il limite di compatibilità dell'applicazione del diritto comune dell'Unione con la propria costituzione: come esse hanno fatto e continuato a fare in talune notissime decisioni.

È non meno evidente, tuttavia, che se l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione fosse ogni volta in balia delle decisioni ultime dei giudici nazionali, non vi sarebbe in realtà alcun diritto dell'Unione. Di qui un equilibrio precario, nel quale l'accettabilità e l'effettività del sistema complessivo riposano sulla accettazione, da parte delle corti nazionali, del carattere ordinario della supremazia del diritto dell'Unione e del carattere solo *eccezionale*, qualitativamente e quantitativamente, del proprio sindacato su di esso in base al parametro della costituzione nazionale, o in base ad un diretto apprezzamento dei limiti dei poteri devoluti. Solo a questa condizione, infatti, gli organi dell'Unione e gli stessi altri Stati membri possono tollerarlo, anche senza ammetterne la legittimità dal punto di vista del diritto comune.

In aggiunta, il meccanismo del rinvio pregiudiziale consente che tra corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia abbia luogo una interlocuzione o un «confronto ermeneutico»⁵⁸, che sembra in via di prassi divenire una sorta di *due process* per la possibile composizione dei dissensi tra le corti⁵⁹: in

⁵⁸ Per usare l'espressione utilizzata, nel contesto dei rapporti tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla notissima sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

⁵⁹ A questa stregua il modello virtuoso potrebbe invece essere esemplificato dalla vicenda che ha coinvolto la Corte di giustizia dell'Unione e la Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*: nel quale, a fronte della sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa C-105/14, che aveva ritenuto doveroso per i giudici italiani non pronunciare la prescrizione del reato prevista dalla legge ove una simile pronuncia impedisse «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea», la Corte costituzionale con ordinanza n. 24 del 2017 faceva presente la contraddizione di una disposizione così indeterminata con i principi di legalità e tipicità della legge penale stabiliti dalla Costituzione italiana come elementi portanti del sistema penale, propri anche del sistema europeo. Rispondendo al rinvio, la Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, accoglie il punto di vista della Corte

assenza del cui esercizio lo «strappo» da parte di una corte nazionale – quale quello della Corte ceca del 2012⁶⁰ – viene avvertito come un censurabile eccesso.

Certo, per chi aspira ad una Unione europea veramente federale, sul modello di ciò che gli Stati Uniti sono ben presto divenuti, si tratta di fare qui di necessità virtù, o meglio di prendere atto che nel caso europeo lo spessore delle sovranità nazionali, vecchie e nuove, non è facilmente superabile. Può essere però significativo ricordare che nella fase iniziale della loro esperienza, e per alcuni decenni in seguito, molti cittadini degli Stati Uniti avrebbero desiderato per sé stessi un modello più simile a quello attuale dell'Unione europea che a quello poi realizzato, benché le sovranità dei rispettivi Stati fossero ben più recenti e meno solide di quelle europee.

9. Dopo la consegna di questo scritto la Corte costituzionale tedesca ha pronunciato la sentenza del 5 maggio 2020 (c.d. *EZB Urteil*), nella quale, nel considerare l'estensione dei poteri giurisdizionali della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella vicenda concernente il programma di acquisto di titoli di Stato nazionali da parte della Banca centrale europea, essa ha tra l'altro, al punto 119, affermato quanto segue:

«La concezione (*Auffassung*) della Corte di giustizia nella sua sentenza dell'11 dicembre 2018, secondo la quale la decisione del Consiglio della Banca centrale europea sul Programma PSPP e le sue Modificazioni sarebbero ancora conformi alla competenza (*kompetenzgemäß*) (aa) disconosce in modo palese il significato e la portata del principio di proporzionalità (art. 5, comma 1, primo periodo, e comma 4 TEU), da osservare anche nel riparto di competenze, ed è metodologicamente non più sostenibile (*methodisch nicht mehr vertretbar*), a causa dell'esclusione degli

italiana sul punto della necessaria determinatezza e prevedibilità della sanzione penale, correggendo nella sostanza la decisione precedente: del che la Corte italiana ha preso atto con soddisfazione nella sentenza n. 115 del 2018.

⁶⁰ Si tratta del caso delle c.d. «pensioni slovacche» nel quale, a fronte della sentenza 22 giugno 2011, in causa C-399/09, nella quale la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva ritenuto in violazione del diritto dell'Unione la riserva di un determinato beneficio integrativo delle pensioni ai soli cittadini cechi sempre residenti nel territorio nazionale (con rinvio alle autorità ceche di decidere se sopprimere il beneficio o estenderlo ai cittadini dell'Unione), la Corte costituzionale ceca ha senza meno ritenuto che «in quel caso c'erano eccessi da parte di un organismo dell'Unione europea, che era occorsa una situazione nella quale un atto di un organismo dell'Unione europea superava i poteri che la Repubblica Ceca ha trasferito all'Unione europea ai sensi dell'art. 10° della Costituzione; questo ha ecceduto l'ambito dei poteri trasferiti, ed era *ultra vires*» (così la sentenza del 31 gennaio 2012, n. 5/12, della quale si può vedere il testo, in inglese, al sito www.usoud.cz/en/decisions/20120131-pl-us-512-slovak-pensions/).

effetti fattuali del PSPP (bb). La sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018 supera perciò palesemente il mandato assegnato dall'art. 19, comma 1, secondo periodo, TEU e opera uno spostamento di competenze significativo e strutturale ai danni degli Stati membri. Poiché si presenta come un atto *ultra vires*, non le spetta per questo aspetto alcun effetto vincolante (cc)».

Come si vede, nonostante che il *Bundesverfassungsgericht* avesse preannunciato (al punto 109) un atteggiamento «restrittivo e pro-europeo» (*zurückhaltend und europafreundlich*) nel controllo su eventuali azioni *ultra vires* di organi dell'Unione, che esso rivendica alla propria competenza, non siamo poi lontanissimi dal «*coram non iudice*» della Corte della Virginia. Secondo notizie di stampa (v. ad esempio www.tagesspiegel.de/politik/ezb-urteil-aus-karlsruhe-ein-vertragsverletzungsverfahren-gegen-deutschland-ist-richtig/25820368.html), in data 12 maggio 2020 la Presidente della Commissione europea Von der Leyen avrebbe ipotizzato, in relazione alla sentenza, l'avvio di una procedura di infrazione contro la Germania: sulla quale dovrebbe, alla fine, giudicare la Corte di giustizia. Non resta che attendere i prossimi sviluppi.

NICOLA LUPO

La Corte costituzionale nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi¹

SOMMARIO: 1. Premessa. L'immagine della «rete» e la sua applicazione al sistema dei diritti fondamentali in Europa – 2. Dalla conclusione della «saga Taricco», la conferma dell'utilità dell'intervento della Corte costituzionale nel «dialogo tra le Corti» in tema di diritti fondamentali – 3. Una svolta sì, ma rispetto all'ordinanza n. 536 del 1995, più che rispetto alla sentenza n. 170 del 1984 – 4. Le reazioni all'*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269 del 2017 – 5. Le precisazioni fornite dalle pronunce di inizio 2019: un quadro più definito e stabilizzato – 6. I presupposti del nuovo quadro: un sistema «a rete», in cui la prima parola è spesso quella più importante – 7. Conclusioni: i riflessi sul ruolo della Corte di giustizia e sulla sua collocazione nel sistema «a rete»

1. Il riferimento alla «rete» è assai frequente negli studi di Franco Pizzetti: tanto alle reti in senso letterale, visto il suo marcato interesse per il diritto delle nuove tecnologie e per il diritto dell'informazione e della comunicazione, e più in generale considerata la sua passione – coltivata sia nelle vesti di studioso, sia in quelle di Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali – nell'analizzare le tante e profonde trasformazioni che internet comporta; quanto alle reti in senso metaforico, per riferirsi ai rapporti tra gli ordinamenti giuridici e tra i giudici, in Europa ma non solo, in particolare nell'approntare adeguati meccanismi di tutela dei diritti fondamentali, sottoposti, in questa epoca, alle medesime sfide proprio per effetto dell'evoluzione tecnologica e dell'accelerazione dei processi di globalizzazione che tale evoluzione consente².

In questo contributo l'espressione sarà usata, nel suo significato metaforico, peraltro ormai ampiamente diffuso, allo scopo di sottolineare come la

¹ Il presente contributo riprende e rielabora i contenuti della relazione tenuta nell'ambito seminario su *Recenti tendenze in tema di accesso al giudizio costituzionale*, svoltosi a Roma, Università La Sapienza, il 22 maggio 2019, organizzato dalla rivista *Federalismi* e i cui atti sono ivi pubblicati.

² Emblematico è da questo punto di vista, anche per l'uso delle virgolette, il titolo di una collana editoriale da lui diretta: *I diritti nella "rete" della rete*. Titolo peraltro ripreso dal volume di apertura della collana: F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino 2011.

tutela dei diritti nell'Unione europea abbia luogo mediante un sistema che si va costruendo, sempre più chiaramente, come un sistema «a rete»; e per verificare come la Corte costituzionale italiana, in particolare alla luce degli orientamenti assunti in una serie di pronunce sul tema dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea rese tra la fine del 2017 e la prima metà del 2019, si collochi all'interno di tale sistema «a rete», per l'appunto, e stia progressivamente adeguando la propria giurisprudenza alle esigenze che l'esistenza di un sistema «a rete» impone, o quantomeno suggerisce.

Si mira a sottolineare come la scelta, originariamente compiuta dalla Corte costituzionale e dichiarata nell'ord. 29 dicembre 1995, n. 536, nel senso di rinunciare ad un dialogo – almeno in forma esplicita – con la Corte di giustizia dell'UE mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, si sia rivelata perdente. E come la stessa Corte costituzionale, a partire dal 2008 ma con maggior decisione dal 2013, e poi ancor più chiaramente con la «saga Taricco» e con il suo seguito, abbia compreso l'errore fatto e stia ora cercando di reinserirsi nella rete dei giudici volta a fornire tutela ai diritti fondamentali nell'Unione europea.

2. Come si accennava, un deciso incoraggiamento al re-ingresso della Corte costituzionale nell'attività giurisdizionale volta a garantire i diritti fondamentali, anche quando previsti da norme dell'Unione europea, è derivato dall'esperienza compiuta con la c.d. «saga Taricco»³. È stato in occasione di questa vicenda, probabilmente, che la Corte costituzionale ha toccato con mano il peso che essa è in grado di esercitare nel «dialogo» con le Corti in Europa, e in specie nell'interlocuzione diretta con la Corte di giustizia dell'Unione europea. Al tempo stesso, ha compreso quanto necessario e prezioso sia il suo ruolo di garante e interprete della Costituzione italiana, specie allorquando è in condizioni di giocare tale ruolo nello spazio giuridico europeo in chiave dialogica e cooperativa, e ha percepito come non sempre un ruolo altrettanto incisivo possa essere adeguatamente svolto dai soli giudici comuni.

Come ha dichiarato l'allora Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi⁴, la vicenda originata dalla sentenza Taricco della Corte di giustizia (8 settembre 2015, c. 105/14, *Taricco*) «sarebbe potuta deflagrare in un

³ La letteratura sulla «saga Taricco» è sterminata. Basti qui richiamare due volumi collettanei: A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli 2017; e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano 2018.

⁴ Si veda la relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, cit., p. 22.

grave conflitto tra ordinamenti»; e si è invece conclusa, nel complesso, piuttosto serenamente, seppure con qualche tensione e alcune affermazioni di principio formulate con toni drastici, a volte ultimativi. E, in definitiva, con una marcia indietro, ancorché parziale, della Corte di giustizia (5 dicembre 2017, c. 42/17, *MAS*), la quale ha affermato, in linea con quanto chiesto dalla Corte costituzionale, l'esigenza di rispettare il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretrattività della legge penale applicabile, che è riconosciuto come principio del diritto dell'Unione europea, oltre che come tradizione costituzionale comune agli Stati membri; e, in concreto, ha escluso che possano essere disapplicate le norme sul regime di prescrizione per i fatti commessi prima della pronuncia Taricco, perché altrimenti gli accusati sarebbero stati retroattivamente assoggettati ad un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato⁵.

In quel caso, evidentemente, ha pagato in positivo la scelta della Corte costituzionale di attivare, in chiave collaborativa, il confronto diretto con la Corte di giustizia, mediante la procedura del rinvio pregiudiziale. La Corte costituzionale, infatti, ha evitato di dare ascolto ai tanti che, specie in dottrina, la invitavano ad invocare e a fare applicazione, in questa occasione, dei «controlimiti», ossia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona umana⁶, al fine di contrapporsi frontalmente all'interpretazione dell'art. 325 TFUE proposta dalla Corte di giustizia: un'opzione che avrebbe comportato la conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale, *in parte qua*, della legge di esecuzione dei Trattati europei⁷. Al contrario, nell'ord. 26 gennaio 2017, n. 24,

⁵ Tra i tanti, cfr. G. PICCIRILLI, *The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey*, in *Eur. const. l. rev.*, 2018, n. 4, p. 814 ss. e R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio fonti*, 2018, n. 1, p. 9 ss.

⁶ Così, tra le altre, la sentenza 8 giugno 1984, n. 170. Sulla categoria, in una letteratura ormai assai vasta, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, spec. p. 6 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, spec. p. 72 ss.; A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, p. VII ss.; e S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Napoli 2018.

⁷ Tra gli altri, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2. La soluzione avrebbe cioè ricalcato anche con riguardo al diritto dell'Unione europea l'applicazione dei «controlimiti» che, in un assai discusso e vicino precedente, la Corte costituzionale aveva percorso con riferimento al diritto internazionale: il riferimento è, ovviamente, alla sentenza 22 ottobre 2014, n. 238, su cui cfr., tra i tantissimi, P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in

pur ribadendo le caratteristiche del principio di legalità in materia penale e la natura sostanziale della prescrizione, ha preferito chiedere un nuovo pronunciamento alla Corte di giustizia, mediante un rinvio pregiudiziale nel cui ultimo quesito ha prefigurato l'ipotesi di un contrasto della originaria «dottrina Taricco», per come inizialmente formulata dalla Corte di giustizia, «con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro»⁸.

Il famoso e commentatissimo *obiter dictum* di cui alla sent. 14 dicembre 2017, n. 269, è perciò, come da più parti si è rilevato, una conseguenza abbastanza chiara e diretta dell'andamento della «saga Taricco». Non a caso, esso è intervenuto all'indomani della sentenza con cui la Corte di giustizia aveva risposto, in termini come si è detto conciliativi, alla Corte costituzionale, e ha citato espressamente tale sentenza: e ciò ancorché si trattasse di due pronunce assai ravvicinate, visto che la sentenza MAS della Corte di giustizia è del 5 dicembre 2017, mentre la sent. n. 269 del 2017 – che la ha citata, appunto nell'*obiter dictum* in questione – è stata decisa il 7 novembre 2017, ed è stata depositata il 14 dicembre 2017.

Nell'*obiter dictum* la Corte costituzionale ha rilevato che «fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale», l'attribuzione del medesimo valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la quale ha un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale», in quanto enuncia principi e diritti che intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri) – può generare un concorso di rimedi giurisdizionali, dando origine a casi di «doppia pregiudizialità» (vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione). In queste ipotesi, la Corte costituzionale ha rivendicato un proprio spazio, stabilendo che, «laddove una legge sia oggetto

Forum quad. cost., 2 novembre 2014; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Giur. cost.*, 2014; e T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 2015, n. 1.

⁸ Sottolineano i toni ultimativi dell'ordinanza n. 24 del 2017 G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti*, cit., p. 327 ss., e D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, *ivi*, p. 455 ss.

di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria», vada sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso «al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

Il tutto, peraltro – ha aggiunto la Corte costituzionale – in linea con gli orientamenti più recenti della Corte di giustizia e «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ord. n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)».

Una formula, questa della leale collaborazione al fine di assicurare la «massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico», che è stata ribadita anche nella giurisprudenza costituzionale più recente (in particolare, nell'ord. 10 maggio 2019, n. 117), e che rappresenta, come si vedrà, una sorta di *leit-motiv* di questo orientamento giurisprudenziale. La coesistenza di più giudici nel contesto europeo si giustifica, infatti, ad avviso della Corte costituzionale e nella stessa logica della chiave interpretativa indicata dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a condizione che tra di essi si instaurino forme di interazione e di cooperazione idonee ad assicurare una più intensa tutela dei diritti fondamentali.

Una formula, peraltro, che, richiamando la teoria del *maximum standard*, omette di considerare un elemento che non è sfuggito agli studiosi più attenti: ossia che la tutela dei diritti è spesso una sorta di «gioco a somma zero», nell'ambito del quale la tutela più intensa di un diritto finisce di regola per determinare il sacrificio di altri diritti o interessi (in genere di quelli meno idonei ad essere rappresentati in giudizio)⁹. Ciò nonostante, tale teoria può essere apprezzata soprattutto laddove, come nell'enunciazione fatta dalla Corte costituzionale, l'accento sia posto sulla dimensione necessariamente sistemica che questa salvaguardia assume, in particolare all'interno dell'Unione europea: una dimensione in cui cioè la protezione dei diritti, nella misura massima compatibile con quella degli altri diritti e principi in campo, discende non dall'attività di un solo giudice, ma dal concorso di

⁹ In questo senso cfr., tra gli altri, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, spec. p. 63 ss. (peraltro sostenendo la tesi, qui non condivisa, della mancata «coassialità» tra la Costituzione italiana, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Sul relativo dibattito cfr. anche G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, p. 66 ss.

tutele giurisdizionali (e, quindi, in concreto, dal punto di equilibrio determinato, specie mediante applicazione dei test di ragionevolezza e di proporzionalità, dai diversi giudici che hanno il compito di tutelare tali diritti).

3. Ad ogni modo, è innegabile che con l'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017, che si è appena riassunto, la Corte costituzionale abbia compiuto, o meglio preannunciato, una «svolta», o – come pure si è detto – una «sterzata» rispetto al passato¹⁰. Tuttavia, il mutamento non si è registrato tanto rispetto ai principi di cui alla sent. n. 170 del 1984, che a mio avviso sono rimasti sostanzialmente immutati, quanto rispetto ad alcuni orientamenti che a questa sentenza avevano fatto seguito: e in particolare rispetto ai contenuti dell'ord. n. 536 del 1995, con cui la Corte costituzionale, nel restituire gli atti al giudice *a quo*, aveva negato di essere sottoposta all'obbligo, previsto dai Trattati europei, di sollevare rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia.

La scelta di fondo che è alla base della sent. n. 170 del 1984, e che come è noto discende dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in effetti, non mi pare mutata: la Corte costituzionale ha infatti ribadito che spetta a tutti i giudici e – come ha chiarito nelle sentenze immediatamente successive alla n. 170 del 1984¹¹ – in genere a tutte le istituzioni italiane applicare il diritto dell'Unione europea, e dare a esso prevalenza, fatti salvi i soli «controlimiti», rispetto al diritto interno, anche di rango costituzionale. I principi del primato e dell'effetto diretto non subiscono perciò deroghe, ma anzi trovano, a ben vedere, alla luce della «svolta» qui richiamata, piena applicazione pure davanti alla Corte costituzionale.

Quella che è stata progressivamente – e, come si vedrà, dopo l'ord. n. 117 del 2019, completamente – ribaltata è, piuttosto, la posizione espressa dall'ord. n. 536 del 1995. Una posizione che già a suo tempo era stata anche duramente criticata¹², e che ha forse rappresentato il punto più basso del

¹⁰ Cfr., rispettivamente, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, n. 3; e G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum quad. cost.*, 25 gennaio 2018. Sul fatto che la «svolta» sia stata solo «preannunciata» cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 481 ss., spec. 487 ss.

¹¹ Cfr., tra le altre, le sentt. 23 aprile 1985, n. 113, e 11 luglio 1989, n. 389.

¹² Si vedano, tra i più critici, T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 11 del trattato CE*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, p. 171 ss., e M. CARTABIA,

«cammino comunitario» della giurisprudenza costituzionale¹³. Con tale ordinanza, infatti, la Corte costituzionale, al fine di chiamarsi fuori dall'obbligo di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, giunse a negare di essere un giudice vero e proprio (un «organo giurisdizionale nazionale» ai sensi di quello che è attualmente l'art. 267 TFUE), preferendo auto-qualificarsi (grazie alla citazione di una lontana sentenza: la sent. 23 marzo 1960, n. 13) come organo che esercita una «funzione di controllo costituzionale, di garanzia della osservanza della Costituzione». È in questa ordinanza che la Corte costituzionale affermò, riprendendo, generalizzando e assolutizzando un'affermazione già presente nella sent. n. 170 del 1984, e al contempo superando precedenti esitazioni sul punto¹⁴, che avrebbe dovuto essere esclusivamente il giudice comune, in caso di dubbio sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea, a farsi carico di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁵.

Il che voleva anche dire che la Corte costituzionale, pur di non assoggettarsi all'obbligo di sollevare questione pregiudiziale, preferiva lasciare interamente ai giudici comuni il dialogo con la Corte di giustizia, con un atteggiamento che potrebbe dirsi tra l'isolazionista e lo snob: fossero, dunque, i giudici comuni a porsi i problemi di interpretazione del diritto dell'Unione europea e ad assoggettarsi al meccanismo previsto dai Trattati per uniformarne l'interpretazione. Solo una volta definita quella che, ad avviso dei giudici comuni e, se del caso, della Corte di giustizia, sarebbe stata la corretta interpretazione della norma di diritto dell'Unione europea, il giudice comune avrebbe comunque avuto la possibilità di adire la Corte costituzionale: ove avesse ritenuto di dover evocare i «controlimiti»; o, all'opposto,

La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, p. 99 ss.

¹³ L'espressione, come è noto, si deve a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2406 ss.

¹⁴ In particolare, si fa riferimento alla sentenza 18 aprile 1991, n. 168, in cui la Corte era sembrata ammettere tale ipotesi: cfr., per un tentativo di valorizzare tale apertura, F. SORRENTINO, *Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma*, in *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, p. 637 ss., spec. 645 ss.

¹⁵ Per usare le parole della (sintetica) ordinanza n. 537 del 1995: «è invece il giudice rimettente, il quale allegghi, come nella specie, la norma comunitaria a presupposto della censura di costituzionalità, a doversi far carico in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia di adire quest'ultima per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria».

qualora avesse riscontrato l'insufficienza della sola disapplicazione a far venir meno la violazione del diritto dell'Unione europea in presenza di statuzioni legislative «dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato»¹⁶.

Con l'idea, appunto, che alla Corte costituzionale spettasse pronunciarsi soltanto «per ultima» e che essa non fosse in alcun modo tenuta a dialogare direttamente con la Corte di giustizia. Come la Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere nella sent. 13 luglio 2007, n. 284 – oltre che, implicitamente, in una serie di ordinanze di inammissibilità o di restituzione atti – in caso di «doppia pregiudizialità», la questione di compatibilità comunitaria veniva perciò a costituire «un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità», poiché essa investirebbe «la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione»¹⁷.

In qualche modo, si potrebbe persino sostenere che, con l'orientamento inaugurato dall'ord. n. 536 del 1995, era stata la stessa Corte costituzionale a «tradire» il significato della sent. n. 170 del 1984. La Corte costituzionale, infatti, si era chiamata almeno per larga parte fuori dall'obbligo, sussistente per tutte le istituzioni italiane, derivante dai Trattati, di dare piena applicazione al diritto dell'Unione europea, per come riconosciuto, appunto, dalla sent. n. 170 del 1984. E aveva altresì finito per auto-escludersi dalla rete dei giudici europei chiamati ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali; o almeno dalla parte più dinamica e attiva di tale rete¹⁸.

Alla luce di queste premesse, non sorprende che elemento essenziale di questa evoluzione sia stato appunto il progressivo riconoscimento dell'obbligo, per la Corte costituzionale, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Un riconoscimento che, come è noto, è avvenuto a partire dal 2008 con riferimento ai soli giudizi di legittimità costituzionale in via principale (ord. 15 aprile 2008, n. 103), visto che in tali giudizi l'inesistenza di un giudice *a quo* avrebbe chiaramente vanificato, in caso di inammissibilità del ricorso, la già ricordata necessità, per ogni soggetto dell'ordinamento interno, di rispettare il principio del primato del diritto dell'Unione europea¹⁹. E che ha trovato, a partire dal 2013, applicazione anche nei giudizi in

¹⁶ Così la sentenza n. 170 del 1984, p.to 7 cons. dir.

¹⁷ Così la sentenza n. 284 del 2007, p.to 3 cons. dir.

¹⁸ Indicazioni in tal senso, ad esempio, in D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2002, spec. p. 34 (esprimendo la sensazione che i diritti siano ormai una materia sottratta, nei fatti, alla giurisdizione costituzionale).

¹⁹ Sull'ordinanza n. 103 del 2008 cfr., tra i tanti: S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Regioni*, 2008, p. 900 ss. (osservando tra l'altro che «se per l'innanzi la Corte costituzionale dava l'impressione di volersi considerare estranea alla crescita

via incidentale (ord. 18 luglio 2013, n. 207): già in questo caso, perciò, con un evidente *revirement* rispetto all'ord. n. 536 del 1995²⁰.

Quella che ancora mancava, e che, invece, all'indomani dell'ord. n. 24 del 2017 nell'ambito della «saga Taricco» e alla luce della recente ord. n. 117 del 2019 mi pare ormai fuori di dubbio, è la manifestazione della volontà, da parte della Corte costituzionale, di fare frequentemente ricorso a questo strumento, ponendosi perciò in un atteggiamento di collaborazione attiva, e, se del caso, anche critica, rispetto agli orientamenti della Corte di giustizia. In mancanza di questa volontà, avrebbero infatti avuto maggiore fondamento le tesi avanzate dai tanti detrattori dell'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017, in particolare laddove hanno imputato alla Corte costituzionale «una certa autoreferenzialità»²¹.

Lungi dall'assumere, perciò, orientamenti isolazionistici o in qualche misura vicini alle tendenze sovraniste oggi tornate in voga, il nuovo passo avanti nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale pare muoversi nella direzione di una piena e attiva partecipazione al dialogo tra le Corti e alla garanzia dei diritti fondamentali, in coerenza con la posizione cruciale e ineliminabile che ad essa è affidata dalla Costituzione nel sistema italiano di giustizia costituzionale. È chiaro infatti che, ove bastasse l'invocazione della violazione, da parte di un atto legislativo, di un diritto fondamentale riconosciuto nella Carta dei diritti dell'Unione europea per escludere ogni com-

dell'ordinamento comunitario, con l'ordinanza in commento essa dimostra di sentirsi coinvolta in quella vicenda); F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1288 ss.; e M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *ivi*, p. 1315 ss. Cfr. anche D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Torino 2018, p. 42 ss.

²⁰ Cfr., tra gli altri, anche per una ricostruzione degli orientamenti immediatamente precedenti e per la sottolineatura che in tal caso «la normativa comunitaria che dà luogo ai dubbi interpretativi che determinano il rinvio è contenuta [...] in una direttiva priva di effetti diretti», L. PESOLE, *Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio in via incidentale*, in *Federalismi*, 2013, n. 25, nonché G. REPETTO, *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court, in German l. j. (Special issue - Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, a cura di M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno), 2015, n. 6, p. 1449 ss.

²¹ Cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1 (il quale tra l'altro osserva che l'*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269 del 2017 trova fondamento nel timore della Corte costituzionale di essere emarginata dal circuito di garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali, e fa presente che tale timore è «accentuato dalla circostanza che in Italia non esiste, come in altri paesi membri dell'Unione, il ricorso per via diretta al giudice costituzionale, il cui impulso ricostruttivo, infatti, dipende, a monte, dalla volontà (e capacità) dei giudici comuni»).

petenza della Corte costituzionale, quest'ultima vedrebbe ridotto al lumicino il ruolo di garante della conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla carta costituzionale che le è espressamente attribuito dall'art. 134 Cost.

4. In un dialogo tra i giudici così serrato e intenso, e su una tematica tanto gravida di implicazioni sistematiche, in effetti, le reazioni all'*obiter dictum* contenuto nella sent. n. 269 del 2017 non si sono certo fatte attendere. Non soltanto in dottrina, la quale si è divisa piuttosto drasticamente tra coloro che hanno supportato il ruolo più attivo della Corte costituzionale²² e coloro che, al contrario, ne hanno evidenziato le criticità e alcune incoerenze²³, ma anche in giurisprudenza²⁴.

²² Tra gli altri, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum quad. cost.*, 18 dicembre 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, *ivi*, 18 settembre 2017; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, *ivi*, 28 febbraio 2018. L'orientamento fatto proprio dall'ordinanza n. 269 del 2017 era in parte stato anticipato da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4. Per altri riferimenti a posizioni espresse, in sede dottrinale, da altri componenti del collegio cfr. M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in corso di pubblicazione in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, n. 3, p. 737 ss., spec. p. 743 ss.

Sottolineano che la Corte costituzionale in qualche misura aveva messo in conto una reazione da parte della dottrina e dei giudici comuni all'*obiter dictum* in questione, tra gli altri: G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2955 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quad. cost.*, 2018, n. 1, p. 197 ss.; F. S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi*, 2018, n. 4; e M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 737 ss. Cfr. anche G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, *ivi*, 2018, n. 24.

²³ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assaiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, n. 3, p. 234 ss.; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum quad. cost.*, 28 dicembre 2017; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, n. 1, p. 280 ss.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Dir. un. eur.*, 2017, n. 4; L. S. ROSSI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assaiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Federalismi*, 2018, n. 3.

²⁴ Giova forse ricordare che i piani di dottrina e giurisprudenza spesso si intrecciano tra di loro: sia perché i giudici – anche quelli che hanno svolto il ruolo di presidente o relatore – a volte intervengono altresì con contributi nel dibattito scientifico; sia perché i membri

Da un lato, infatti, i giudici comuni, e specialmente la Corte di Cassazione, si sono espressi in chiave prevalentemente critica, seppure adottando, in concreto, soluzioni variegate²⁵.

In tre occasioni, tutte dovute alla sezione lavoro, la Corte di Cassazione è persino giunta a negare espressamente ogni valore vincolante all'*obiter* in questione, dal momento che si è trattato di affermazioni «contenute in una decisione di inammissibilità per un profilo e di rigetto per il resto»: il che la ha portata, in un caso, a decidere sulla base della pronuncia della Corte di giustizia, assunta in seguito a un rinvio pregiudiziale da essa stessa sollevato, peraltro anteriormente alla sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale²⁶; negli altri due casi, il dissenso rispetto all'*obiter dictum* ha condotto la Cassazione a sollevare rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, pur in relazione ad una controversia che atteneva, o nella questione subordinata o in quella principale, al rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁷.

In un'altra (e precedente) occasione, invece, la Corte di Cassazione, considerato che si trattava di un caso di doppia pregiudizialità come quello prefigurato dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 269 del 2017, ha preso sul serio l'*obiter dictum* ivi contenuto e ha deciso, a seguito di riconvocazione del collegio, di sollevare la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale. Al tempo stesso, la Corte di cassazione ha però richiesto un chiarimento su quello che era stato giustamente individuato come un elemento di ambiguità dell'*obiter dictum* (elemento destinato peraltro, come ha riconosciuto la stessa Cassazione, «ad acquisire concreta rilevanza nel presente giudizio soltanto nel caso in cui la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale superi il vaglio della Corte costituzionale»), laddove la Corte costituzionale aveva inserito l'inciso «per altri profili»: se cioè «il potere del

della comunità accademica sono in più casi eletti o nominati giudici, a livello europeo e nazionale.

²⁵ Le sintetizzano, con orientamenti peraltro non coincidenti: L. S. ROSSI, *Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi*, 2018, n. 16; A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in *Quest. giust.*, 1 ottobre 2018; M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio fonti*, 2019, n. 2, p. 3 ss.

²⁶ Cfr. Cass., sent. 17 maggio 2018, n. 12108, in <http://www.tcnotiziario.it> (la quale peraltro ha altresì notato che la Corte di Giustizia aveva rilevato il contrasto con il diritto UE sulla base del solo art. 14 della direttiva 2006/54, senza attribuire alcun concreto rilievo decisivo all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

²⁷ Cfr. Cass., ord. 30 maggio 2018, n. 13678, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 6, con nota di M. C. Ubiali, *Sui meccanismi di composizione dei contrasti tra diritto interno e diritto dell'UE: nuovo fermento nella giurisprudenza (per ora extrapenale) a seguito di Corte Cost. n. 269/2017*; e altresì ord. 10 gennaio 2019, n. 451, in www.europeanrights.eu.

giudice comune di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale sia limitato a profili diversi da quelli affrontati dalla Corte Costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui – secondo il giudice comune o secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea dal medesimo adita con il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai medesimi profili che la Corte costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE)»²⁸. È da quest'ultima pronuncia che hanno tratto origine sia la sent. 10 maggio 2019, n. 112, sia l'ord. n. 117 del 2019, su cui si tornerà a breve.

Dall'altro, la Corte di giustizia in due occasioni ha avuto modo di affrontare direttamente il tema della doppia pregiudizialità.

Nella prima occasione (20 dicembre 2017, c. 322/16, *Global Starnet*), sostanzialmente parallela, nei tempi, alla «saga Taricco» e con ogni probabilità ben presente alla stessa Corte costituzionale nel momento in cui ha reso l'*obiter dictum* di cui si è detto²⁹, la Corte di Lussemburgo ha chiarito, in risposta a un rinvio pregiudiziale sollevato dal Consiglio di Stato dopo che la relativa questione di costituzionalità era stata respinta dalla Corte costituzionale (con la sentenza 31 marzo 2015, n. 56)³⁰, che l'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267, par. 3, TFUE sussiste, «in linea di principio, anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»³¹.

²⁸ Così, Cass., ord. 16 febbraio 2018, n. 3831, in *Giur. cost.*, 2018, su cui cfr. A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, *ivi*, n. 1, p. 82 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, *cit.*; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Quest. giust.*, marzo 2018; e R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli 2018, p. 87 ss.

²⁹ Per la connessione tra le varie vicende cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Riv. dir. comp.*, 9 gennaio 2018.

³⁰ Su cui cfr. A. RUGGERI, *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1.

³¹ La vicenda merita di essere richiamata con un minimo di precisione. Il Consiglio di Stato (con ord., sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2334), evidentemente insoddisfatto della sentenza

La seconda pronuncia della Corte di giustizia a venire in rilievo è la sent. 24 ottobre 2018, c. 234/17, XC. In essa, nonostante alcune letture volte a riferire taluni passaggi della pronuncia direttamente all'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017, pur mai espressamente citata³², la Corte di Lussemburgo si è invero limitata a ribadire e ad applicare anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la sua giurisprudenza sul primato, sull'effetto diretto e sul rinvio pregiudiziale: in particolare laddove ha ricordato che «i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa,

n. 56 del 2015 con cui la Corte costituzionale aveva respinto le censure sollevate sull'art. 1, comma 79, della legge 13 dicembre 2010, n. 220 (legge di stabilità 2011), in riferimento agli artt. 3, 41, comma 1, e 42, comma 3, Cost., tra l'altro sulla base dell'argomento per cui «il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova sì copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili», aveva posto alla Corte di giustizia due distinti quesiti: uno di tipo procedurale, chiedendo se l'art. 267, par. 3, TFUE richieda al giudice nazionale di ultimo grado di sollevare rinvio pregiudiziale anche dopo una sentenza della Corte costituzionale; l'altro, di merito, chiedendo, in via subordinata (ove cioè si risponda positivamente al primo quesito), se gli artt. 26, 49, 56 e 63 TFUE, l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali UE e il principio del legittimo affidamento ostino ad una normativa nazionale come quella in questione, che imponga nuove condizioni in capo a soggetti già concessionari. La Corte di giustizia ha risposto, come si è appena visto, positivamente al primo quesito, ribadendo la propria giurisprudenza secondo cui, ai fini del rispetto dell'art. 267 TFUE, è essenziale che «il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, e anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che consideri necessaria». E ha respinto invece la seconda questione, perlomeno laddove il giudice del rinvio – dunque, lo stesso Consiglio di Stato, ovviamente anche alla luce della pronuncia della Corte costituzionale – ritenga che tale normativa possa essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, sia idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non ecceda quanto è necessario per raggiungerli. In esito al rinvio pregiudiziale, il Consiglio di Stato ha infine respinto il ricorso (Cons. St., sent. 25 gennaio 2019, n. 658).

Non è da escludere che l'*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, e in particolare il controverso inserimento della formula «per altri profili» (su cui cfr., criticamente, A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, ? in *Giur. cost.*, 2018, n. 1, p. 157 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino*, cit., p. 28 ss.), siano in qualche modo legati anche alla vicenda processuale che si è appena riassunta, in cui il Consiglio di Stato ha, in sostanza, provato ad ottenere dalla Corte di giustizia un'interpretazione più rigorosa del principio di affidamento rispetto a quella adottata, con riferimento alla medesima vicenda, dalla Corte costituzionale. Sulle diverse interpretazioni di tale principio cfr. F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli 2018, spec. p. 136 ss.

³² Cfr. A. RUGGERI, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in *Dir. comp.*, 2018, n. 3.

qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»³³.

5. Il quadro dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, e tra i relativi giudici, sembra essersi un minimo stabilizzato grazie a quattro pronunce rese dalla Corte costituzionale nei primi mesi del 2019: tutte relative a questioni in cui si poteva prospettare un'ipotesi di doppia pregiudizialità e nelle quali la Corte costituzionale ha ribadito, nelle rispettive *rationes decidendi*, e precisato in parti significative i contenuti anticipati nell'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017³⁴.

Si tratta, in particolare, della sent. 21 febbraio 2019, n. 20, in tema di riservatezza dei redditi dei dirigenti pubblici, e della sent. 21 marzo 2019, n. 63, in tema di retroattività delle sanzioni CONSOB: entrambe sentenze di accoglimento, in cui – rispettivamente – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per irragionevolezza, l'art. 14, comma 1 *bis*, del d.l. 14 marzo 2013, n. 33, nella parte in cui prevedeva che le pubbliche amministrazioni pubblicassero i dati reddituali e patrimoniali per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali «apicali»; e l'art. 6, comma 2, del d.l. 12 maggio 2015, n. 72, sempre per irragionevolezza, nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dallo stesso art. 6, comma 3, alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187 *bis* (e, in via consequenziale, altresì dell'art. 187 *ter*) del d.l. 24 febbraio 1998, n. 58.

E altresì della sent. 24 aprile 2019, n. 102, e dell'ord. n. 117 del 2019, entrambe derivanti dalla medesima ordinanza di rimessione della Cass., II sez. civile (la già ricordata n. 3831 del 2018), sull'applicazione di sanzioni per *insider trading* da parte della CONSOB. La Corte costituzionale, con la prima, ha accolto la relativa questione di costituzionalità e, con la seconda, ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandando se l'attuale disciplina europea consenta agli Stati membri di tutelare anche in tale

³³ Il passaggio riproduce testualmente quanto già affermato dalla Corte di giustizia nella sent. 9 marzo 1978, c. 106/77, *Simmenthal* (par. 24). In proposito C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 febbraio 2019, osserva come né nella sentenza XC né nella successiva 4 febbraio 2018, c. 378/17, *Minister for Justice and Equality* la Corte di giustizia ribadisca «la giurisprudenza *Simmenthal* senza fare menzione alcuna degli “aggiustamenti” di cui in *Melki* e *A c. B* e altri».

³⁴ Per un inquadramento di queste quattro pronunce cfr. D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 3, p. 615 ss., spec. 632 ss.

procedimento sanzionatorio il c.d. diritto al silenzio (anche noto come principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*, o con formule analoghe); domandando, in caso contrario – ove cioè tale diritto non sia ritenuto tutelabile per effetto della disciplina europea – se quest’ultima sia compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sull’art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Senza poter dare specificamente conto dei contenuti delle quattro pronunce di inizio 2019, può valer la pena provare a sintetizzare il quadro per come risultante dalle medesime, nei suoi elementi più stabilizzati³⁵ e, per cenni, in quelli tuttora da chiarire. Salvo poi richiamare, nel paragrafo successivo, alcuni dei presupposti di fondo che possono ritenersi alla base del nuovo orientamento della Corte costituzionale, in un contesto profondamente mutato rispetto a quello in essere negli anni ’80 e ’90 del secolo scorso.

In sostanza, alla luce del quadro come ridefinito, il riparto tra giudice comune e Corte costituzionale non viene più ad essere basato sulle caratteristiche strutturali della norma dell’Unione europea di volta in volta invocata. In precedenza, infatti, se si trattava di norma direttamente efficace (*self-executing*), questo elemento bastava di per sé ad escludere il ricorso alla Corte costituzionale, perché la relativa questione sarebbe divenuta inammissibile, in quanto non rilevante, dovendo la norma di diritto interno essere disapplicata dal giudice comune. Solo nel caso in cui la disposizione legislativa di diritto interno contrastasse con una norma dell’Unione europea non direttamente efficace, il giudice comune era tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Un’alternativa, come si vede, dipendente dai caratteri delle norme dell’Unione europea, per come definiti, in piena autonomia, da quell’ordinamento e, in particolare, dalla Corte di giustizia, la quale come è

³⁵ Tra i commenti che lasciano immaginare una qualche stabilizzazione del quadro cfr. (anche perché si tratta di alcune tra le principali voci contrarie all’*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269 del 2007, e ancorché in tali commenti non manchino considerazioni di taglio critico) G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *Quest. giust.*, 4 marzo 2019; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Giur. cost.*, 2019, n. 2, p. 242 ss.; D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court’s new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *Eur. l. j.*, 2019. Cfr. anche G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, n. 10; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, *ivi*, e, pur evidenziando i punti ancora aperti, M. MASSA, *Dopo la “precisione”*, cit., p. 10 ss.

noto ha gradualmente esteso il concetto di efficacia diretta, lasciando in secondo piano i requisiti della chiarezza e della precisione e accontentandosi spesso, al fine di riconoscere tale efficacia, del solo carattere incondizionato della norma dell'Unione europea³⁶.

Al contrario, secondo il nuovo orientamento assunto dalla Corte costituzionale, il discrimine non è più rappresentato dal carattere *self-executing* o meno della norma invocata a parametro³⁷, ma occorre fare riferimento al suo contenuto assiologico: bisogna cioè andare a guardare se la disposizione legislativa di diritto interno «infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione»³⁸; o, secondo una valutazione al contempo meno formalistica e caratterizzata da una potenziale maggiore espansività, se la norma operi «su un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato»³⁹. In questi casi, allora, la Corte costituzionale non può non essere coinvolta, mediante questione di legittimità costituzionale, considerando che ad essa spetta il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi e che essa è in condizione di assicurare una maggiore tutela dei diritti in questione, in quanto in grado di annullare con efficacia *erga omnes* la legge in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali.

Circa l'ordine con cui il giudice comune deve affrontare i casi di «doppia pregiudizialità», le decisioni di inizio 2019 hanno escluso una possibile lettura «rigida» dell'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017, che pure era stata prospettata⁴⁰: nel duplice senso cioè che, in tali casi, fosse assolutamente necessario, per il giudice comune, adire pregiudizialmente la Corte

³⁶ Cfr. ampiamente D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018, spec. p. XV ss. e 163 ss. (definendola «nozione camaleontica» e parlando di «applicazione à la carte del test dell'effetto diretto»), nonché R. SCHUETZE, *Direct effects and indirect effects of Union Law*, in R. SCHUETZE, T. TRIDIMAS (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law*, I, *The European Union Legal Order*, Oxford 2018, p. 265 ss., spec. 268 ss.

³⁷ Cfr. A. O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratò di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum quad. cost.*, 1 febbraio 2018.

³⁸ Così la sent. 14 dicembre 2017, n. 269 con passaggio testualmente ripreso dall'ord. n. 117 del 2019.

³⁹ Così in un passaggio la sent. 21 febbraio 2019, n. 20 (punto 2.2 del considerato in diritto), riferito alla disciplina sull'obbligo di pubblicazione dei dati dei dirigenti pubblici.

⁴⁰ A questa ipotetica lettura «rigida» dell'*obiter dictum* si sono rivolte le principali critiche della dottrina, specie quelle che hanno avanzato dubbi circa la sua conformità al diritto dell'Unione europea: cfr., tra gli altri, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2948 ss.; e D. GALLO,

costituzionale, e solo in un secondo momento la Corte di giustizia; e che, in esito ad una pronuncia di rigetto della Corte costituzionale, il giudice comune avrebbe potuto sottoporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia soltanto «per altri profili», ossia per profili diversi rispetto a quelli già esaminati dalla Corte costituzionale.

A questo proposito, la Corte costituzionale ha chiarito che il concorso di rimedi giurisdizionali «arricchisce gli strumenti di tutela giurisdizionale e, per definizione, esclude ogni preclusione»⁴¹. E altresì che resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Certo, l'*iter* logicamente più naturale continua a rimanere, almeno in astratto, quello opposto rispetto a quanto si era prima sostenuto: ossia, quello secondo cui, davanti ad una norma di legge che si reputi violare sia la Costituzione italiana, sia la Carta dei diritti fondamentali (sempre che questa sia applicabile, si intende)⁴², si solleva prima una questione di costituzionalità, la quale sarà giudicata dalla Corte costituzionale «alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato»⁴³; e poi, solo in caso di mancato accoglimento, si valuti se disapplicarla, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ma è vero che la realtà è assai più varia e che molto dipende da come la questione sia configurata, in concreto, dalle parti e dal giudice comune, appunto.

In questa chiave devono leggersi i riferimenti espliciti e adesivi, contenuti nelle quattro pronunce in esame, rispetto alla scelta del giudice *a quo* di sollevare la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale:

Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale, cit. Per una lettura meno rigida cfr., tra gli altri, F. VIGANÒ, *Introduzione* a V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. p. 9 ss., spec. 14 ss.

⁴¹ Così la sent. 21 febbraio 2019, n. 20, p.to 2.3 cons. dir., con un passaggio testualmente ripreso dall'ord. n. 117 del 2019, p.to 2 cons. dir.

⁴² Sul nodo dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali UE, come definito dall'art. 51 della medesima (con riferimento esclusivo all'attuazione del diritto dell'Unione), cfr., per tutti (anche per i relativi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018, spec. p. 196 ss., e N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano 2018, spec. p. 183 ss., nonché, in relazione alla sent. n. 269 del 2017, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea)*, cit., p. 2957 ss.

⁴³ Così la sent. 21 febbraio 2019, n. 20, p.to 2.1 cons. dir.

presenti sia nella sent. n. 20 («Non erra, pertanto, il giudice *a quo* quando segnala la peculiarità dell'esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare, e quando *sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale*»); sia nella sent. n. 63 («Laddove però sia stato *lo stesso giudice comune* a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi»); sia nella sent. n. 112 («Pur in assenza di una specifica eccezione sul punto, va infine affermata – in conformità ai principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, *essendo stata a ciò sollecitata dal giudice a quo*»); sia infine nell'ord. n. 117 («Con riferimento in particolare alle norme della CDFUE, questa Corte ha recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente *ritenga di sottoporle*»)⁴⁴.

In sostanza, la Corte costituzionale ha riconosciuto che spetta al giudice ordinario «gestire» i casi di «doppia pregiudizialità» e che lo può fare senza vincoli assoluti. Ma, al tempo stesso, gli ha rivolto – come dire – un «caldo invito» a coinvolgere, ove del caso, e preferibilmente in prima istanza, la Corte costituzionale, anche in nome della possibilità, per questa, di annullare la norma con efficacia *erga omnes*. In altri termini, la scelta sul da farsi è inevitabilmente rimessa al giudice comune, che è e resta, come è giusto che sia, «portiere» dell'accesso alla Corte costituzionale, e che dovrà ovviamente motivare sul punto, anche in relazione alle prospettazioni avanzate dalle parti del giudizio. Tuttavia, questa scelta è ora basata su un elemento contenutistico-assiologico, anziché su un profilo formale-strutturale, della norma parametro, e soprattutto non più su un carattere, come era l'efficacia diretta, interamente attribuito dall'ordinamento europeo.

Certo, restano almeno un paio di profili ancora non del tutto definiti, su cui giudici comuni e Corte costituzionale, oltre che probabilmente la stessa Corte di giustizia⁴⁵, avranno modo di tornare.

⁴⁴ Nei passaggi delle sentenze citate nel testo i corsivi sono, evidentemente, aggiunti.

⁴⁵ Anche la Corte di giustizia, infatti, nel rispondere alle due questioni pregiudiziali sollevate dalla Sezione lavoro della Corte di cassazione, e fors'anche a quella posta dalla stessa Corte costituzionale nell'ord. n. 117 del 2019, avrà presto l'occasione per tornare a dire qualcosa sui rapporti con la giustizia costituzionale, e in particolare con quella italiana.

Anzitutto, come si è accennato, non è univocamente definito con quali modalità si individui l'elemento contenutistico-assiologico che contraddistingue le questioni da rimettere alla Corte costituzionale rispetto a quelle che il giudice comune può autonomamente applicare ricorrendo al tradizionale meccanismo della disapplicazione. Non è chiaro cioè se il riferimento a una disposizione della Carta dei diritti fondamentali sia elemento indefettibile, né se esso richieda altresì, da parte del giudice comune, che se ne argomenta espressamente l'applicabilità ai sensi del suo art. 51⁴⁶. A maggior ragione visto che sempre più spesso – come si evince anche dal piccolo ma significativo campione rappresentato dalle pronunce qui considerate – i giudici siano chiamati ad esercitare uno scrutinio di proporzionalità e/o di ragionevolezza: uno scrutinio nel quale, per definizione, vengono in questione principi generalissimi, presenti perlopiù, con formulazioni non identiche ma spesso sostanzialmente coincidenti, sia nella Costituzione italiana, sia nella Carta di Nizza, e nel quale conta molto come i diversi giudici configurano il relativo test, nel caso di specie e nella loro giurisprudenza relativa a quella certa materia⁴⁷.

In secondo luogo, come si accennava, pare restare tuttora per larga parte aperto il nodo del carattere doveroso o facoltativo, per il giudice comune, di rimettere la questione alla Corte costituzionale, nel caso sussistano i presupposti prima indicati⁴⁸: nodo di sicura rilevanza, ma che, in qualche misura, non va sovrastimato, anche alla luce di quanto si osserverà nel paragrafo successivo.

⁴⁶ In particolare, come è stato notato, la sent. 21 febbraio 2019, n. 20 sembrerebbe optare per una interpretazione assai lata di questo requisito. Cfr., in proposito, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti*, cit., p. 5, ad avviso della quale in tal modo sarebbero attratte nel sindacato accentratò di costituzionalità «non solo le ipotetiche violazioni di norme della Carta di contenuto coincidente (o quasi) con principi di rilievo costituzionale; ma anche e addirittura di direttive, quando espressive di valori contenuti nella Carta, o quando viceversa i principi in esse contemplati siano posti a modello di norme della Carta stessa».

⁴⁷ Su bilanciamento e proporzionalità come strumenti ai quali i giudici ricorrono con sempre maggiore frequenza nello Stato costituzionale cfr., per tutti, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, spec. p. 173 ss.

⁴⁸ Su cui sono variegiate anche le opinioni in dottrina: per un quadro sintetico cfr., tra gli altri, S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, n. 4, p. 2; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, cit., p. 629 ss.; e M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 737 ss. Nel senso di sottolineare che la Corte costituzionale è intervenuta «con le armi della persuasione, piuttosto che con quelle dell'autorità», cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 489.

6. In questa sede, più che soffermarsi ulteriormente sui tanti profili ancora aperti che emergono dal nuovo assetto, sui quali il dibattito è tuttora piuttosto vivace, può valere la pena provare a individuare alcuni dei presupposti di fondo alla base di questa evoluzione giurisprudenziale, che contribuiscono a spiegarne il senso. Nella convinzione che, al di là delle punture di spillo o degli «incontri di fioretto»⁴⁹ che pure si sono, come si è accennato, verificati, sia il quadro complessivo a costituire l'elemento di maggiore interesse, specie ove ci si proponga di comprenderne le evoluzioni in atto e quelle che potrebbero seguire.

Il principale di questi presupposti di fondo – dai quali gli altri, come si vedrà tra un attimo, discendono in qualche modo «a cascata» – si può sintetizzare con l'idea di un «sistema a rete». Di un sistema, perciò, in cui i rapporti di sovraordinazione gerarchica, tra le fonti del diritto così come tra i giudici, sono ridotti al minimo. Un sistema retto prevalentemente da principi generali e da regole di precedenza, o contenenti incentivi/disincentivi nei confronti dei soggetti che lo compongono: oggetto anch'essi, gli uni e le altre, di interpretazione da parte dei giudici, come è ovvio che sia.

Il principio che regola il funzionamento del sistema, nel suo complesso, è in realtà il meta-principio di leale collaborazione. E, in particolare, per dirla con le già ricordate parole della Corte costituzionale, di «costruttiva e leale collaborazione fra i diversi sistemi di garanzia»⁵⁰.

È questo meta-principio a diventare assolutamente decisivo. Esso discende, nell'ordinamento europeo, dal dovere di fedeltà e di lealtà degli Stati membri, i quali, ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE, si sono impegnati ad adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione», a facilitare «all'Unione l'adempimento dei suoi compiti», e altresì ad astenersi «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»⁵¹. Tale principio discende

⁴⁹ Così A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, cit.; e ancora, con lieve variante e sin dal titolo, ID., *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017*, cit.

⁵⁰ Così la sent. 14 dicembre 2017, n. 269 con passaggio ripreso dall'ord. n. 117 del 2019.

⁵¹ Su di esso cfr. M. KLAMERT, *The principle of loyalty in EU Law*, Oxford 2014. Il principio di *Europarechtsfreundlichkeit*, ricavato come è noto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (su cui cfr., ad esempio, F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo*, 2016, n. 3, può considerarsi una esplicitazione di questo principio, nella prospettiva di uno Stato membro.

altresì, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, dalle limitazioni di sovranità richieste dall'art. 11 Cost., che impongono allo Stato italiano di muoversi nella direzione di favorire l'integrazione europea⁵². A tale meta-principio sono soggetti, perciò, tutti i giudici italiani, in quanto tali e in quanto giudici europei. Ed è appunto il richiamo a tale meta-principio a suggerire, quando non a imporre, ad esempio, di non chiedere alla Corte costituzionale di fare ricorso ai «controlimiti» nei confronti del diritto dell'Unione europea, se non in casi davvero estremi. Oppure di utilizzare le norme dei Trattati che richiedono il rispetto dell'identità costituzionale in chiave costruttiva, anziché in chiave potenzialmente eversiva dell'assetto costituzionale europeo⁵³: in altri termini, secondo una logica di *voice*, anziché di *exit*⁵⁴.

L'esistenza, in attuazione di questo meta-principio, di qualche singola regola sulle modalità con cui conciliare i possibili conflitti tra i giudici, appunto nell'ipotesi della doppia pregiudizialità, non pare peraltro da escludere. Tra queste, potrebbe esservi, in particolare, il divieto di sollevare contemporaneamente una questione di legittimità costituzionale e un rinvio pregiudiziale, che, seppure non a chiarissime lettere, è stato già da tempo ricavato dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza 21 marzo 2002, n. 85⁵⁵.

⁵² Sull'art. 11 Cost. cfr., nella letteratura più recente, cfr. R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, n. 3, p. 5 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi*, 2018, n. 20; A. MANZELLA, *La Costituzione italiana come Costituzione "europea": 70 anni dopo*, in *Nuova antologia*, 2018, n. 3, p. 40 ss. Sul principio di apertura dell'ordinamento costituzionale italiano cfr., tra gli altri,

G. MARTINICO, *Constitutionalism, Resistance and Openness: Comparative Law Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance*, in *Yearbook eur. l.*, 2016, n. 1, p. 318 ss.

⁵³ Sui diversi possibili usi dell'art. 4(2) TUE cfr. P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU. A Shield or a Sword?*, in *German l. j.*, 2017, n. 7 (special issue - *Constitutional Identity in the Age of Global Migration*, a cura di J. Bast, L. Orgad), p. 1617 ss.

⁵⁴ Così, sulla scorta di Hirschman, appunto a proposito dei possibili usi dell'identità costituzionale nella terza ondata di giustizia costituzionale a livello globale, D. LUSTIG, J. H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*, in *Int. j. const. l.*, 2018, p. 313 ss., spec. 357 ss.

⁵⁵ In questa, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale rilevando la «manifesta contraddittorietà dell'ordinanza di rimessione, in quanto il giudice solleva contemporaneamente "questione pregiudiziale" interpretativa dei principi del Trattato CE avanti alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario e, quindi, applicabile nell'ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile». Sul punto, cfr. specificamente F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 781 ss., e, con una lettura dell'ord. n. 85 del 2002 opposta a quella qui proposta, ritenendo tuttora aperta la questione sulla «possibilità di

Così facendo, infatti, il giudice comune, seppure al comprensibile fine di assicurare una (apparente) maggiore tempestività nella tutela dei diritti⁵⁶, rischierebbe di dare origine a corto-circuiti e di stimolare il conflitto, anche involontario, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, anziché favorire la doverosa leale collaborazione.

Sempre nell'ipotesi della doppia pregiudizialità, invece, l'ordine di precedenza non pare vada necessariamente fissato *a priori* e in modo rigido. Spetta al giudice comune configurare la questione come meglio ritiene e motivare conseguentemente le opzioni che compie. In un sistema «a rete», come si diceva, è naturale che si introducano incentivi e disincentivi, più che obblighi o divieti veri e propri.

La Corte costituzionale, nelle sue pronunce di inizio 2019, pare appunto essersi mossa in questa logica (seppure con qualche esitazione, ancora presente nell'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017). Secondo la logica dei Trattati, del resto, tutti i giudici sono anche giudici dell'Unione europea, e tutti sono chiamati ad applicare tale diritto e a dare ad esso prevalenza, mediante gli strumenti di cui dispongono. La Corte costituzionale, in particolare, dispone di strumenti assai potenti, quali l'invalidità *erga omnes*, la quale può fare molto comodo al giudice che chiede di assicurare la garanzia di un certo diritto fondamentale: e, soprattutto, alla parte che ha adito quel giudice perché ha ritenuto che il suo diritto fosse stato violato.

Se si guarda – come pure di recente si è correttamente stati invitati a fare⁵⁷ – a questi fenomeni anche «dal basso», in nome cioè della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive, e non solo «dall'alto», in termini cioè di rapporti tra le fonti e tra le Corti, è in qualche misura inevitabile che chi invoca la tutela dei propri diritti bussi un po' a tutte le porte, per definizione numerose in un sistema multilivello, per poi provare a percorrere quelle che, nell'occasione, gli vengono aperte. La Corte costituzionale lo ha ricono-

sperimentare contemporaneamente il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e l'incidente di costituzionalità da parte del giudice comune», R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, n. 1, p. 280 ss., spec. 287; e ID., *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., spec. p. 121 ss.

⁵⁶ Sui possibili problemi derivanti da pronunce discordi sollecitate da ricorsi sollevati «in parallelo» cfr. ad esempio V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano 2019, spec. p. 318 ss. Nel senso di auspicare la costruzione, nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale, di una «corsia preferenziale», cfr. A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in *Giur. cost.*, 2019, n. 3, p. 474 ss.

⁵⁷ Il riferimento è a T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2.

sciuto quando ha reiteratamente parlato di «concorso di rimedi giurisdizionali» e qualche traccia la si ritrova anche nelle vicende affrontate dalle pronunce in esame. Si pensi, in particolare, al ricorso al TAR Lazio presentato dai dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali, che ha portato alla sent. n. 20 del 2019: nel quale appunto avevano chiesto l'annullamento delle note del segretario generale del Garante, previa eventuale disapplicazione della disposizione legislativa interna che li obbligava a pubblicare i propri dati (l'art. 14, comma 1 *bis*, d.l. 14 marzo 2013, n. 33); oppure previa rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea o alla Corte costituzionale «della questione in ordine alla compatibilità delle disposizioni sopra citate con la normativa europea e costituzionale»⁵⁸. In proposito, mi pare molto efficace, il parallelo – proposto dalla Alter⁵⁹ e recentemente ripreso da Martinico⁶⁰ – tra il rapporto (trilaterale) che intercorre tra il giudice davanti al quale il titolare lamenta la violazione di un proprio diritto, la Corte costituzionale (o, a seconda dei casi, suprema) e la Corte di giustizia, da un lato, e quello che sussiste tra il figlio e i due genitori, dall'altro. In qualche modo, la situazione della «doppia pregiudizialità» somiglia a quella del figlio che, nella speranza di veder riconosciuto un proprio diritto (o di vedere comunque soddisfatta una propria richiesta), prova a chiedere – strategicamente, come è ovvio che sia, a seconda delle risposte che si attende – prima a mamma e poi a papà (o viceversa). Verrebbe da aggiungere che, almeno nelle famiglie che funzionano, e che cioè sono rette al loro interno da un meta-principio di leale collaborazione, il genitore che è consultato, prima di decidere e di comunicare al figlio la propria risposta tende a consultare preventivamente l'altro genitore, sperando così di trovare conforto nella sua valutazione, o comunque di concordare previamente una linea condivisa.

⁵⁸ Cfr. la sent. 21 febbraio 2019, n. 20 p.to 1.1 rit. in fatto. Sottolinea questo aspetto F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della P.A: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, in *Media Laws*, 2019, n. 2, p. 11 ss.

⁵⁹ K. J. ALTER, *The European Court's Political Power*, in *West Eur. Politics*, 1996, n. 3, p. 458 ss.), ora in ID., *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford 2009, spec. p. 100; ID., *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence, A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WELLER (a cura di), *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford 1998, p. 227 ss., spec. p. 241.

⁶⁰ Cfr. Intervista a G. Martinico in R. CONTI (a cura di), *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzata o armonico ménage?*, disponibile su <https://www.giustiziasieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/643-la-carta-ue-in-condominio-fra-corte-costituzionale-e-giudici-comuni-conflitto-armato-coabitazione-forzata-o-armonico-menage>, 8 maggio 2019.

Sempre nella chiave di un sistema «a rete», nelle vicende qui esaminate ha inoltre trovato conferma il fatto che nel dialogo tra i giudici conta spesso assai di più disporre della «prima parola» che non della famosa «ultima parola». Specie a patto di saperla utilizzare bene, formulando perciò al meglio la domanda che attiva il procedimento, la «prima parola» consente di delineare correttamente il nodo interpretativo da sciogliere e di porre un quesito che, almeno di regola, dovrebbe condurre ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre⁶¹. A maggior ragione perché ci si è accorti che in un sistema così complesso, a più livelli e in costante evoluzione, a ben vedere un'ultima parola, oltre ad essere in concreto difficilmente esercitabile perché troppo brutale⁶², in senso proprio non c'è mai. Il fantomatico e spesso mitizzato «diritto all'ultima parola», in altri termini, finisce per non spettare a nessun giudice; e, in molti casi, tanto meno al legislatore, verrebbe da aggiungere.

L'idea che, in un sistema «a rete», la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle precedenze nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò. La Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è stata mai chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto a intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia. Non è probabilmente un caso che l'espressione «prima parola» sia stata esplicitata nella motivazione della sent. n. 20 del 2019⁶³.

Infine, in un sistema «a rete», a maggior ragione ove retto da un meta-principio di leale collaborazione, tutti i giudici devono essere consapevoli di non essere mai interpreti esclusivi: una dote che è richiesta è perciò l'«umiltà» delle Corti, che è elemento necessario perché il sistema non impazzisca. Ed è peraltro vero che, nella logica appunto del sistema «a rete», i giudici che preferiscono arroccarsi finiscono per essere emarginati o a volte, specie ove si assolutizzano i diritti di alcuni, per suscitare reazioni da parte

⁶¹ Cfr. M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 737 ss., nonché, volendo, N. LUPO, *The Advantage of Having the "First Word" in the Composite European Constitution*, in *Italian. j. Public L.*, 2018, n. 2 (*special issue - Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna, C. Fasone, G. Piccirilli), p. 186 ss.

⁶² In questo senso, cfr. G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., p. 2948 ss. (rilevando i vantaggi del «parlare per primi», anziché in seconda battuta, quando si ha a «disposizione solo l'arma brutale dei "controllimiti"»).

⁶³ Cfr. p.to 2.3 cons. dir.

del legislatore costituzionale o da parte degli altri giudici. È il sistema «a rete» a incoraggiare un forte *self-restraint* da parte di ciascuno di coloro che vi prendono parte: onde consentire anche agli altri di svolgere il loro ruolo, e ai diritti di tutti, tendenzialmente, di ottenere una propria tutela, nel rispetto evidentemente dei diritti degli altri.

7. Nel trarre un qualche bilancio di queste quattro pronunce della Corte costituzionale, mi pare di poter affermare che si tratti di un'operazione complessivamente riuscita: superando una fase «buia», rinunciando ad un uso dell'inammissibilità al fine di evitare i casi più scomodi, e in coerenza con la tendenza recente ad ampliare in via giurisprudenziale le vie di accesso alla giustizia costituzionale, la Corte costituzionale si è reinserita nel circuito di protezione dei diritti fondamentali, mettendo a disposizione le proprie tutt'altro che trascurabili risorse.

In definitiva, che (anche) la Corte costituzionale contribuisca esplicitamente e attivamente alla definizione (e alla difesa, ove necessario) dell'identità costituzionale italiana e alla costruzione (e alla tutela, per la parte di sua competenza) delle tradizioni costituzionali comuni mi pare, comunque la si guardi, una bella notizia⁶⁴. Ed è inevitabile che lo faccia nella logica della Costituzione «composita», frutto di auto-limitazioni e riconoscimenti reciproci, non di un ordinamento che si impone sull'altro: fornendo sì, grazie all'efficacia *erga omnes* delle proprie pronunce di accoglimento, più volte richiamata, elementi di certezza, ma di una certezza comunque relativa, visto che il sistema «a rete» consente anche ad altri soggetti di svolgere un ruolo, spesso decisivo.

Un'ultima considerazione sembra necessaria, anche al fine di rinvenire una ulteriore ragione di fondo nel mutato atteggiamento della Corte costituzionale italiana rispetto ai rapporti con l'Unione europea.

È infatti chiaro che, fintanto che il diritto dell'Unione europea regolava essenzialmente i mercati, ossia la libera circolazione di merci, capitali, persone, servizi, le risposte fornite dalla Corte di giustizia e, quindi, dalla Corte costituzionale italiana erano quelle più corrette e, allora, pienamente soddisfattive: il primato e l'effetto diretto rappresentavano, infatti, le grandi e assolutamente inderogabili regole del mercato unico, ed era più che comprensibile, perciò, che la Corte costituzionale demandasse solo ed esclusivamente al giudice comune, con l'ausilio della Corte di giustizia, il compito di

⁶⁴ Conformemente, cfr. O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Corte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, p. 434 ss.

applicarle. Man mano che lo spazio di intervento del diritto dell'Unione europea si è progressivamente ampliato, sino a spingersi all'enunciazione dei diritti fondamentali dei cittadini europei, quell'assetto non tiene più: se la Corte costituzionale intende mantenere qualche possibilità di intervento a garanzia dei diritti fondamentali non può chiamarsi del tutto fuori dai tanti settori di cui si occupa ora, in forma più o meno esclusiva, l'Unione europea.

Al tempo stesso, il più intenso coinvolgimento della Corte costituzionale italiana, così come di molti dei Tribunali costituzionali europei, i quali pure, non casualmente proprio in quest'ultimo decennio, hanno frequentemente attivato – a volte superando antiche resistenze – il canale di dialogo diretto rappresentato dal rinvio pregiudiziale⁶⁵, è inoltre in grado di originare effetti assai significativi sulla Corte di giustizia e, più in generale, sull'ordinamento dell'Unione europea.

In questa chiave, del resto, non può destare troppa sorpresa che la Corte di giustizia, nei suoi orientamenti più recenti, abbia accantonato una visione assolutizzante del primato del diritto dell'Unione europea e abbia in più occasioni cominciato a prendere atto della natura «composita» della Costituzione europea, e quindi del ruolo che gli stessi tt<rattati riconoscono, in forma più o meno esplicita a seconda dei casi, alle Costituzioni degli Stati membri, e alle Corti che di queste sono le interpreti privilegiate. Come è stato notato, richiamando le sentenze *Melki, Abdeli* e *A c. B*⁶⁶, entrambe non a caso citate dalla Corte costituzionale nell'*obiter dictum* di cui si è detto, questa volontà di condivisione e collaborazione con le Corti costituzionali degli

⁶⁵ Per un ampio quadro comparatistico (e ulteriori indicazioni) cfr. M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, in *German l. j.*, 2015, n. 6, p. 1317ss.; M. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, *ivi*, p. 1331 ss.; e R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3. Individua una connessione tra la «*fundamental rights revolution*» determinata dall'entrata in vigore della Carta di Nizza e la nuova stagione dei ricorsi pregiudiziali da parte delle Corti costituzionali J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *Int. j. const. l.*, 2014, n. 3, p. 525 ss. (con un interessante dibattito sviluppatosi nei successivi fascicoli: M. DANI, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A reply to Jan Komárek*, *ivi*, 2017, n. 3, p. 785 ss.; E. DEUTSCHER, S. MAIR, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A reply to Jan Komárek*, *ivi*, 2017, n. 3, p. 801; e, in replica, J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A rejoinder*, *ivi*, 2017, 3, p. 815 ss.).

⁶⁶ Cfr. Corte giust., sentt. 22 giugno 2010, c. 188/10 e c. 189/10, *Melki e Abdeli*; e 11 settembre 2014, c. 112/13, *A c. B*. Su quest'ultima cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4089 ss. e G. MARTINICO, *Il caso A. c. B. e il suo impatto sul rapporto fra Corti: un diritto per tre giudici*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 950 ss.

Stati membri è stata perseguita dalla Corte di giustizia anche a costo di mettere in discussione «il totem della *plenitude des pouvoirs* che il diritto comunitario, come interpretato dalla CGUE, ha tradizionalmente riconosciuto ai giudici nazionali “comuni” e che notoriamente ha contribuito alla sistemazione dei rapporti tra fonti e corti nella maniera che oggi conosciamo»⁶⁷. La stessa, recente, sentenza resa sull’art. 50 TUE a proposito della Brexit (10 dicembre 2018, c. 621/18, *Wightman*) può ritenersi emblematica di un atteggiamento mutato da parte della Corte di giustizia, più attento a valorizzare la clausola di rinvio alle Costituzioni nazionali, contenuta appunto nell’art. 50 TUE – così come in molte altre disposizioni dei Trattati⁶⁸ –, secondo cui «ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall’Unione»; e altresì a rispettare la sovranità di ciascuno Stato, quanto meno nel momento in cui questo decida, come è accaduto nel Regno Unito, di recedere dall’Unione europea⁶⁹.

Si aggiunga, infine, che la pressione siffatta proveniente dalla Corte costituzionale italiana, e da altre Corti costituzionali, potrebbe essere in grado di spingere la Corte di giustizia a svolgere una funzione che essa è stata piuttosto restia, fin qui, ad esercitare: quella di giudice (anche) costituzionale, con riguardo ovviamente all’ordinamento dell’Unione europea⁷⁰. È esattamente quel che accade quando, in un giudizio avente a che fare con i diritti fondamentali, una Corte costituzionale sollevi una questione pregiudiziale di validità riferita anche a fonti di diritto dell’Unione, evocando le tradizioni costituzionali comuni e la stessa Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Estremamente significativo può considerarsi, a questo riguardo, il dispositivo dell’ord. n. 117 del 2019, nel quale la Corte costituzionale ha appunto

⁶⁷ Così R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino*, cit., p. 6.

⁶⁸ Cfr., in particolare, gli artt. 42, 48, 49, 50 e 54 TUE e gli artt. 25, 218, 223, 262, 311 e 367 TFUE. Tutte clausole che danno origine ad altrettanti «procedimenti euro-nazionali», i quali coinvolgono soggetti dell’Unione e di uno dei suoi Stati membri e sono disciplinati dal diritto dell’Unione e dal diritto statale.

⁶⁹ Sulla sentenza *Whitman*, anche valorizzando questo profilo (ma con varietà di accenti), cfr. G. MARTINICO, *Scelte sovrane e doveri nella sentenza Wightman*, in *Dir. comp.*, 15 dicembre 2018; e E. CANNIZZARO, *Extra Unionem Nulla Salus? The UK Withdrawal and the European Constitutional Moment*, in *www.europeanpapers.eu*, 2018, n. 3, p. 1041 ss.

⁷⁰ Nel senso che questo ruolo richiederebbe un esercizio soprattutto dei suoi poteri di annullamento e di giudizio su rinvii pregiudiziali di validità cfr., ad esempio, G. ITZCOVICH, *The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in a Comparative Perspective*, in *STALS Research Paper*, 2014, n. 2, p. 6 ss. Cfr. anche M. DAWSON, *The Political Face of Judicial Activism: Europe’s Law-Politics Imbalance*, in M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham 2013, p. 11 ss.

domandato alla Corte di giustizia, formulando quello che è stato giustamente qualificato come un rinvio pregiudiziale di validità⁷¹ – e dopo aver collegato il «diritto al silenzio» al «diritto di difesa», ritenuto «appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentt. n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana»⁷² – se il diritto derivato dell'Unione europea sia compatibile «con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»⁷³.

Anche qui, la «saga Taricco» *docet* e si ha l'ennesima conferma del fatto di trovarsi, appunto, all'interno di un sistema «a rete», al quale la Corte costituzionale italiana contribuisce attivamente, dal suo punto di vista, a dare coerenza, valorizzando i principi propri della tradizione giuridica italiana, inserendoli nel circuito e assicurando così la massima garanzia dei diritti fondamentali a livello, appunto, «sistemico». Un sistema che la Corte di giustizia, come è noto, in particolare con il suo parere n. 2 del 2013 sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è rifiutata di contribuire a costruire direttamente, e in qualche modo «dall'alto», insieme alla Corte EDU (secondo un percorso pur espressamente delineato dall'art. 6, par. 2, TUE)⁷⁴, ma che comunque si è sviluppato e continua, com'è ovvio, a svilupparsi. Da ultimo, perché no, anche mediante l'aggiramento di questo ostacolo, reso possibile appunto dall'esistenza di un sistema «a rete»: visto che sono ora le Corti costituzionali ad invocare – anzitutto, come è giusto che accada, davanti alla Corte di giustizia, grazie alla piena utilizzazione del rinvio pregiudiziale, con una tendenza forse non a caso sviluppatasi soprattutto dal 2013 in poi –, per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni, il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte del diritto dell'Unione europea.

⁷¹ Così S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità*, cit., p. 9 ss. (il quale sottolinea che si tratta, per la Corte costituzionale, di una «novità assoluta»).

⁷² Così l'ord. n. 117 del 2019, p.to 7.1 cons. dir. Sottolinea questo aspetto V. TENORE, *La portata applicativa del principio "nemo tenetur se edere", ovvero del "diritto al silenzio", innanzi alla Consulta (nota a Corte cost., 10 maggio 2019 n.117/ord.)*, in *www.lexitalia.it*, 14 maggio 2019, p. 3 ss.

⁷³ Così il punto b) del dispositivo dell'ord. n. 117 del 2019.

⁷⁴ Su cui cfr., tra i tantissimi, F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in *Osservatorio AIC*, 2015, n. 2; e N. LAZZERINI, *«Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare»: il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *Osservatorio fonti*, 2015, n. 1.

Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'illegittimità consequenziale, tra tentativi di razionalizzazione e casistica giurisprudenziale – 3. (segue) Con particolare riferimento al giudizio in via principale – 4. Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale: spunti per una ricostruzione, anche alla luce della giurisprudenza dell'ultimo quinquennio - 4.1. Inofficiosità e inapplicabilità sopravvenuta - 4.2. Indissolubile corrispondenza tra norme - 4.3. L'*eadem ratio* della disposizione annullata e di quella colpita in via consequenziale e la ripetizione di identiche prescrizioni - 4.4. Illegittimità consequenziale e oneri processuali, con particolare riferimento all'annullamento di un'intera legge regionale - 4.5. Regole di bilancio e illegittimità consequenziale - 4.6. Conclusioni

1. L'art. 27 della l. n. 87 del 1953¹ stabilisce, come noto, che il giudice costituzionale – con l'accoglimento della questione proposta, in via incidentale o principale – dichiara «nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime». In aggiunta, al secondo periodo, prevede che la Corte costituzionale dichiari «altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»: configurando dunque quella che, in dottrina, è denominata come illegittimità consequenziale (o derivata)². Si tratta invero di un istituto che presenta questioni interpretative di non facile soluzione e si connota, al contempo, per un particolare rilievo nell'ambito dei poteri riconosciuti alla Corte costituzionale: e ciò, almeno, sotto tre profili.

In primo luogo, si tratta di stabilire quando l'illegittimità di una disposizione derivi come «conseguenza» dell'annullamento di un'altra: ovvero ragionare del nesso logico, analogico oppure ancora di altra natura che deve ricorrere tra le norme coinvolte – con tutte le difficoltà che, con riferimento

¹ La previsione legislativa, per brevità, verrà indicata da qui in poi come art. 27 (secondo periodo)

² Distinguono le due ipotesi A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, p. 244 ss. Ai fini del presente lavoro, invece, si impiegherà l'espressione «illegittimità consequenziale» per indicare tutte le decisioni assunte dalla Corte in applicazione dell'art. 27 della l. n. 87 del 1953, salvo poi differenziare, nel prosieguo, tra diverse fattispecie (ricorriamo quindi ad una ridefinizione, o definizione esplicativa secondo lo schema proposto da A. BELVEDERE, *Il problema della definizione nel codice civile*, Milano 1977, p. 63 ss.).

ad esempio alla analogia, la teoria dell'interpretazione ha da tempo messo in luce³. In secondo luogo, l'illegittimità conseguenziale interseca due principi processuali di obiettivo rilievo: quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e quello del contraddittorio⁴. Determinare, in questo contesto, l'ambito di applicazione dell'illegittimità derivata significa anche delineare, sullo sfondo, una determinata prospettiva di diritto processuale costituzionale.

Infine, l'illegittimità conseguenziale interseca altre questioni ed altri principi costituzionali di sicuro spessore. Per un verso, infatti, l'art. 27 secondo periodo assicura alla Corte uno strumento, potenzialmente assai efficace, di garanzia della legalità costituzionale; al contempo, e tuttavia la previsione legislativa è piuttosto generica e lascia al giudice costituzionale margini interpretativi assai ampi sulla portata del proprio potere: il che, come intuitivo, può produrre qualche tensione con il principio di certezza del diritto, declinato sotto il profilo della prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Inoltre, un potere di annullamento esercitabile d'ufficio, al di là della domanda esercitata e in assenza di contraddittorio pare contraddire – almeno in parte – la natura giurisdizionale della Corte (profilo non marginale, nella misura in cui interseca quello della legittimazione del giudice costituzionale⁵).

Tutto ciò premesso, questo lavoro ha ad oggetto, in particolare, l'illegittimità conseguenziale nell'ambito del giudizio in via principale. Si tratta di un profilo molto meno approfondito rispetto alle vicende del processo incidentale, ma che presenta una sua autonomia e motivi di interesse peculiare⁶. Innanzitutto, si tratta di un argomento che concorre a delineare la

³ Sul punto, A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi*, Soveria Mannelli 2008, p. 29 ss.

⁴ In ordine al profilo evocato, ancora A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi*, cit., p. 79 ss., p. 173 ss.

⁵ Sul profilo trattato nel testo, G. BRUNELLI, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, p. 345 ss.

⁶ Sulla illegittimità conseguenziale nel giudizio in via di azione cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi*, cit., p. 247 e ss.; ID., *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 439 ss.; E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità conseguenziale nel giudizio in via principale (ovvero della "prudenza" della Corte nella dichiarazione di illegittimità conseguenziale nel giudizio in via principale)*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, p. 373 e ss.; S. RAGONE, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, p. 431 ss.; F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio di costituzionalità in via principale*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 4113 e ss.; G. CRISAFI, *Illegittimità conseguenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3.

natura del giudizio in via di azione, il cui carattere oggettivo o soggettivo viene ampiamente dibattuto dalla dottrina – dibattito niente affatto sterile, nel momento in cui condiziona l'interpretazione delle singole disposizioni processuali ed incide, più in generale, sulla stessa autonomia degli Enti territoriali nei rapporti con il potere centrale. Inoltre, il necessario inquadramento dell'illegittimità derivata in rapporto ai principi di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e al principio del contraddittorio (se riferito a leggi di altre Regioni) acquista, nell'ambito del giudizio in via principale, una sua specificità. Infine, si tratta di un argomento attuale: posto che, se prima della riforma del Titolo V le pronunce di illegittimità consequenziale nei giudizi principali si contavano sulle dita di una mano, a partire almeno dall'ultimo quindicennio il numero è sensibilmente aumentato (l'illegittimità consequenziale, in sostanza, è oggi un potere abitualmente esercitato dal giudice costituzionale anche nel contenzioso Stato – Regioni⁷).

Ad un breve compendio – ragionato – del dibattito dottrinale e degli approdi giurisprudenziali (paragrafi secondo e terzo), seguirà una ricognizione della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo quinquennio, nella prospettiva di una ricostruzione dell'istituto nell'ambito del giudizio in via di azione (paragrafo quarto).

2. La dottrina si è interrogata sul contenuto e sui limiti dell'istituto sin dalla prima vigenza della legge n. 87/1953. E, se oggi possono apparire del tutto superate quelle tesi che ponevano perfino in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 27 secondo periodo⁸, altre riflessioni risultano invece precorrere gli sviluppi giurisprudenziali successivi: evidenziando, con grande acume, le principali questioni esegetiche sottese al potere così riconosciuto al giudice costituzionale. Nell'ambito di una contrapposizione tra letture più o meno restrittive della previsione normativa (contrapposizione che si ripropone sino ai giorni nostri⁹) spicca, in particolare, la riflessione di

Sul giudizio in via d'azione, nella amplissima bibliografia in argomento, cfr. a livello monografico C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova 2005; cfr. inoltre E. MALFATTI, *Art. 127*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost.*, Torino 2006, p. 2504 ss.; di recente, E. ROSSI, *Il giudizio in via principale tra motivi di crisi e prospettive di rilancio*, in *Quad. Cost.*, 2018, p. 647 ss.

⁷ Cfr. par. n. 3.

⁸ Seppure in termini scettici, C. MORTATI, *Sul potere del giudice costituzionale di accertare d'ufficio l'incostituzionalità di norme non impugnate*, in *Giur. cost.*, 1957, 324.

⁹ In origine, per una interpretazione restrittiva dell'art. 27 secondo periodo cfr. ad es. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957, p. 175; in senso diverso, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli 1966, p. 27 e ss., che ritiene l'istituto destinato proprio alle ipotesi di analogia tra norme

Aldo Maria Sandulli formulata negli anni '60 del secolo scorso. L'Autore si preoccupa innanzitutto di orientare l'esegesi dell'art. 27 secondo quella che oggi chiameremmo interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione legislativa: valutandone i contenuti in rapporto ai principi, espressi ed inespressi, del giudizio di costituzionalità nell'ordinamento italiano. In questa prospettiva, secondo Sandulli, l'illegittimità consequenziale troverebbe corretta applicazione in tre ipotesi: in primo luogo, qualora colpisca disposizioni che, a seguito dell'annullamento operato in via principale, rimarrebbero «inofficose» poiché inadatte a mantenere un qualche ruolo prescrittivo (ad esempio, disposizioni esecutive, attuative oppure dettanti norme di procedura relative alla prescrizione annullata). Una seconda ipotesi è data dalla «ripetizione» della medesima prescrizione, annullata in via principale dalla Corte, in altra o altre disposizioni formalmente diverse ed autonome. Il terzo caso, infine, è quello dello «sbilanciamento» determinato dalla pronuncia di accoglimento della Corte, che determina la perdita di equilibrio del sistema normativo: da ciò, la doverosa cancellazione di altre disposizioni che si presentino in rapporto di «indissolubile corrispondenza» con quella annullata in via principale. Di contro, l'Autore non ritiene corretto ricorrere alla illegittimità consequenziale nelle ipotesi di «identità di ratio» di due disposizioni: soluzione che si rivelerebbe in contrasto non solo con la lettera dell'art. 27 ma anche con i caratteri del giudizio costituzionale – di natura impugnatoria, ed incidentale *in parte qua* – nonché con principi basilari di diritto processuale, a partire dal doveroso rispetto del contraddittorio tra le parti¹⁰.

Ebbene: ancoraggio più o meno rigoroso alla formulazione letterale dell'art. 27; vincolo logico o analogico tra enunciati normativi; effetti sistematici di una pronuncia di annullamento su un sistema o microsistema normativo; rapporti con i principi processuali generali calati nelle dinamiche del giudizio di costituzionalità: come anticipato, il contributo di Sandulli mette a fuoco i temi che caratterizzeranno, nei decenni successivi, gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale (non sempre in linea, peraltro, con le tesi dell'Autore) nonché, a ruota, i tentativi di razionalizzazione della dottrina. Va detto infatti che, in questa materia, le riflessioni degli studiosi hanno dato e continuano a dare l'impressione di rincorrere una giurisprudenza tanto ricca di precedenti quanto difficile da incasellare entro griglie definitorie. Una giurisprudenza che, innanzitutto, si è discostata nettamente dai limiti

diverse ed anche distanti tra loro; similmente, G. D'ORAZIO, *Profili problematici (teorici e pratici) dell'illegittimità derivata delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2600 ss.

¹⁰ A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano 1967, p. 70 e ss.

derivanti dalla lettera dell'art. 27: la disposizione legislativa, infatti, nella sua formulazione delinea l'illegittimità consequenziale come necessariamente correlata ad una pronuncia di accoglimento della Corte¹¹; riferita ad atti di rango legislativo¹²; rivolta a colpire altre disposizioni in ragione della loro illegittimità¹³, venutasi a creare a seguito dell'annullamento disposto in via principale¹⁴; infine, come un vero e proprio dovere in capo al giudice costituzionale, al ricorrere dei presupposti indicati dalla norma¹⁵. Un perimetro non particolarmente stretto, ma ragionevolmente chiaro nella sua formulazione.

La ricostruzione dei precedenti, più volte operata dagli studiosi, rivela un quadro ben diverso. L'illegittimità consequenziale ha colpito prescrizioni contenute anche in atti normativi di rango secondario; ha annullato disposizioni non invalide, ma affette da «inapplicabilità sopravvenuta»; ha sistematicamente disatteso il requisito della consequenzialità, accertando un vizio coevo o perfino antecedente rispetto a quello della disposizione annullata in via principale; infine, per un verso il giudice costituzionale non ha mai ritenuto, e nemmeno dato l'impressione di ritenere come dovuto l'esercizio del potere in esame; per l'altro, non ha mai davvero approfondito la questione relativa al nesso – logico, analogico o di altra natura – che dovrebbe collegare la norma annullata in via principale e quella colpita in via consequenziale, ricorrendo ad una pluralità di formule lessicali che lasciano l'interprete privo del minimo ancoraggio; in generale, è mancata l'elaborazione di protocolli di giudizio stabili e argomentati in grado di assicurare prevedibilità e controllo delle decisioni giudiziali¹⁶. In definitiva: l'intera giurisprudenza in questa materia si connota per un tratto comune: ovvero l'amplessissima discrezionalità che la Corte si è sempre attribuita nell'esercitare il potere di annullamento in via consequenziale¹⁷.

¹¹ Ad es., G. D'ORAZIO, *Profili problematici*, cit., p. 2602.

¹² Ad es., A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 37 ss.

¹³ E non della semplice inoperatività: tra i tanti, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, p. 286.

¹⁴ Ad es. A. CERRI, *Inapplicabilità ed invalidità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 219 ss.

¹⁵ Riassuntivamente, dando anche conto del dibattito dottrinale, A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 37 ss.

¹⁶ Rinvio alle ricostruzioni di A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 45 e F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., p. 4136 ss., aggiornata al 2014 anche con riferimento al giudizio in via di azione; molto dettagliata è la casistica giurisprudenziale riportata in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., anche nella ult. versione, 2019 e in A. CERRI, *Corso*, cit., p. 279 ss.

¹⁷ Aspetto colto da tutti gli studiosi: cfr. ad es. G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 348; A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 67.

E la dottrina? In linea di massima è maturata nel tempo, ed è ormai condivisa la convinzione che l'illegittimità consequenziale, introdotta da una norma di diritto positivo e di rango primario, poggi su di un fondamento ben solido: ovvero l'esigenza di assicurare piena tutela al valore della legalità costituzionale, concretizzando altresì un principio di economia dei mezzi giuridici¹⁸. Il problema, semmai, è quello di circoscrivere l'ambito applicativo del potere attribuito al giudice costituzionale. Orbene, pur sapendo di non rendere così giustizia alle sfumature di ogni singola posizione, un primo filone dottrinale (di gran lunga maggioritario) pare ragionare «per linee interne» all'istituto: sostenendo soprattutto la possibilità di distinguere tra ipotesi di illegittimità consequenziale automatica (in forza di un nesso particolarmente stringente tra disposizioni) ed ipotesi di illegittimità derivata (in forza di un nesso analogico tra le norme coinvolte), con le seconde caratterizzate da un tasso di discrezionalità più marcato: da ciò svariate classificazioni che ricostruiscono i precedenti, e altrettanti protocolli che dovrebbero auspicabilmente guidare in futuro il giudice costituzionale¹⁹.

¹⁸ Cfr. ad es. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 212 ss.; A. CERRI, *Inapplicabilità*, cit., p. 222; S. BARTOLE, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 1996, p. 313 ss.

¹⁹ Cfr. soprattutto R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, p. 114 ss., ID., *Illegittimità costituzionale consequenziale e formazione "giurisprudenziale" delle disposizioni processuali*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4369 ss. che individua sette ipotesi di annullamento in via consequenziale, qui riassunte nelle seguenti formule: disposizioni che concorrono a produrre gli effetti incostituzionali; disposizioni individuate dalla Corte reinterpretando il *petitum*; disposizioni che contengono la norma impugnata; disposizioni strumentali; disposizioni in contrasto con le finalità perseguite dalla pronuncia di accoglimento; disposizioni abrogatrici di quella impugnata, ma parimenti vizzate; illegittimità consequenziale nell'ambito di pronunce additive; casi di *eadem ratio* tra disposizioni; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 244 e ss., che distinguono tra quattro ipotesi di illegittimità automatica, illegittimità consequenziale in senso stretto, illegittimità derivata, mera inapplicabilità; A. COSTANZO, *Questioni di costituzionalità connesse*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1447 ss. distingue tra ipotesi di illegittimità consequenziale necessaria per la presenza di un nesso logico-giuridico tra disposizioni, e ipotesi possibili in forza di un nesso analogico-giuridico. Ma vedi anche E. ROSSI, R. TARCHI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, p. 634 e ss.; G. DEIANA, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 548 e ss. In dottrina, in termini generali, cfr. altresì A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1981, p. 308; G. D'ORAZIO, *Profili problematici*, cit.; D. NOCILLA, *Sulle conseguenze di un'applicazione troppo timida dell'incostituzionalità consequenziale*, *Giur. cost.*, 2012, p. 3175 ss.

Un secondo filone ha invece ragionato «per linee esterne»: preoccupandosi soprattutto di ancorare l'illegittimità consequenziale non solo alla (generica) esigenza di una difesa tempestiva ed efficace dei valori costituzionali, ma ipotizzandola come uno strumento di tutela per situazioni di particolare rilievo (ad esempio, in materia elettorale o di tutela dei diritti fondamentali)²⁰. In questo contesto, e da ultimo in ordine di tempo, vi è chi ha tentato una ricostruzione complessiva dell'istituto: collegandolo al principio di effettività come criterio-guida nei bilanciamenti con i diversi principi coinvolti (di certezza del diritto, di corrispondenza chiesto-pronunciato, del contraddittorio)²¹.

Tuttavia, e come già rilevato, dottrina e giurisprudenza paiono marciare su binari paralleli, senza grandi influenze della prima sulla seconda. E il discorso non muta nemmeno con riferimento al giudizio in via di azione.

3. Da un punto di vista teorico, il giudice costituzionale ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 27 a tutti i propri giudizi in nome di «un principio di diritto processuale che è valido per tutte le questioni di legittimità costituzionale» (C. cost. 2/2004). Come già accennato, però, prima della riforma del Titolo V il ricorso alla illegittimità consequenziale nel giudizio in via principale rappresentava una sorta di rarità²²; è dal 2001 in poi che i precedenti divengono via via sempre più numerosi, attirando anche l'attenzione degli studiosi²³. E, in questa prospettiva, può osservarsi come siano emersi per un verso, degli argomenti comuni alla prassi del processo in via incidentale; per altro verso, altri argomenti senz'altro peculiari al giudizio in via d'azione.

Partiamo dai primi. Anche nel processo in via principale sembrano diffettare griglie definitorie e protocolli di giudizio che predeterminino, in qualche modo, l'operato del giudice costituzionale: e ciò con particolare riferimento al nesso che deve legare la disposizione annullata in via principale con quella colpita in via derivata. Le formule impiegate dalla giurisprudenza sono le più varie, ricalcano quelle elaborate nel giudizio in via incidentale²⁴

²⁰ S. BARTOLE, *Una dichiarazione*, cit., p. 313 ss.; G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 352 ss.

²¹ Cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit.

²² Tre sole le pronunce della Corte, come segnala E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità consequenziale*, cit., p. 373.

²³ F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit.; A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità*, cit.

²⁴ Rinvio allo studio di F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., aggiornato al 2014. Cfr. anche A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità*, cit. p. 441 ss.; A. CERRI, *Corso*, cit., p. 335 ss.

e rimandano invero a fattispecie tra loro non esattamente assimilabili: provando a razionalizzare, mi pare possano individuarsi quattro diverse ipotesi – che ricostruiremo seguendo lo schema dottrinale proposto da Sandulli.

In primo luogo, troviamo la «omogeneità di contenuto» tra norme: spesso invocata dalla Corte, richiama l'*eadem ratio* di ispirazione analogica – avversata, nella prospettiva di Sandulli, ma pacificamente praticata dalla giurisprudenza. In secondo luogo, la «evidente correlazione» o la «inscindibile connessione» – ammesse da Sandulli, qualora non ascrivibili all'ipotesi precedente –: formule che denotano invero, nella loro vaghezza, una correlazione fondata su criteri discrezionali non meno ampi di quelli che caratterizzano il ragionamento in via analogica. In terzo luogo, l'annullamento di norme «identiche o meramente ricognitive» di quella già colpita: valutazione che presuppone un apprezzamento, da parte della Corte, che Sandulli dava per pacifico nell'*an* e nel *quomodo* ma che invece, come vedremo, appare scontato solo in apparenza. Infine, ecco il richiamo al «rapporto di mera strumentalità» tra norme, o il colpire ai sensi dell'art. 27 «disposizioni prive di significato normativo, incomplete o prive di possibile applicazione»²⁵: il che significa concretizzare quella ipotesi di «inofficiosità» che Sandulli ammetteva come fattispecie ascrivibili alla illegittimità consequenziale, ma sulle quali dovremo tornare poiché, al pari delle precedenti, pongono questioni che, a ben guardare, non sono così pacifiche. In definitiva: anche nel giudizio in via principale la giurisprudenza pare refrattaria a perimetrare con rigore l'ambito di applicazione del proprio potere che, di conseguenza, risulta assai ampio e soprattutto indeterminato.

Veniamo invece ai profili peculiari al giudizio in via di azione. Emerge innanzitutto, soprattutto con riferimento all'esperienza dell'ultimo decennio, un problema segnalato dalla dottrina più attenta e che potrebbe apparire di ordine formale: nel senso che vi sono delle pronunce costituzionali che, di fatto, applicano l'illegittimità consequenziale senza preoccuparsi di evidenziarne il fondamento nell'art. 27 secondo periodo. Non si tratta però, a ben guardare, solo di una questione di «segnaletica processuale» fine a sé stessa: è frequente, infatti, che il tema intersechi quello dei poteri della Corte nell'ipotesi di *jus superveniens*, laddove l'illegittimità consequenziale si pone come strumento alternativo a quello del trasferimento della questione sulla normativa sopravvenuta (con presupposti ed effetti non coincidenti per i due istituti)²⁶.

²⁵ Tutte ipotesi individuate puntualmente da F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., p. 4137 ss., al quale rinvio ancora una volta per i singoli riferimenti giurisprudenziali.

²⁶ Tema affrontato da F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., p. 4140 ss., al quale va riferita anche l'espressione virgolettata nel testo.

Un secondo profilo riguarda la maggior difficoltà di bilanciare, in questo contesto, un potere di annullamento attivabile *ex officio* con il principio di corrispondenza chiesto-pronunciato²⁷. Il giudizio in via di azione, infatti, pur nella persistente asimmetria della posizione statale e regionale quanto ai vizi denunciabili, si connota come un processo tra parti, di carattere impugnatorio e sottoposto a preclusioni di natura processuale. Orbene: in che misura l'annullamento in via consequenziale può sopperire alla mancata, o errata impugnazione di disposizioni legislative in qualche modo collegate con quella colpita in via principale? Un terzo profilo è inerente alla tendenza, emersa nel giudizio in via principale, a pronunciare l'annullamento in via consequenziale di un'intera legge regionale – a prescindere dalla sua impugnazione integrale da parte del ricorrente: ipotesi che ha generato l'attenzione della dottrina, poiché espressione di un potere particolarmente incisivo da parte del giudice costituzionale²⁸.

Ciò premesso, vi sono ricostruzioni sistematiche della giurisprudenza costituzionale – molto accurate – che giungono sino al 2014²⁹. Nel paragrafo successivo, pertanto, prenderemo in esame l'ultimo quinquennio: un lasso di tempo sufficientemente ampio per verificare continuità o scostamenti rispetto agli orientamenti precedenti. L'analisi non procederà in ordine cronologico, ma alla luce dei profili evidenziati in questo paragrafo, e nel tentativo di un inquadramento sistematico dell'istituto nell'ambito del giudizio in via di azione: in particolare, e anticipando alcune delle conclusioni, si proverà a dimostrare come le diverse ipotesi che si affacciano nella giurisprudenza della Corte (inofficiosità e inapplicabilità sopravvenuta, indissolubile corrispondenza, ripetizione di norme identiche) si caratterizzino anche per una comunanza di *eadem ratio* tra disposizione caducata in via diretta e quella colpita in via consequenziale; non solo: è proprio la ricostruzione in termini di *eadem ratio* tra le due disposizioni a meglio giustificare l'esercizio del potere di annullamento da parte del giudice costituzionale.

4-4.1. Un primo gruppo di decisioni colpisce in via consequenziale delle disposizioni di legge poiché «prescrizioni strumentali» (81/2017)³⁰ a quella

²⁷ Cfr. soprattutto A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 270 e ss.; vedi anche, in termini generali, R. DI MARIA, *Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio di legittimità costituzionale. L'insopprimibile iato fra giudizio principale e giudizio incidentale*, AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, p. 153 ss.

²⁸ Sul tema, A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità*, cit.

²⁹ F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit.

³⁰ Ovvero disposizioni senza «autonoma rilevanza e significatività, svolgendo funzioni accessorie o, comunque, complementari» (sent. del 6 dicembre 2018 n. 228).

impugnata, «prive di autonoma portata normativa» (217/2015): ipotesi tipiche, dunque, di inofficiosità – per tornare alla terminologia di Sandulli. In queste fattispecie, invero, il problema che si è posto riguarda il fondamento che legittima la pronuncia della Corte: a maggior ragione quando tale irrilevanza venga declinata in termini di inapplicabilità sopravvenuta (93/2017), che è categoria diversa – a stretto rigore – da quella della illegittimità³¹. La Corte, in questi casi, parrebbe insomma esercitare una attività – anche apprezzabile – di «pulizia» dell'ordinamento³², espungendo disposizioni divenute inutili ma non necessariamente incostituzionali³³.

La questione può porsi nei seguenti termini: per un verso, si potrebbe ipotizzare che disposizioni (divenute) prive di ogni possibilità di concreta applicazione siano di per sé incostituzionali, in quanto radicalmente irragionevoli. In questa prospettiva, si avrebbe una violazione di un generale principio di ragionevolezza della legge che impone un contenuto minimo a ciascuna prescrizione normativa: ovvero l'attitudine a disciplinare una fattispecie; in caso contrario, la norma si rivelerebbe priva di oggetto, dunque assurda, e pertanto illegittima³⁴. Ma la configurazione dell'art. 3 Cost. come parametro diretto lascia sempre qualche perplessità, poiché libera la discrezionalità della Corte dallo schema del giudizio ternario che invece, come la dottrina più attenta ha sempre evidenziato, ne circoscrive utilmente il potere anche nei giudizi di ragionevolezza³⁵.

In realtà vi è una seconda tesi che persuade maggiormente: si potrebbe dunque argomentare che disposizioni strumentali a quella annullata in via principale ne mutuino sempre la *ratio* e, di conseguenza, i vizi di incostituzionalità accertati dalla Corte. Facciamo degli esempi, presi proprio dalla più recente giurisprudenza: viene affermata l'incostituzionalità della disposizione regionale che pretende di definire una determinata professione (cd. clownterapia), poiché lesiva dei principi fondamentali della materia che ri-

³¹ A. CERRI, *Inapplicabilità*, cit., per il quale la fattispecie andrebbe accertata dai giudici comuni, e non dalla Corte costituzionale. Così anche A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità*, cit. p. 447.

³² E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità consequenziale*, cit., p. 395.

³³ Cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 38. Sulla attività della Corte volta a garantire in tal modo la certezza del diritto, E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità consequenziale*, cit., p. 396.

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit. p. 213; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 247;

³⁵ Cfr. ad esempio, tra i molti scritti di L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli I*, Padova 1985, p. 605 ss., p. 619; *Ragionevolezza (principio di)*, *Enc. Dir. Agg.*, 1997, p. 899 ss.

servano alla legge statale l'individuazione delle attività professionali; e vengono parimenti annullate le altre prescrizioni regionali che, tradizionalmente, accompagnano interventi normativi di questa natura (previsione di un registro regionale dei soggetti che esercitino tale professione; progetti di formazione per questa attività); ciò premesso, la Corte colpisce in via consequenziale anche le disposizioni che contemplano procedure ad evidenza pubblica per finanziare i progetti in questo settore, e che introducono la dotazione di spesa per i relativi interventi (228/2018³⁶). Ebbene: è vero che tali ultime disposizioni, a seguito della caducazione delle norme impugnate, perdono ogni contenuto precettivo poiché destinate a non trovare più alcuna applicazione (avendo «funzioni meramente accessorie o, comunque, complementari alla normativa principale», come osserva la Corte); ma il loro annullamento si giustifica prima ancora in ragione della loro contrarietà all'art. 117 comma 3 Cost.: dal momento che anch'esse concorrono alla disciplina di una attività professionale che la Regione non aveva il potere di individuare e regolare (la *ratio legis* è data appunto dallo scopo di individuare e disciplinare quella attività professionale, ed è comune a tutte le disposizioni della legge regionale che definiscono singoli aspetti della materia).

Ma lo stesso ragionamento può replicarsi nell'ipotesi di «inapplicabilità» sopravvenuta in senso stretto, espressamente riconosciuta come tale dalla Corte³⁷. Viene dichiarata l'illegittimità di una previsione di legge regionale che consente ai Comuni siciliani di pervenire ad una modalità di gestione del servizio idrico in contrasto con il modello statale – adottato nell'esercizio della competenza esclusiva nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente; a cadere, in via consequenziale, è un'altra disposizione che detta una normativa transitoria, rivolta sempre ai Comuni, nelle more del completamento delle procedure giudicate incostituzionali dalla Corte. In questo caso, è evidente come non vi sia più alcun periodo transitorio meritevole di essere disciplinato, e la norma quindi non possa più trovare applicazione (la constatazione del giudice costituzionale è dunque oggettiva); al contempo, però, è altrettanto agevole rilevare come la prescrizione annullata ai sensi dell'art. 27 seconda parte concorra parimenti al raggiungimento dell'obiettivo voluto dal Legislatore regionale, e sia espressione quindi della medesima *ratio legis* (comune alla norma impugnata) nel dettare un assetto regolatorio giudicato incostituzionale.

³⁶ Corte cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 228, avente ad oggetto la l. reg. Puglia n. 60 del 2017.

³⁷ Corte cost., sent. del 4 maggio 2017, n. 93, avente ad oggetto numerosi articoli della l. reg. Siciliana n. 19 del 2015.

In definitiva: con la tesi esposta non si nega, ovviamente, che nei casi esaminati ricorra *anche* un rapporto di strumentalità o di dipendenza delle disposizioni colpite in via consequenziale rispetto a quella impugnata. Un rapporto dunque di dipendenza logica, che rende le prime «prive di autonomia portata normativa»³⁸; ma a cui si affianca sempre un rapporto di correlazione anche «analogica»³⁹, nei termini esposti, e che consente un più corretto inquadramento del potere esercitato dalla Corte: che non statuisce l'illegittimità consequenziale in nome di categorie diverse da quella della illegittimità (l'inapplicabilità, innanzitutto), ma in ragione della incostituzionalità delle disposizioni caducate. Al di là delle formule impiegate nelle motivazioni delle diverse sentenze, le fattispecie in esame appaiono rientrare pacificamente nello spettro applicativo dell'art. 27 ed il loro annullamento può dunque giustificarsi in termini di stretto diritto: poiché aventi la medesima *ratio* e dunque il medesimo vizio della disposizione annullata in via diretta, la loro illegittimità deriva «come conseguenza» dalla decisione adottata (restando la loro inofficiosità una circostanza ulteriore).

Certo, una precisazione va fatta. In generale, l'annullamento in via consequenziale deve essere rigorosamente limitato alle ipotesi in cui vi sia certezza che tali disposizioni non possano più trovare una applicazione costituzionalmente legittima: il che potrebbe accadere, ad esempio, nel caso di regole sul procedimento amministrativo applicabili a diverse ipotesi di interventi regionali, alcuni giudicati illegittimi dalla Corte ed altri invece no. In questo caso non vi sarebbe ragione per un annullamento «secco» della disposizione, ma semmai per una pronuncia di accoglimento in via interpretativa (ovvero nella parte in cui tali prescrizioni di procedura si riferiscano alla norma censurata in via diretta⁴⁰). Nei precedenti relativi all'ultimo quinquennio, invero, tale dubbio non si pone poiché tutte le disposizioni caducate in via consequenziale erano – ragionevolmente – riferibili esclusivamente a quella/e colpita/e in via principale⁴¹.

³⁸ Come scritto in Corte cost. sent. 5 novembre 2015, n. 217 – decisione avente ad oggetto disposizioni della L. Reg. Umbria n. 19/2014 in materia di professioni, con la Regione che pretendeva di istituire e regolare l'attività lavorativa nelle «discipline bionaturali» in contrasto con l'art. 117 comma 3 Cost.

³⁹ Anche se, a ben guardare, il ragionamento della Corte in questi casi si avvicina per alcuni versi a quello analogico, ma non ne ricalca esattamente lo schema: torneremo sull'argomento al par. n. 4.6.2.

⁴⁰ Sull'utilizzo della tecnica decisoria delle sentenze cd. interpretative di accoglimento nell'applicazione della illegittimità consequenziale cfr. il successivo par. 4.5.

⁴¹ Corte cost., sent. 5 novembre 2015, n. 217; 4 maggio 2017, n. 93; 6 dicembre 2018, n. 228 affrontate in questo paragrafo; Corte cost., sent. 2 aprile 2014, n. 68; 7 novembre 2014, n. 249; 24 marzo 2017, n. 59; 13 aprile 2017, n. 80; 13 aprile 2017, n. 81; 10 maggio 2017, n.

Infine – ma è un profilo che riguarda tutte le pronunce di incostituzionalità in via consequenziale – non convince l'assunto per cui la lettera dell'art. 27 dovrebbe interpretarsi nel senso di escludere una illegittimità antecedente o coeva a quella accertata in via diretta⁴². La tesi prova troppo: la «illegittimità» di cui parla la disposizione – «come conseguenza della decisione adottata» – può intendersi come la «dichiarazione di illegittimità», ovvero l'accertamento da parte del giudice costituzionale a cui si accompagna la declaratoria di annullamento. La tesi è peraltro coerente con la ricostruzione sopra prospettata: le disposizioni caducate in via consequenziale, seppure nella loro strumentalità rispetto a quella colpita in via diretta, concorrono alla disciplina complessiva dell'oggetto, del rapporto o della materia oggetto di causa: e, mutuando la medesima *ratio* della norma impugnata, ne ripetono gli stessi vizi di incostituzionalità che sorgono dunque sin dalla entrata in vigore dell'atto-fonte e di tutte le disposizioni che lo compongono (quantomeno, di quelle accomunate dalla medesima *ratio legis*).

4.2 Un secondo gruppo di pronunce riguarda ipotesi di «inscindibile legame funzionale»⁴³ tra la disposizione annullata in via diretta e quelle colpite in via consequenziale, ovvero la indissolubile corrispondenza di cui ragionava Sandulli. La categoria si presenta connotata da una evidente ambiguità, dovuta non solamente alla pluralità di formule linguistiche impiegate dalla Corte: in realtà, a ben guardare, tutti i precedenti esaminati si prestano ad essere ricondotti alle diverse fattispecie della inofficiosità (e lo vedremo in questo paragrafo) o a quella della *eadem ratio* in senso stretto (su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo).

Un primo filone giurisprudenziale è dato da impugnazioni statali di previsioni regionali che stabiliscano contributi illegittimi o comunque impegni di spesa non coperti, corredati da norme procedurali e relative al loro ammontare. Nella sent. 68/2014 la Corte applica l'art. 27 seconda parte in ragione dell'«inscindibile legame funzionale» tra disposizioni che risultano «strettamente connesse tra loro»: entrando però in dettaglio, si scopre che – al di là delle espressioni impiegate dal giudice costituzionale per giustificare l'esercizio del potere esercitato – le norme colpite in via consequenziale divengono sostanzialmente inoperanti e inapplicabili in forza dell'annullamento di quella impugnata (quest'ultima prevedeva un contributo diretto ad un Comune, in violazione dell'art. 81 commi terzo e quarto Cost.; le

98; 14 luglio 2017, n. 190; 29 novembre 2017, n. 245; 11 luglio 2018, n. 147 esaminate nel par. successivo.

⁴² A. CERRI, *Inapplicabilità*, cit., p. 219 ss.

⁴³ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 2 aprile 2014, n. 68.

disposizioni caducate *ex art.* 27 seconda parte ne disciplinavano le modalità di erogazione e l'ammontare; venuta meno la prima, perdono di ogni rilievo pratico anche le seconde)⁴⁴.

Altri precedenti offrono un quadro più articolato. Nella sent. 59/2017 la Corte colpisce in via diretta non solo la prescrizione regionale che, invadendo la competenza statale in materia di tutela della concorrenza, pretende di stabilire un diverso parametro per il calcolo del canone di concessione idroelettrico; ma annulla parimenti la disposizione che disciplina le modalità di riscossione di tale canone erroneamente calcolato. Alla impugnazione statale era sfuggita però un'ulteriore norma regionale che concorrevva nel determinare le modalità di versamento del canone, fissando un termine per l'anno in corso: e tale norma viene caducata in ragione della «stretta e inscindibile connessione» con la precedente, essendo però evidente anche in questo caso che tale disposizione – all'esito dell'annullamento dell'altra – sarebbe rimasta, innanzitutto, priva di una concreta possibilità di applicazione⁴⁵. Così è anche nella sent. 190/2017 che annulla delle previsioni regionali assunte in violazione dei poteri commissariali in materia di piani di rientro in ambito sanitario, e relative alla istituzione – con modalità illegittime – di due Servizi (delle professioni sanitarie, e sociale professionale)

⁴⁴ Corte cost., sent. 2 aprile 2014, n. 68 avente ad oggetto l'art. 5 comma 3 della L. Reg. Abruzzo n. 59/2012. Nello stesso filone giurisprudenziale: a) Corte cost., sent. 7 novembre 2014, n. 249 (avente ad oggetto l'art. 38 della L. Reg. Abruzzo n. 55/2013) che invoca la «inscindibile connessione» per motivare l'annullamento in via consequenziale di una disposizione che stabilisce l'ammontare di un finanziamento, giudicato illegittimo in via diretta per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost – costituendo un aiuto di stato non consentito dalla normativa europea: laddove è evidente che la prima disposizione risulti innanzitutto privata di ogni contenuto normativo applicabile, essendo venuta meno la fattispecie oggetto della previsione di spesa; b) vedi anche sent. 11 luglio 2018, n. 147 (avente ad oggetto disposizioni della L. Reg. Campania n.13/2017), che annulla l'istituzione di un nuovo servizio sociale regionale in assenza di alcuna quantificazione di spesa, in violazione dell'art. 81, comma 3 Cost.; e colpisce in via consequenziale le ulteriori prescrizioni della legge impugnata in ragione della «inscindibile connessione esistente» con quella annullata in via diretta. Tali prescrizioni contenevano disposizioni «funzionali all'istituzione» del servizio, o regole transitorie e relative all'entrata in vigore della legge: norme pertanto divenute palesemente prive di oggetto all'esito dell'annullamento disposto in via diretta; c) cfr. altresì la sent. 13 aprile 2017, n. 80 (avente ad oggetto svariate disposizioni della L. Prov. Aut. Bolzano n. 17/2015) che parla di «stretta connessione funzionale» tra la norma annullata in via diretta (l'art. 7, comma 4), che prevede debiti fuori bilancio per gli Enti Locali al di là dei casi tassativamente previsti dalla legislazione statale, nelle ipotesi contemplate da un successivo articolo della medesima legge (l'art. 37, comma 1); e tale articolo da ultimo menzionato, che individua siffatte ipotesi derogatorie, viene dunque colpito in via consequenziale.

⁴⁵ Corte cost., sent. 24 marzo 2017, n. 59 avente ad oggetto disposizioni della L. Reg. Abruzzo n. 36/2015, e *jus superveniens* oggetto del giudizio della Corte.

presso le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione. A cadere in via consequenziale, poiché «in rapporto di stretta connessione e inscindibilità funzionale» è anche la norma che demanda ad un regolamento della Giunta regionale la definizione degli aspetti organizzativi e gestionali dei citati Servizi: norma che, prima ancora, rimane priva di oggetto una volta caduta la prescrizione regionale impugnata dallo Stato⁴⁶.

Altrettanto chiara è la fattispecie che emerge dalla sent. 245/2017: ad essere annullate sono le previsioni regionali che pretendono di portare alcune entrate al di fuori della tesoreria unica statale per destinarle all'Agenzia sarda delle entrate – ASE – in violazione dei principi desumibili dalla legislazione di cornice in materia di coordinamento della finanza pubblica. Il «rapporto di stretta ed esclusiva dipendenza funzionale» conduce la Corte ad annullare in via consequenziale anche la disposizione che impone all'ASE di riversare nelle casse regionali le entrate di competenza: prescrizione che diviene innanzitutto non più applicabile se riferita appunto alle entrate illegittimamente sottratte alla tesoreria unica statale, nella quale riprenderanno a confluire a seguito della decisione del giudice costituzionale⁴⁷.

A conferma di quanto sino a qui sostenuto, è lo stesso giudice costituzionale, in alcuni casi, a riconoscere come l'«inscindibile legame» tra disposizioni trovi ragione proprio nella circostanza per cui le norme colpite in via consequenziale «non hanno ... una propria autonomia precettiva, poiché dettano prescrizioni strumentali a rendere applicabili i commi impugnati e

⁴⁶ Corte cost., sent. 14 luglio 2017, n. 190 avente ad oggetto disposizioni della L. Reg. Calabria n. 11/2016.

⁴⁷ Corte cost., sent. 29 novembre 2017, n. 245 avente ad oggetto disposizioni della L. Reg. Sardegna n. 25/2016.

Vedi anche la sent. 10 maggio 2017, n. 98 (avente ad oggetto svariate disposizioni della L. Reg. Aut. Friuli-Venezia Giulia n. 4/2016), che invoca «l'inscindibile legame funzionale sussistente» fra la disposizione impugnata e quella annullata in via consequenziale: la Corte annulla una norma regionale che, in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali, pretende di dettare per gli esercizi al dettaglio in sede fissa una disciplina più restrittiva rispetto alla normativa statale – adottata però a tutela della concorrenza. In via consequenziale viene poi colpita l'ulteriore disposizione che introduce tale disciplina con riferimento «ad ogni singolo esercizio di vendita», ampliando dunque l'ambito applicativo della prescrizione incostituzionale e ripetendone il medesimo vizio: disposizione che tuttavia rimane priva di oggetto, poiché – a seguito dell'accoglimento principale disposto dal giudice costituzionale – manca innanzitutto una fattispecie normativa da applicare (ad un ambito più esteso).

giudicati illegittimi»⁴⁸, risultando «insuscettibili di attuazione»⁴⁹: certificando dunque come la categoria della «evidente correlazione» finisca col coincidere, in svariate ipotesi, con quella della «inofficiosità». Vero ciò, tornano gli argomenti spesi nel precedente paragrafo per dimostrare come il rapporto di dipendenza logica tra due disposizioni celi invero, e comunque, una *ratio* comune alle due norme: ed è proprio quest'ultima caratteristica a fondare legittimamente l'esercizio del potere di annullamento *ex* art. 27 seconda parte, piuttosto che il riferimento a categorie (l'inapplicabilità, l'inattuabilità, ecc.) diverse da quella della illegittimità.

4.3 In generale, qualora la norma giudicata illegittima dalla Corte presenti una *ratio* comune ad altra disposizione non impugnata, quest'ultima si connota per il medesimo vizio di incostituzionalità che giustifica l'annullamento in via consequenziale. Abbiamo visto in precedenza come questa fattispecie ricorra anche nell'ipotesi di inofficiosità; ma l'*eadem ratio* pare riemergere con evidenza anche in svariate ipotesi di «indissolubile corrispondenza» tra due norme; nonché nel caso di ripetizione di prescrizioni identiche tra loro: fattispecie che andremo ad esaminare per prima. A tale proposito, viene in rilievo il caso deciso dalla sent. 210/2018: la Corte annulla la disposizione regionale che, nel disciplinare l'istituzione di un nuovo Comune mediante la fusione di due Enti Locali, individua un toponimo «mistilingue» invece di una denominazione, nella prima parte, rigorosamente in lingua italiana – a cui accompagnare una seconda denominazione in lingua ladina.

In via consequenziale vengono annullate le «ulteriori disposizioni» (della legge in esame) «che al pari di quella censurata, utilizzano la denominazione “Sèn Jan di Fassa-Sèn Jan” anziché quella di “San Giovanni di Fassa-Sèn Ja”. Va da sé che dovrà essere coerentemente corretto anche il titolo della legge»⁵⁰.

La motivazione della sentenza non si preoccupa di individuare le ragioni a fondamento dell'applicazione dell'art. 27 seconda parte. Ebbene: la pronuncia della Corte è di natura sostitutiva, e colpisce tutte le disposizioni presenti nella legge regionale che ripetono l'illegittima denominazione: disposizioni che, sotto questo profilo, risultano dunque identiche. Tale iden-

⁴⁸ Corte cost., sent. 13 aprile 2017, n. 81 in materia di illegittima istituzione di un fondo regionale per il patrocinio legale gratuito a favore dei cittadini veneti colpiti dalla criminalità, in violazione dell'art. 117, comma 2, lett. l) Cost; con annullamento consequenziale di altre prescrizioni meramente organizzative (L. Reg. Veneto n. 7/2016).

⁴⁹ Corte cost., sent. 11 luglio 2018, n. 147 cit. in nota 44.

⁵⁰ Corte cost., sent. 22 novembre 2018, n. 210 avente ad oggetto la L. Reg. Aut. Trentino Alto-Adige n. 8/2017.

tità nella formulazione letterale, invero, non significa sempre e necessariamente identità di contenuti: è convincente, infatti, l'osservazione per cui disposizioni testualmente analoghe, se inserite in sistemi normativi diversi, possano assumere un contenuto precettivo non esattamente coincidente⁵¹. Non è così però nel caso in esame, ove si realizza un caso di scuola di perfetta identità tra due disposizioni: accomunate non solo nella formulazione letterale ma – al di là di ogni dubbio – anche nel contenuto normativo (dal momento che l'attribuzione di una determinata denominazione ad un Comune quello significa, e non altro).

Ma la fattispecie può anche ricostruirsi sotto un diverso punto di vista: poiché l'attribuzione di un toponimo «mistilingue» viene giustificato dalla Regione resistente sulla base di un determinato contenuto normativo che si pretende conforme a Costituzione⁵², e quella *ratio legis* della prescrizione impugnata si ripete per ogni altra disposizione della legge che ripropone la denominazione contestata. L'annullamento in via consequenziale colpisce pertanto prescrizioni legislative accomunate – oltre che nell'elemento letterale – anche nel contenuto precettivo con quella caducata in via diretta rispetto alla quale presentano una *eadem ratio* – giudicata incostituzionale dalla Corte.

Venendo ora alle sovrapposizioni tra le ipotesi di «indissolubile corrispondenza» e quelle connotate da una *eadem ratio* tra le disposizioni coinvolte, interessante è la sent. 28/2019: la Corte annulla la disposizione regionale che adotta con la forma della legge – anziché mediante atto amministrativo – il Piano Regionale di Gestione Integrata dei Rifiuti (ovvero, più precisamente, il suo aggiornamento). Ad essere colpita in via consequenziale poiché «manifestamente correlata» è altresì la previsione, antecedente a quella impugnata e contenuta in un diverso provvedimento normativo, che introduceva una riserva di legge per l'adeguamento del Piano. In questa ipotesi, come osserva lo stesso giudice costituzionale, la previsione annullata in via consequenziale era «all'origine del vizio» di quella impugnata dallo Stato: entrando in dettaglio, la *ratio legis* delle due previsioni, giudicata incostituzionale dalla Corte, è la possibilità di introdurre un aggiornamento del Piano con le forme della legge in luogo di quelle del procedimento amministrativo – imposto dalla legge statale, per assicurare la partecipazione degli

⁵¹ Cfr., ad es., M. CARLI, *Problemi e riflessioni sulla giurisprudenza della Corte in materia regionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino 1991, p. 57 e ss.; R. TOSI, *Parità di trattamento in sede di controllo delle leggi regionali: un'esigenza insuscettibile di garanzia*, in *Le Regioni*, 1996, p. 767 ss.; cfr. anche G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 372.

⁵² Corte cost., sent. 22 novembre 2018, n. 210 punti 2 e 3 del Premesso in fatto, ove si riportano le articolate difese della Regione – disattese poi dalla Corte.

interessati e l'acquisizione di pareri tecnici. Tale *ratio* è senz'altro comune alle due disposizioni: quella colpita in via consequenziale l'ha tradotta in una prescrizione in via generale, quella impugnata dallo Stato l'ha poi concretizzata con riferimento ad una fattispecie sostanziale⁵³.

Ancora più chiaro appare il caso risolto dalla sent. 185/2016. La Corte individua il seguente principio in materia urbanistica: deroghe all'ordinamento civile delle distanze tra edifici sono consentite solo se inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio; la previsione regionale impugnata (del 2015) lo viola, consentendo deroghe alla normativa statale in assenza di un collegamento con un piano urbanistico; ma tale previsione modificava il contenuto di una precedente disposizione regionale (del 2009) che, esaminata ora dalla Corte, viene colpita in ragione di «un inscindibile legame funzionale» con la normativa sopravvenuta. In realtà, a ben guardare, la disposizione del 2009 conservava un suo autonomo contenuto precettivo anche una volta espunta l'integrazione disposta dal Legislatore regionale nel 2015; il problema è che, anche nella sua formulazione originaria, viene giudicata illegittima dalla Corte incostituzionale «nella parte in cui consente la deroga alle distanze tra gli edifici senza prevedere il rispetto di quelle stabilite dal codice civile e dalle disposizioni integrative». Le due disposizioni possono dunque accomunarsi per la medesima *ratio*: introdurre deroghe alle distanze tra edifici, nel quadro degli interventi edilizi disciplinati dal Legislatore regionale; e per il medesimo vizio: la violazione del principio sopra richiamato, e quindi degli artt. 117, comma 2, lett. s) e comma 3 Cost.: da ciò l'illegittimità consequenziale stabilita dal giudice costituzionale, mentre rimane sullo sfondo il legame funzionale tra le due norme giudicato perfino come «inscindibile» dalla Corte⁵⁴.

Solo in apparenza di facile lettura è poi la sent. n. 36/2017. La Corte annulla le disposizioni che istituiscono un Parco naturale regionale che comprende non un'area di terra emersa, ma solamente un'area marina: e ciò in contrasto con la disciplina statale, che tutela in via esclusiva dette aree. A cadere in via consequenziale sono poi svariate altre prescrizioni, tutte qualificate come «in rapporto di stretta ed esclusiva dipendenza funzionale con le disposizioni censurate»: in realtà, sotto l'ombrello di tale formula rientrano norme divenute chiaramente inofficose una volta caduta l'istituzione

⁵³ Corte cost., sent. 28 febbraio 2019, n. 28 avente ad oggetto l'art. 2 della L. Reg. Abruzzo n. 5/2018, mentre la disposizione «a monte» è contenuta nell'art. 11, comma 1 della L. Reg. Abruzzo n. 44/2011.

⁵⁴ Corte cost., sent. 20 luglio 2016, n. 185 avente ad oggetto svariate disposizioni della L. Reg. Molise n. 7/2015.

del Parco (poiché rivolte alla organizzazione dell'Ente, o alla individuazione dei confini di un Parco che non esiste più, ad esempio); ed altre che invece paiono mantenere un loro contenuto precettivo, sebbene palesemente incostituzionale una volta intervenuto l'annullamento in via diretta (norme che dispongono la tutela di elementi floro-faunistici di particolare valore naturalistico nell'area marina). L'annullamento di quest'ultima disposizione pare dunque giustificarsi più correttamente in nome della *eadem ratio* che la accomuna a quella impugnata dallo Stato, e caducata per prima dalla Corte⁵⁵.

In definitiva: nell'ambito del giudizio principale è difficile che la Corte colpisca una diversa disposizione rispetto a quella impugnata invocando solamente l'*eadem ratio*; tale correlazione tuttavia risulta sempre presente, sia nelle ipotesi di inofficiosità, sia in quelle di ripetizione di norme identiche, sia infine in quelle di inscindibile correlazione. Ed è proprio tale legame tra le due disposizioni che, come già rilevato, giustifica coerentemente l'esercizio del potere dettato dall'art. 27 seconda parte.

4.4. Come noto, la giurisprudenza impone al ricorrente in via principale l'onere di motivare congruamente le censure sollevate, individuando la disposizione impugnata nel suo contenuto normativo ed il parametro di legittimità asseritamente leso. Nel caso di impugnazione di un'intera legge regionale, è necessario che il ricorrente dimostri l'omogeneità delle disposizioni che compongono il provvedimento normativo; dovendo altrimenti censurare diversamente ogni singola prescrizione, a pena di inammissibilità⁵⁶. Fermo questo quadro generale, nel giudizio in via di azione si è assistito (e si assiste) ad una prassi per cui lo Stato accompagna la rituale impugnazione di una o più disposizioni regionali al «suggerimento» nei confronti del giudice costituzionale affinché valuti i presupposti per l'applicazione dell'art. 27 seconda parte, con riferimento ad altre prescrizioni afferenti al medesimo atto normativo – o all'atto normativo nella sua interezza⁵⁷.

⁵⁵ Corte cost., sent. 15 febbraio 2017, n. 36 avente ad oggetto diverse prescrizioni della L. Reg. Abruzzo n. 38/2015.

⁵⁶ Sulla inammissibilità della impugnativa di una intera legge «ove ciò comporti la genericità delle censure che non consenta l'individuazione della questione oggetto dello scrutinio di costituzionalità», risultando al contrario «ammissibili le impugnative contro intere leggi caratterizzate da normative omogenee e tutte coinvolte dalle censure», *ex multis*, Corte cost., sent. 13 aprile 2010, n. 141; 4 giugno 2010, n. 195; 24 giugno 2010, n. 223; 8 luglio 2010, n. 246 e 22 ottobre 2010, n. 300; 27 febbraio 2009, n. 54; 13 giugno 2008, n. 201.

⁵⁷ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 5 novembre 2015, n. 217. Su episodi precedenti, A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 261

E su tale prassi ha preso posizione la Corte, in una delle rare pronunce nelle quali ha affrontato, in termini generali, l'istituto dell'illegittimità consequenziale nel giudizio in via di azione: per il giudice costituzionale «laddove il presunto oggetto dell'illegittimità consequenziale non fuoriesca, rispettivamente, dal perimetro della normativa impugnabile» il ricorrente può invocare l'applicazione dell'art. 27 seconda parte, ma non limitandosi ad una generica richiesta; egli ha bensì l'onere di argomentare congruamente la doglianza proposta, e ciò a pena di inammissibilità. L'illegittimità consequenziale è «una attribuzione che viene prevista per evitare palesi incongruenze, facendo permanere nell'ordinamento disposizioni legislative strettamente consequenziali rispetto a quelle dichiarate illegittime»: ma che non esonera il ricorrente dagli obblighi processuali di motivazione in relazione alle censure sollevate⁵⁸.

In realtà, la pronuncia è già stata ampiamente criticata da chi ha evidenziato diverse incongruenze nel ragionamento del giudice costituzionale: poiché, in primo luogo, si trasforma un potere d'ufficio in capo alla Corte in un potere condizionato da una (non richiesta) iniziativa di parte; in secondo luogo, si configura «un vero e proprio paradosso» laddove si applica il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ad un istituto che ne costituisce invece una deroga palese; infine, non è affatto chiaro il riferimento allo spettro applicativo dell'istituto come indicato nella motivazione della decisione: che pare introdurre una distinzione poco chiara – e piuttosto arbitraria – tra ipotesi di illegittimità consequenziale entro «il perimetro della normativa impugnabile» (il medesimo atto normativo?), in relazione alle quali può ammettersi la richiesta di esercizio del potere *ex* art. 27 da parte del ricorrente; e ipotesi che ne fuoriescono, ove invece l'intervento della Corte può solo attivarsi d'ufficio⁵⁹.

La giurisprudenza successiva non pare peraltro avere ripreso tali assunti. Anche in ragione di ciò, il quadro complessivo può così ricomporsi: la richiesta rivolta alla Corte, da parte del ricorrente, di applicazione dell'art. 27 seconda parte, da un punto di vista processuale è *tamquam non esset*; se il ricorrente intende censurare una disposizione, incorre negli oneri di motivazione sopra riassunti e costantemente reiterati dalla giurisprudenza costituzionale; se ricorrono gli estremi per una pronuncia di illegittimità conse-

⁵⁸ Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 138.

⁵⁹ Così D. CHINNI, *Processo costituzionale e illegittimità consequenziale. Spunti a margine di alcune osservazioni compiute dalla Corte nella sent. n. 138/2009*, in *Forum di Quad. Cost.*, 28.10.2009; vedi anche, in argomento, R. CHIEPPA, *A proposito di illegittimità consequenziale e potere d'ufficio della Corte*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1494 ss.

quenziale, che il ricorrente ne abbia fatto o meno richiesta è del tutto irrilevante poiché la Corte può attivarsi, comunque, in autonomia; la «segnalazione» da parte del ricorrente può forse avere un rilievo in via di fatto, indicando al giudice costituzionale alcune fattispecie sulle quali riflettere; ma ogni scrutinio sulle modalità di tale «indicazione» da parte della Corte si rivela una forzatura processuale, poiché contraddice palesemente la *ratio* di una attribuzione che il legislatore ha configurato come attivabile d'ufficio.

Rimane una domanda di fondo: potrebbe la Corte costituzionale sopprimere alle carenze motivazionali di una o più censure, ricorrendo alla illegittimità consequenziale? La risposta ci pare affermativa: da un punto di vista del diritto positivo, non esiste una disposizione processuale che precluda l'esame di una questione inammissibile – poiché irritualmente proposta – ricorrendo al potere *ex art. 27* seconda parte; tale potere, d'altra parte, è attivabile d'ufficio, si configura di per sé come una deroga al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, ai sensi dell'art. 27, riguarda qualsivoglia disposizione la cui illegittimità derivi come conseguenza dell'accoglimento di altra questione. In conclusione, sul punto: le uniche due condizioni perché ciò avvenga sono che almeno una delle censure proposte (ritualmente) dal ricorrente trovi accoglimento; e che tra tale questione e un'altra disposizione di legge (male impugnata dal ricorrente) sussista un rapporto tale da giustificare l'applicazione della illegittimità consequenziale.

Il tema affrontato assume particolare rilievo nell'ipotesi di annullamento di un'intera legge regionale: laddove, in effetti, il potere di annullamento in via consequenziale si esprime alla sua massima potenza, giungendo a caducare un provvedimento normativo nella sua integralità. In questi casi, qualora il ricorrente impugni ritualmente ed ottenga l'annullamento di una o più prescrizioni nulla impedisce alla Corte, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 27 seconda parte, di procedere alla caducazione in via consequenziale dell'intera legge – ovvero delle restanti disposizioni, a prescindere dalla loro impugnazione da parte dello Stato. Il punto centrale è che, come evidenziato, vi sia quel nesso che collega le diverse disposizioni e che concretizzi la fattispecie prevista dall'art. 27 seconda parte (inofficiosità, inscindibile correlazione, ripetizione di norme identiche, *eadem ratio*: seguendo le categorie della Corte): qualora ciò si verifichi, è del tutto irrilevante il fatto che lo Stato abbia impugnato, non abbia impugnato o abbia «segnalato» le restanti disposizioni rientranti nel medesimo atto normativo.

La prassi giurisprudenziale – già esaminata in precedenza – conferma l'impostazione ora illustrata. Nella sent. 228/2018 (clownterapia)⁶⁰ la Corte si trova di fronte all'impugnazione statale di una intera legge regionale, ed

⁶⁰ Cfr. par. 4.1.

«in particolare» di alcune disposizioni specificamente individuate; ma le restanti prescrizioni risultano «meramente accessorie» o «complementari» alla normativa principale. Come già evidenziato, alla inofficiosità delle disposizioni «sopravvissute» si accompagna una *eadem ratio* delle medesime rispetto a quelle già esaminate dalla Corte: ne consegue l'integrale annullamento della legge regionale, con la particolarità che non viene nemmeno menzionato l'istituto dell'illegittimità consequenziale (prassi peraltro non nuova, questa, nella giurisprudenza della Corte come confermato dalla sent. 217/2015⁶¹). Nel caso invece risolto con la sent. n. 147/2018⁶² l'impugnazione statale aveva riguardato espressamente solo alcune delle disposizioni di una legge regionale: ma l'illegittimità consequenziale – questa volta dichiarata – travolge anche le restanti prescrizioni contenute nel medesimo atto normativo, poiché «in inscindibile connessione» con altre annullate direttamente – anche se, a ben guardare e come già sottolineato, divenute prima ancora del tutto inofficiose.

Quanto al merito della questione, l'annullamento in via consequenziale di un'intera legge (ovvero di tutte le restanti disposizioni di un atto legislativo) è fenomeno che differisce dall'annullamento di una sola disposizione solo da un punto di vista quantitativo. Qualora però ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 27 seconda parte ad un intero atto legislativo (o a ciò che ne resta dopo la pronuncia in via diretta), non vi sono argomenti per arginare il potere del giudice costituzionale. D'altra parte, nei casi esaminati tale prassi giurisprudenziale si è verificata con riferimento a leggi regionali in materia di professioni: leggi omogenee per contenuto, composte da un numero non elevato di articoli e la cui *ratio legis* era senz'altro comune a tutte le disposizioni⁶³.

4.5. Un settore particolare nel quale la Corte ha fatto ricorso all'illegittimità consequenziale è quello del rispetto delle regole di bilancio. Ai fini del presente lavoro, è interessante evidenziare due profili: il primo, relativo all'annullamento dell'intera legge di approvazione del rendiconto regionale, in forza delle caratteristiche proprie di tale atto-fonte; il secondo, relativo ad una particolare tecnica decisoria alla quale ha fatto ricorso il giudice costituzionale, che conferma il rilievo del criterio della *eadem ratio*⁶⁴. Partendo

⁶¹ Corte cost., sent. 5 novembre 2015, n. 217 par. 4.1.

⁶² Cfr. par. 4.2.

⁶³ Con specifico riferimento alle leggi in materia di professioni e al frequente ricorso alla illegittimità consequenziale, A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 258 ss.; E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità consequenziale*, cit., p. 390 ss.

⁶⁴ Si tratta di quattro pronunce (sentt. 16 dicembre 2016, n. 279; 11 gennaio 2017, n. 6; 20 dicembre 2017, n. 274; 5 marzo 2018, n. 49) tutte caratterizzate dal medesimo Giudice

dal primo profilo, nella sent. 49/2018 la Corte accerta l'illegittimità di alcune disposizioni della legge di approvazione del rendiconto 2013 della Regione Abruzzo poiché ritenuto in contrasto, nei loro contenuti particolari, con il dovere di trasparenza nella rendicontazione della situazione economico-finanziaria della Regione; ciò premesso (ed in continuità con altri precedenti) cade in via consequenziale l'intera legge poiché «l'assenza di un risultato univoco di amministrazione, l'incongruità degli elementi aggregati per il suo calcolo e l'inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari – che richiede il collegamento genetico tra i bilanci secondo la loro sequenza temporale – coinvolgono la legge di approvazione del rendiconto 2013 nella sua interezza, non essendo utilmente scindibili gli elementi che ne compongono la struttura»⁶⁵. In questa pronuncia la Corte invoca «l'inscindibile connessione» e «l'evidente correlazione» tra disposizioni per giustificare l'esercizio del potere ex art. 27 seconda parte; tuttavia e ancora una volta, al di là della formule impiegate, emerge quanto segue: la legge di approvazione del rendiconto esprime una *ratio legis* unitaria che, come evidenziato dallo stesso giudice costituzionale, consiste nell'illustrare con certezza e trasparenza la situazione economico-finanziaria della Regione; se tale finalità viene compromessa (anche solo da alcune delle disposizioni che compongono la legge), viene meno la legittimità dell'intero atto legislativo e, di conseguenza, cadono anche le altre disposizioni che lo costituiscono. L'assunto di fondo pare dunque il seguente (e si pone in scia alla giurisprudenza in materia di professioni, vista in precedenza): in presenza di una *ratio legis* unitaria, propria dell'atto-fonte e di tutte le singole disposizioni che lo compongono; ed in presenza di una incostituzionalità diretta della medesima *ratio legis*, oppure di un vizio che comprometta la legittimità di tale *ratio legis*, la caducazione di alcune disposizioni determina l'annullamento in via consequenziale dell'intera legge⁶⁶.

Veniamo al secondo profilo. Nella sent. 6/2017 la Corte annulla una disposizione di legge, contenuta nel bilancio di previsione, relativa al peculiare istituto del disavanzo tecnico che, nel caso di specie, viene scorrettamente – e quindi illegittimamente – disciplinato ed applicato dalla Regione. A cadere in via consequenziale è la stessa legge regionale ma «nelle parti in

relatore-redattore (Carosi), con un chiaro filo conduttore che le unisce nei principi di fondo in materia di contabilità pubblica e regole costituzionali.

⁶⁵ Corte cost., sent. 5 marzo 2018, n. 49 avente ad oggetto «in particolare» svariate disposizioni della L. Reg. Abruzzo n. 16/2017.

⁶⁶ Cfr. anche Corte cost., sent. 20 dicembre 2017, n. 274, avente ad oggetto l'art. 6 della L. Reg. Liguria n.26/2016 annullato per violazione dell'art. 81, comma 3 Cost.: da ciò, in via consequenziale, cade l'intera legge di approvazione del rendiconto – la n. 20/2016, diversa da quella oggetto di impugnazione.

cui: [...] applica al bilancio 2016 l'istituto del disavanzo tecnico; consente di impegnare somme eccedenti per euro 31.553.438,75 rispetto alle risorse effettivamente disponibili; non prevede l'individuazione specifica ed analitica dei crediti e delle relative scadenze che dovrebbero compensare tali operazioni»; e che si tratti di un annullamento interpretativo è confermato dal dispositivo della decisione, che dichiara l'illegittimità consequenziale «ai sensi di cui in motivazione». Così è a dirsi nella precedente sent. 279/2016, anch'essa caratterizzata dalla medesima tecnica decisoria nell'accompagnare l'annullamento di singole poste con la caducazione in via consequenziale dell'intero bilancio, limitatamente ai profili individuati dal giudice.

La fattispecie è meritevole di attenzione poiché in questi casi la Corte non individua singole disposizioni da caducare in via consequenziale, ma i contenuti normativi della legge in esame che risultano incostituzionali all'esito della declaratoria in via diretta: l'*eadem ratio* in questo caso non è solo l'elemento che accomuna le diverse disposizioni e ne giustifica l'annullamento, ma diviene lo strumento attraverso cui il giudice costituzionale espunge alcuni dei contenuti normativi da un atto legislativo – «ritagliando» così ulteriormente l'oggetto del proprio intervento, limitato al piano delle norme e non delle disposizioni non solo in fase di sindacato, ma anche in fase di annullamento⁶⁷.

4.6. Anche alla luce della disamina svolta, possiamo provare a trarre qualche conclusione che conduca ad una ricostruzione sistematica dell'illegittimità consequenziale nel giudizio in via principale.

Innanzitutto, il tema d'indagine è stato volutamente delimitato – anche per ragioni di spazio – alle ipotesi di effettivo esercizio del potere da parte del giudice costituzionale. Come anticipato nei paragrafi iniziali, la dottrina ha messo in luce due profili controversi che emergono dalla giurisprudenza costituzionale: il primo relativo ad episodi nei quali la Corte ha esteso l'annullamento ad altre disposizioni senza tuttavia individuare il fondamento della propria decisione nell'art. 27 seconda parte; il secondo relativo all'utilizzo promiscuo dell'annullamento consequenziale, dell'estensione e del trasferimento della questione di legittimità costituzionale per gestire il fenomeno dello *jus superveniens* nel processo principale⁶⁸. Ebbene, brevemente: quanto al primo aspetto non vi è che da concordare con chi ha sottolineato come la violazione della «segnalatica processuale» da parte del giudice costituzionale sia senz'altro da evitare, anche al fine – aggiungo – di favorire un

⁶⁷ Parafrasando Corte cost., sent. 21 marzo 1996, n. 84 e il notissimo inciso per cui la Corte – invece – «giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni».

⁶⁸ Cfr. par. 3, nota 26.

più efficace auto ed etero controllo delle decisioni della Corte. Quanto al secondo aspetto: illegittimità consequenziale da un lato, estensione e trasferimento della questione sono istituti processuali diversi quanto a fondamento positivo, presupposti ed effetti. Non vi sono ragioni per contestarne di per sé l'utilizzo da parte della Corte, mentre sarebbero opportuni protocolli di giudizio che diano stabilità agli indirizzi del giudice costituzionale nella scelta, *in primis*, dell'uno o dell'altro strumento⁶⁹.

Una seconda considerazione generale, di mero fatto, è quella per cui l'annullamento in via consequenziale nei giudizi principali ha colpito – almeno nell'ultimo quinquennio – ipotesi di leggi regionali impugnate dallo Stato – e mai l'opposto⁷⁰. Il che potrebbe rinfocolare antiche diatribe in ordine alla tendenza della Corte a considerare maggiormente le ragioni del potere centrale rispetto a quelle delle Regioni; meno rozzamente, ciò denota forse una maggiore attenzione alla salvaguardia delle istanze unitarie (di cui lo Stato è, o si dichiara portatore) piuttosto che alle esigenze dell'autonomia, intesa come differenziazione politica rispetto alla trama unitaria dell'ordinamento. Da ciò, forse, lo scrupolo con cui il giudice costituzionale provvede a scrutinare i provvedimenti regionali impugnati, pronto ad allargare lo spettro dell'annullamento disposto in via diretta.

4.6.1. Venendo ora all'ambito applicativo dell'istituto ed ai suoi contenuti, sono quattro gli aspetti su cui merita insistere. Il primo riguarda l'annullamento in via consequenziale disposto anche nei confronti di disposizioni previste da atti normativi diversi da quello impugnato⁷¹. Benché la soluzione desti perplessità in dottrina, non si rinviene nella lettera dell'art. 27 seconda parte un argomento di segno contrario; inoltre, non va dimenticato che il ricorso statale, nella grande maggioranza dei casi, non investe un'intera legge regionale ma alcune sue disposizioni: da questo punto di vista, non è corretto affermare che l'illegittimità costituzionale non dovrebbe travalicare l'atto-fonte «impugnato», poiché l'iniziativa statale non impugna, in realtà, la legge regionale nella sua integralità. L'illegittimità consequenziale fuoriesce sempre dall'oggetto delle censure proposte dal ricorrente: che poi si estenda a disposizioni contenute nel medesimo atto-fonte (come accade peraltro il più delle volte), o a prescrizioni contenute in un'altra legge regionale poco cambia dal punto di vista del corretto inquadramento del potere

⁶⁹ Così F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens*, cit.

⁷⁰ Qualche episodio contrario, in precedenza, è segnalato da E. BINDI, *Considerazioni in tema di illegittimità consequenziale*, cit., p. 376.

⁷¹ Ad es. Corte cost., sent. 28 febbraio 2019, n. 28; 20 dicembre 2017, n. 274.

esercitato dalla Corte – venendo semmai in rilievo il nesso che collega tra loro le norme annullate.

Un secondo aspetto riguarda la – presunta – necessità che il profilo di illegittimità della disposizione caducata in via consequenziale sorga successivamente a quello dell'annullamento della prescrizione impugnata⁷². In realtà, come già argomentato⁷³, l'annullamento in via consequenziale presenta sempre un collegamento tra disposizioni fondato (anche) sulla *eadem ratio* e, quindi, su un vizio di incostituzionalità comune alle diverse norme coinvolte nel giudizio, tutte illegittime *ab origine*. Tale schema può sembrare contraddetto nell'ipotesi di illegittimità consequenziale disposta in applicazione del principio di eguaglianza: per cui l'annullamento in via diretta genera una situazione di incostituzionalità tale da provocare, di conseguenza, l'ulteriore illegittimità di una seconda fattispecie normativa. L'ipotesi illustrata meriterebbe adeguato approfondimento poiché, anche in questo caso, la ricostruzione prospettata in dottrina convince sino ad un certo punto. Tuttavia, ai fini del presente lavoro, va detto che non si riscontrano nel giudizio principale queste «catene» di annullamenti costruite sul raffronto tra normative di rango primario⁷⁴; e ciò si spiega agilmente col fatto che lo schema ternario del giudizio di eguaglianza è proprio del sindacato in via incidentale, mentre risulta lontano dai conflitti di competenze azionati in via diretta (anche estesi alle censure statali che oltrepassino il Titolo V). Alla luce dei precedenti analizzati, pertanto, può concludersi che non è la pronuncia della Corte a generare in via consequenziale l'invalidità di una disposizione non impugnata. Per altro verso, la tesi è comunque compatibile con la formulazione letterale dell'art. 27, che può leggersi nel senso in precedenza prospettato (è la seconda pronuncia di illegittimità a derivare dalla prima, e non l'illegittimità della disposizione legislativa in quanto tale⁷⁵).

Un terzo aspetto su cui merita insistere è inerente alle ipotesi di annullamento di un'intera legge regionale: fattispecie che certamente denota un utilizzo dell'illegittimità consequenziale particolarmente pervasivo nei confronti dell'autonomia regionale, ma che da un punto di vista teorico non trova ostacoli decisivi; mentre, analizzando la prassi dell'ultimo quinquennio, ben può dirsi che la Corte vi abbia fatto ricorso con oculatezza e per-

⁷² Ad es. A. CERRI, *Inapplicabilità*, cit.

⁷³ Cfr. par. 4.1.

⁷⁴ Sulle quali insiste G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 369.

⁷⁵ Cfr. par. 4.1.

suasività di argomenti: da un lato, sono cadute leggi regionali aventi un medesimo oggetto, e connotate da disposizioni tutte collegate tra loro⁷⁶; dall'altro, la giurisprudenza sulla legge di approvazione del rendiconto si è posta in scia di precedenti sicuri, e ha assicurato stabilità nello schema di giudizio e nelle sue motivazioni⁷⁷.

Quanto, infine, agli oneri processuali in capo al ricorrente e alla attivazione d'ufficio del potere di annullamento consequenziale, la Corte non ha dato alcun seguito alle teorizzazioni contenute nella sent. 139/2009, e giustamente criticate in dottrina⁷⁸. Come si è provato ad argomentare, il «suggerimento» da parte del ricorrente di estendere l'annullamento ad altre disposizioni non impugnate non ha alcun valore processuale; di contro, la caducazione in via consequenziale di altre previsioni è indipendente dalla loro rituale impugnazione, configurandosi come una attribuzione attivabile d'ufficio (rilevando semmai il nesso di collegamento tra disposizioni normative⁷⁹).

4.6.2. Ed il collegamento tra fattispecie normative è proprio il profilo su cui ci si è soffermati maggiormente. Si è partiti dalla constatazione per cui anche nel giudizio in via di azione la Corte ricorre ad una pluralità di formule («omogeneità di contenuto», «inscindibile correlazione», «identità di norme», «mera strumentalità», «inapplicabilità sopravvenuta»), senza griglie concettuali predefinite che orientino il sindacato del giudice nell'esercizio del potere *ex art. 27*.

Ciò che può evidenziarsi, tuttavia, è che la categoria dell'illegittimità (ovvero la contrarietà ad un parametro normativo di rango costituzionale) costituisce l'unico presupposto, anche ai sensi di quanto espressamente sancito dall'art. 27, per l'annullamento in via consequenziale: il che ricorre senz'altro nell'ipotesi di identità di *ratio* tra due disposizioni legislative (medesima *ratio legis*, medesimo vizio di incostituzionalità), alla quale può ricondursi anche il caso della ripetizione di previsioni identiche (anche nei contenuti); di contro, alcune delle categorie individuate dalla Corte non attestano ancora tale fattispecie: esemplare è il caso della «inapplicabilità sopravvenuta» che, come riconosce lo stesso giudice costituzionale in altre

⁷⁶ Cfr. par. 4.4.

⁷⁷ Cfr. par. 4.5.

⁷⁸ Cfr. par. 4.4.

⁷⁹ Cfr. ancora par.4.4.

pronunce, è qualcosa di meno dell'invalidità⁸⁰; mentre altre categorie esprimono una valutazione sul nesso logico o giuridico che collega due prescrizioni (la «mera strumentalità» o la «inscindibile correlazione») ma non ancora la ragione giuridica che ne determina l'invalidità. In realtà, come si è provato a dimostrare con l'analisi della casistica giurisprudenziale, i casi di inofficiosità sono senz'altro riconducibili (anche) ad una ipotesi di *eadem ratio* tra disposizione annullata in via diretta e prescrizioni ad essa strumentali⁸¹; mentre l'indissolubile corrispondenza tra disposizioni si rivela una categoria assai generica, le cui ipotesi possono meglio identificarsi con la categoria dell'inofficiosità (e torna valido il discorso appena compiuto)⁸²; oppure, rivelare direttamente una *eadem ratio* tra prescrizioni normative⁸³. Con il che non si contesta affatto che tra due previsioni possa instaurarsi un vincolo di natura logica (strumentalità) o giuridica (connessione indissolubile, nell'ambito di un dato sistema normativo), e che tale vincolo possa essere utilmente accertato dal giudice: ma tale vincolo denota anche una comunanza di *ratio* tra le due prescrizioni, ed è quest'ultimo elemento a giustificare correttamente l'esercizio del potere di annullamento in via consequenziale. Insomma: è davvero convincente quanto osservato incidentalmente in un'occasione dallo stesso giudice costituzionale, per cui le disposizioni vengono annullate in via consequenziale poiché «palesamente funzionali al raggiungimento dello scopo della legge»⁸⁴.

Vero ciò, trova senz'altro conferma un tratto evidenziato da tutta la dottrina che si è occupata del tema: ovvero l'ampia discrezionalità di cui gode il giudice costituzionale nell'esercitare il potere previsto dall'art. 27 seconda parte⁸⁵. Ma tale discrezionalità non risiede tanto nell'individuare diverse fattispecie generatrici di illegittimità consequenziale (inapplicabilità, strumentalità, connessione, ripetizione, identità di *ratio*), quanto piuttosto nell'accertare il ricorrere di una medesima *ratio legis* tra due disposizioni e, di conseguenza, il medesimo vizio che ne giustifica l'annullamento. Il nesso logico o giuridico che lega due previsioni costituisce semmai un indice di sospetta incostituzionalità: fortissima, nel caso di ripetizione di norme identiche (salva l'ipotesi residuale per cui due disposizioni regionali, seppure formulate allo stesso modo, presentino contenuti precettivi diversi poiché afferenti a sotto-sistemi normativi differenti in ambito regionale); assai forte

⁸⁰ Corte cost., sent. 10 ottobre 1991, n. 380, che esclude dall'oggetto del giudizio una norma insuscettibile di applicazione autonoma; similmente, Corte cost., sent. del 2009, n. 82.

⁸¹ Cfr. par. 4.1.

⁸² Cfr. par. 4.2.

⁸³ Cfr. par. 4.2.

⁸⁴ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 8 febbraio 2006, n. 40.

⁸⁵ Cfr. nota 17.

(ma, non certa, poiché va escluso che tali norme possano riferirsi ad altre previsioni legittime⁸⁶) nel caso di stretta strumentalità tra due prescrizioni; altrettanto forte nel caso di inscindibile connessione tra disposizioni, salvo definire se con l'espressione si rimandi a ipotesi di inofficiosità o di *eadem ratio*. E quanto ora esposto potrebbe rappresentare anche un protocollo di sindacato da parte del giudice costituzionale, che accerti in prima battuta la sussistenza di una delle fattispecie che denotano identità di *ratio* tra due disposizioni; per escludere poi il ricorrere di una delle eccezioni che potrebbero giustificare la legittimità di una disposizione seppure strumentale, connessa o perfino identica a quella annullata in via diretta; infine, verificata così la comunanza di *ratio* e, quindi, la sussistenza di un medesimo vizio procedere all'annullamento in via consequenziale, con il richiamo espresso all'art. 27 seconda parte⁸⁷.

Peraltro, come emerso, nel giudizio in via principale è piuttosto raro che il giudice costituzionale proceda ad un annullamento in via consequenziale in nome della sola identità di *ratio* tra due disposizioni⁸⁸: l'accertamento della Corte, infatti, viene sempre mediato dalle categorie poc'anzi richiamate della strumentalità, della connessione o della inapplicabilità sopravvenuta. E ciò si spiega, da un lato, con l'assenza di giudizi costruiti sullo schema del *tertium comparationis* e che coinvolgano, a confronto, normative di rango primario: ovvero il terreno ideale, come è stato dimostrato, per lavorare sulla *ratio legis* delle disposizioni (affiancando, a pronunce manipolative, la tecnica dell'illegittimità consequenziale a salvaguardia del principio di eguaglianza e dei diritti correlati⁸⁹); dall'altro, si spiega anche con la maggiore astrattezza del giudizio in via di azione, che agevola il giudice nella ricerca di connessioni logiche o giuridiche tra disposizioni; e ne disincentiva invece valutazioni di ragionevolezza nella differenziazione o nella assimilazione normativa di fattispecie concrete, anche perché non presenti direttamente nel perimetro del proprio giudizio.

⁸⁶ Si pensi, come già argomentato – par. 4.1 – all'ipotesi di disposizioni sul procedimento applicabili a più fattispecie, alcune legittime ed altre no, ad esempio.

⁸⁷ La dottrina richiama da tempo l'importanza di protocolli di giudizio stabili nel tempo, al fine di favorire l'auto e l'etero-controllo delle decisioni giudiziali e, per quanto qui rileva, di quelle del giudice costituzionale: cfr., ad es., S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1994. Ho provato a insistere su questi temi, anche in rapporto alle teorie dell'argomentazione e al rilievo che la motivazione della decisione giudiziaria assume, in particolare, nel processo costituzionale, in C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, p. 306 ss.

⁸⁸ Cfr. par. 4.3.

⁸⁹ Cfr. G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 352 ss.

Tuttavia, il criterio della *eadem ratio*, come si è argomentato sino a qui, trova pieno rilievo anche nel giudizio in via di azione: merita quindi spendere qualche considerazione ulteriore proprio su questo aspetto. Si suole osservare, in dottrina, come l'illegittimità consequenziale possa derivare da un nesso logico oppure analogico, e in questa seconda ipotesi saremmo appunto innanzi ad un giudizio del tutto simile a quello per analogia⁹⁰, similmente a quanto accade nel sindacato di eguaglianza costruito sullo schema del *tertium comparationis*⁹¹. Sul punto, vanno fatte però alcune osservazioni.

Innanzitutto, aderendo alla teoria per cui tra interpretazione estensiva e ragionamento per analogia corre una differenza solamente di ordine quantitativo (e non qualitativo) nell'attività riservata all'interprete, la questione perde di rilievo⁹²: risolvendosi solamente in un diverso grado di discrezionalità riconosciuto alla Corte che, nei casi di *eadem ratio*, sarebbe maggiore. In realtà, a ben guardare, sovrapporre il giudizio che la Corte compie nei casi in esame con lo schema dell'analogia non è del tutto convincente, almeno nelle ipotesi qui considerate (relative al giudizio in via di azione, e non a fattispecie inserite nell'ambito di un giudizio di eguaglianza nel processo incidentale⁹³): vengono a mancare, infatti, due dei passaggi chiave nel ragionamento per analogia, ovvero la valutazione di «assimilabilità» tra due situazioni; e l'apprezzamento che l'interprete deve compiere per decidere se, di fronte alla lacuna dell'ordinamento, egli debba procedere ad applicare la norma generale inclusiva (che conduce all'analogia, per casi simili) oppure la norma generale esclusiva (quantomeno, di fronte alle eccezioni che ne vietano l'applicazione)⁹⁴. La Corte accerta l'incostituzionalità di una norma impugnata, individuandone la *ratio legis*⁹⁵; e, qualora riconduca a quella *ratio legis* anche altre disposizioni non censurate, ne trae l'ovvia conseguenza della loro incostituzionalità: ma non compara due situazioni al fine giudicarle as-

⁹⁰ A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 60 ss. Di nesso logico oppure analogico discorre unanimemente la dottrina: cfr., a mero titolo di esempio, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 244 ss.

⁹¹ Sul sindacato di eguaglianza della Corte costituzionale come esempio di ragionamento per analogia cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. civ.*, Torino 1987, p. 325.

⁹² La tesi è quella di L. CAIANI, *Analogia, Teoria Generale*, in *Enc. Dir.*, 1958.

⁹³ Su cui insiste particolarmente, ad es., G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., p. 359 ss.

⁹⁴ G. CARCATERRA, *Analogia, Teoria Generale*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, p. 1 ss., p. 4 ss.

⁹⁵ Ragion d'essere immanente, fine, scopo o motivo della norma, nella accezione proposta ad es. da N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 107 o da G. CARCATERRA, *Analogia, Teoria Generale*, cit., p. 107. Cfr. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, p. 433 ss.

similabili o meno – ed estendere così una determinata disciplina ad una fattispecie non regolata (o diversamente regolata, come in alcune declinazioni del giudizio di eguaglianza). Piuttosto, valuta diverse prescrizioni come espressione di una *ratio legis* comune, e in ragione di ciò le annulla poiché parimenti lesive di un medesimo parametro costituzionale.

Si tratta certo di una valutazione che, come detto, lascia margini di discrezionalità piuttosto ampi alla Corte, ma che non sembrano più ampi di quelli a cui il giudice costituzionale fa ricorso nella maggior parte dei suoi giudizi (diversi da quello di eguaglianza). Considerazioni, quelle ora formulate, che, almeno con riferimento al giudizio in via di azione (che è poi l'oggetto di questo scritto) stemperano le preoccupazioni di una possibile «deriva analogica» nell'esercizio del potere di annullamento in via consequenziale: pericolo paventato muovendo dalla acuta osservazione per cui il ragionamento analogico, in questo contesto, non sarebbe orientato ad una attività integrativa del diritto, ma a cancellare norme di legge espressione della volontà politica del legislatore⁹⁶. Come si è detto, tuttavia, le similitudini con il ragionamento per analogia paiono arrestarsi al rilievo dell'operazione ermeneutica di individuazione della *ratio legis*, e alla riconduzione – o meno – ad essa (non di diverse situazioni fattuali ma) di altre disposizioni legislative: una attività tuttavia che, qualitativamente, non sembra differire dalle valutazioni tradizionalmente compiute dalla Corte per giungere all'accoglimento o al rigetto delle questioni proposte (si pensi, solo per fare un esempio, alla valutazione del carattere di «principio» delle norme statali nelle materie concorrenti, e al loro rispetto – o meno – delle norme di dettaglio regionali).

⁹⁶ A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, cit., p. 67, con riferimento però soprattutto al giudizio in via incidentale.

SILVIO TROILO

Le regole della coabitazione: Presidente, Vicepresidente e Comitato di presidenza nella «forma di governo» del Consiglio Superiore della Magistratura

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le scelte dell'Assemblea Costituente – 3. Il ruolo del Presidente della Repubblica – 4. Il Vicepresidente del C.S.M. – 5. I rapporti tra Presidente, Vicepresidente e Comitato di presidenza del C.S.M. - 5.1. La sostituzione del Presidente e la delega di funzioni - 5.2. Le funzioni proprie del Vicepresidente - 5.3. Il Comitato di presidenza - 5.4. Il ruolo complessivo del Vicepresidente – 6. La formazione dell'ordine del giorno delle sedute – 7. Osservazioni conclusive

1. L'Italia ha da poco celebrato il settantesimo anniversario dell'approvazione della Costituzione repubblicana, sotto la quale il Paese ha conosciuto il più rapido ed incisivo sviluppo della sua storia. Sul piano istituzionale, radicali innovazioni sono state apportate dalla creazione delle Regioni, della Corte costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura: innovazioni che, però, non sempre hanno prodotto risultati all'altezza delle (elevate) aspettative.

La configurazione assunta dal nostro regionalismo – e da un rinnovato sistema di autonomie locali – ha catturato l'attenzione non solo della dottrina, giuridica e non, ma anche del mondo politico e dell'opinione pubblica. In tale contesto Franco Pizzetti ha fornito un rilevante apporto, elaborando numerose e approfondite analisi, così come attente e meditate proposte di revisione dell'imperfetto sistema venutosi a creare.

Sulle altre due innovazioni, che si sono comunque radicate e consolidate nell'ordinamento costituzionale e nell'organizzazione pubblica, l'attenzione del mondo intellettuale, nel suo complesso, e della gente comune è stata minore ed è stata accompagnata da una considerazione pressoché indiscussa solo verso la Corte costituzionale. Viceversa, il Consiglio Superiore della Magistratura – principale garanzia di indipendenza del potere (od ordine) giudiziario (ordinario) – è stato non di rado oggetto di critiche e nel 2019 è stato colpito da uno scandalo di particolare gravità, che ne ha seriamente

macchiato la reputazione ed ha rischiato di comprometterne la credibilità¹. Non pare, dunque, inutile riprendere l'analisi di tale fondamentale organo – sul cui modello sono stati costruiti anche gli organi di governo delle magistrature speciali² (di uno dei quali, il Consiglio di presidenza della magistratura amministrativa, ha fatto parte dal 2001 al 2005 anche Franco Pizzetti)

¹ Il 9 maggio 2019 il dott. Luca Palamara, già presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati nonché membro del Consiglio Superiore della Magistratura dal 2014 al 2018, è stato colto mentre trattava della successione al dott. Giuseppe Pignatone a capo della Procura della Repubblica di Roma con l'on. Luca Lotti (già sottosegretario e ministro), l'on. (ed ex magistrato) Cosimo Ferri ed alcuni membri «togati» del C.S.M. Le loro conversazioni sono state intercettate dalla Procura di Perugia, competente per i reati commessi da magistrati romani, in quanto Palamara era imputato con Lotti del reato di favoreggiamento nell'inchiesta sulla gestione della società pubblica Consip. Inoltre, Palamara era indagato anche con l'accusa di aver ricevuto denaro e regali da alcuni lobbisti, con cui intratteneva rapporti di amicizia, per impegnarsi a far sì che il C.S.M. nominasse Procuratore della Repubblica di Gela il dott. Giancarlo Longo. Tale nomina, poi, non era avvenuta ed anzi Giancarlo Longo aveva rassegnato le dimissioni dalla magistratura dopo aver patteggiato una condanna a cinque anni di carcere. Palamara si sarebbe interessato, altresì, alla nomina del nuovo Procuratore della Repubblica di Perugia, in modo che le inchieste contro di lui venissero insabbiate. A seguito dello scandalo – allargatosi ad ulteriori fatti – si sono dapprima autosospesi e poi dimessi dal Consiglio Superiore della Magistratura ben cinque membri «togati» su sedici (sostituiti da candidati non eletti o mediante elezioni suppletive): i dott. Cartoni, Criscuoli, Lepre, Morlini, Spina. Sono stati indotti a dimettersi dal proprio incarico anche il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione Riccardo Fuzio, che ha presentato domanda di pensionamento anticipato a causa di alcune conversazioni telefoniche intercorse con Palamara (anch'esse intercettate dalla Procura di Perugia), e il presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, Pasquale Grasso, contestato per la linea seguita alla guida dell'A.N.M. Per una ricostruzione della vicenda v., *ex plurimis*, V. GIGLIO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e la difficilissima stagione dell'autogoverno*, 12 giugno 2019, testo disponibile al sito www.filodiritto.it, consultato il 12 novembre 2019.

² Le definizioni sintetiche date del C.S.M. e degli analoghi organi delle magistrature speciali sono non di rado accompagnate, in dottrina, da puntualizzazioni critiche, in quanto faticano a delineare precisamente la complessità della loro natura (v., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 471 ss.): così appaiono insufficienti le risalenti definizioni di «organo di alta amministrazione» («qualificazione evocativa ma poco perspicua sul piano tecnico»), al pari di «quella cui lo stesso C.S.M. fa sovente ricorso, auto-qualificandosi «organo di autogoverno della magistratura» (formula da intendersi «piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica»», come ha precisato la Corte costituzionale nella sent. 18 luglio 1973, n. 142). D'altra parte, quella di «organo di governo della magistratura», spesso utilizzata, è ritenuta da alcuni «locuzione ingannevole, in quanto nello spettro delle sue accezioni ricomprende l'allusione allo svolgimento delle attività istituzionali sulla base di un programma e per il perseguimento di fini discrezionalmente individuati» (così, ad esempio, C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2007, p. 2).

– concentrandosi in particolare sui meccanismi individuati dalla Costituzione, dalla legge e dal regolamento interno per assicurare il buon funzionamento della sua «forma di governo», così da verificare di quali strumenti disponga il C.S.M. per uscire dalla crisi in cui è sprofondata nel 2019³.

Al riguardo, l'utilizzo traslato della pregnante locuzione «forma di governo», benché a rigore non sia appropriato, non sembra eccessivamente forzato, se si considera che – al di là dell'assegnazione di poteri deliberativi con rilevanza esterna al solo *plenum* del Consiglio – le fonti anzidette hanno disegnato un'articolata ripartizione di competenze fra vari organi interni ed hanno investito della loro titolarità attori di altissimo livello istituzionale: Presidente della Repubblica, Vicepresidente del C.S.M., Primo Presidente della Corte di Cassazione e Procuratore generale presso la medesima Corte – che, insieme al Vicepresidente, fanno parte del Comitato di presidenza –, i quali esercitano numerose attribuzioni, condizionando la capacità decisionale del *plenum* del Consiglio⁴.

2. La direzione del Consiglio Superiore della Magistratura è stata affidata, come noto, ad un *ticket* – come direbbero gli americani – formato dal Presidente e dal Vicepresidente.

Un *ticket* a cui, invero, va affiancato un terzo organo, il Comitato di presidenza, previsto dall'art. 2 della legge n. 195 del 1958 e composto dal Vicepresidente (che lo presiede), dal Primo Presidente della Corte di Cassazione

³ Una crisi tanto grave da indurre il Vicepresidente del C.S.M., Ermini, a dichiarare il 4 giugno 2019 di fronte al *plenum* che «o sapremo riscattare con i fatti il discredito che si è abbattuto su di noi o saremo perduti» (cit. da V. GIGLIO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit.).

⁴ In tal senso v. già M. BESSONE, *La "forma di governo" del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 152 ss. e, più recentemente, N. ZANON, *Brevi note sull'evoluzione della forma di governo del Consiglio superiore della magistratura, alla luce del ruolo del Comitato di presidenza*, in *Forum Quad cost.*, 2015, p. 1-2, che rileva come neppure il livello sub-legislativo di alcune delle fonti che disciplinano i rapporti fra gli organi summenzionati possa rendere incongruo l'uso di tale espressione, dato che, fra attori di tale rilievo costituzionale, assumono importanza anche le consuetudini, le convenzioni o le prassi che possono instaurarsi fra di loro. Si consideri, inoltre, che «il Consiglio superiore della magistratura, nell'ambito delle attribuzioni previste dall'art. 105 Cost., esprime orientamenti destinati ad incidere sulla qualità della giurisdizione ordinaria intesa come servizio ai cittadini», per cui, come «ogni istituzione che contribuisce agli equilibri di potere della Repubblica – finalizzati all'attuazione pratica dei principi fondamentali, italiani ed europei – ha il potere-dovere di adottare un indirizzo», nel caso specifico «in materia giudiziaria – che vale a formare l'indirizzo politico costituzionale – nel rispetto, beninteso, delle riserve di legge contenute nella Costituzione e nell'ovvio riconoscimento della superiorità della fonte legislativa, sottoposta soltanto alle norme costituzionali» (G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2017, n. 4, p. 25).

e dal Procuratore generale presso di essa, con il compito di promuovere la complessiva attività e l'attuazione delle deliberazioni del Consiglio e di provvedere alla gestione dei fondi stanziati in bilancio. Si tratta di un ruolo in concreto assai rilevante, tanto che parte della dottrina⁵, prospettando dubbi sulla compatibilità di tale organo con la Costituzione (che in effetti non lo prevede), ha osservato come le sue attribuzioni dovrebbero essere intese come meramente strumentali alla funzionalità del Consiglio, ciò che nella prassi non è⁶.

Tornando al binomio di Presidente e Vicepresidente, tale soluzione ha rappresentato il punto di convergenza tra diversi orientamenti che si confrontarono, anche vivacemente, in Assemblea Costituente con varie proposte, ispirate a logiche diverse e non facilmente conciliabili.

Senza entrare nel merito specifico della discussione che si svolse in quella sede⁷, va evidenziato che l'individuazione degli organi direttivi del Consiglio Superiore era funzionale alla configurazione del ruolo del C.S.M. nel sistema costituzionale e, più in generale, alla definizione dei rapporti tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato. Così, da una parte, chi intendeva configurare il Consiglio quale autonoma espressione dell'ordine giudiziario proponeva di attribuire la presidenza al Primo Presidente della Corte di Cassazione; dall'altra, chi sottolineava la necessità di garantire un forte collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri statuali suggeriva di affidare la presidenza al Ministro della Giustizia.

Alla posizione tendente ad assegnare la guida dell'organo al Primo Presidente della Cassazione venne eccepito il pericolo della trasformazione della magistratura in una casta; a quella favorevole alla presidenza del Ministro si obiettò che veniva in tal modo contraddetto l'indirizzo, pressoché unanime, non solo di sottrarre la magistratura ad ogni interferenza dell'esecutivo, ma anche di recidere ogni legame con quest'ultimo.

⁵ V., per tutti, G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano 2000, p. 387.

⁶ Si è infatti registrata una tendenza esattamente opposta, tanto che è stato autorevolmente osservato come «il baricentro si sia significativamente spostato a favore del Comitato di presidenza e a svantaggio del *Plenum*, sia in termini di capacità di rappresentanza politica esterna del Consiglio sia in termini di effettiva assunzione di fondamentali e delicate decisioni» (N. ZANON, *Brevi note*, cit., p. 3).

⁷ Per una disamina dei lavori preparatori, v. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova 1982, p. 33 ss.; L. CARLASSARE, *La Presidenza del CSM secondo i costituenti*, in *Quest. giust.*, 1986, n.1, p. 32 ss.; E. CASTORINA, *Note ricostruttive sul Vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura*, in *Dir. soc.*, 1988, p. 576 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*³, Torino 1990, p. 37 ss.; A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Napoli 2011, p. 45 ss.

Stante la sensatezza delle reciproche obiezioni, prevalse la soluzione che, evitando i denunciati inconvenienti, affidava la presidenza al Capo dello Stato, garante imparziale della Costituzione e, quindi, anche dell'indipendenza della magistratura⁸.

In tal modo è risultato, anche formalmente, evidente che il C.S.M. è organo dell'intero Stato-apparato, e non del solo potere giudiziario⁹, e deve porsi in corretto equilibrio con gli altri poteri ed organi del sistema costituzionale complessivo, che sono pure coinvolti nel rispetto dell'indipendenza della magistratura, trattandosi di un'esigenza e di un valore che non riguardano i soli magistrati, ma tutto l'ordinamento¹⁰.

3. La presidenza del Capo dello Stato si ripercuote, come detto, sulla stessa definizione della funzione del Consiglio Superiore della Magistratura e della natura dei suoi poteri, nella misura in cui al Presidente non sia conferito un incarico meramente simbolico ma un ruolo concreto di garanzia e collegamento con gli altri poteri dello Stato¹¹.

Pertanto, si sono confrontate due visioni di tale ruolo. Da un lato la tesi dell'«assorbimento», che sostiene che «il Presidente del C.S.M. siede in esso non già quale Presidente della Repubblica, quale potere a sé, ma quale membro dell'organo collegiale, sia pure, ovviamente, come *primus inter pares*»: «il Presidente fa corpo col collegio, è tutt'uno in esso e con esso»¹². La sua

⁸ Cfr., per tutti, F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Artt. 104-107*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1986, p. 47.

⁹ Inoltre, alla luce del progressivo riconoscimento della struttura diffusa del potere giudiziario e dell'idoneità di ogni suo organo ad incarnare tale potere nei conflitti interorganici davanti alla Consulta, risultano ormai superate anche la divaricazione circa la natura del C.S.M. quale «organo costituzionale» ovvero «a rilevanza costituzionale» (su cui v., per tutti, la ricostruzione di G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Padova 1990, p. 5 ss.), nonché la configurazione del Consiglio Superiore quale «vertice organizzativo» dell'ordine giudiziario, accanto al vertice «funzionale» costituito dalla Corte di Cassazione (su cui v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 1284).

¹⁰ Cfr., per tutti, F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2018, p. 107.

¹¹ Come ritenuto dalla dottrina dominante: cfr., per tutti, P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova 1972, p. 552; F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Artt. 104-107*, cit., p. 47; R. TERESI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli 1984, p. 13 ss.; G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 851 ss.; G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica e presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 312. Invece, secondo L. CARLASSARE, *La Presidenza del C.S.M.*, cit., spec. p. 34 ss., il dibattito in sede costituente fu dominato dalla convinzione che la presidenza del Capo dello Stato sarebbe stata solo onorifica.

¹² G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1988, p. 33; in questo senso, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Poteri del CSM e poteri del presidente del CSM circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, in *Quest. giust.*, 1985, n. 4, p.

figura sarebbe quindi giuridicamente distinta da quella di Capo dello Stato, che costituirebbe soltanto il titolo di legittimazione per l'assunzione delle funzioni che vi sono connesse. Ne consegue che, rispetto ad ogni altro membro del Consiglio Superiore e all'insieme di essi, il Presidente del C.S.M. disporrebbe soltanto di quei poteri che norme espresse e principi inespressi conferiscono ai presidenti di organi collegiali¹³.

Al contrario, l'opposta interpretazione dottrinale ritiene che l'organo monocratico Presidente della Repubblica sia «innestato» «sul» – prima che *nel* – CSM: si potrebbe dire che non sia «il presidente del Consiglio Superiore [ad essere] il Capo dello Stato» quanto, piuttosto, che sia «il Presidente della Repubblica [ad essere] *anche* presidente del CSM»¹⁴. Al Presidente della Repubblica sarebbe assegnata una funzione di sintesi che si pone «come momento nel quale si esprime un'unità che tutto ricomprende e coordina, assicurando spazi e contemporaneamente limiti», tenendo legato il Consiglio «alla “visione integrata” dell'interesse supremo a cui risponde l'istituzione» dell'organo, al fine di garantire l'autonomia e indipendenza della magistratura da comportamenti impropri di singoli magistrati ma anche da indebite interferenze dell'esecutivo¹⁵.

727 ss.; M. BESSONE, V. CARBONE, voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino 1989, p. 458; C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 25 ss. A conforto potrebbe richiamarsi anche la nota affermazione espressa in Assemblea Costituente dall'on. Bozzi, secondo cui, «partecipando il Presidente della Repubblica ad un organo collegiale, non ha risalto individuale la manifestazione della sua volontà, che concorre a formare, assieme a quella degli altri membri, la volontà unitaria dell'organo» (*Atti Ass. Cost.*, seduta del 6 novembre 1947, p. 1805).

¹³ Tale conclusione non sarebbe smentita dalla previsione che tutti i provvedimenti del Consiglio Superiore sullo *status* dei magistrati siano emanati con decreto del Capo dello Stato (art. 17, primo comma, l. n. 195/1958), in quanto tale decreto verrebbe adottato nella qualità non di Presidente del C.S.M., ma di Presidente della Repubblica, come la stessa Costituzione stabilisce in via generale (all'art. 87, settimo comma) per le cariche statali indicate dalla legge (G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 18).

¹⁴ S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari 1994, p. 50; nello stesso senso S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, p. 72; ID., *Consiglio Superiore della Magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 430-431; G. U. RESCIGNO, *Art. 87*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1978, p. 276; G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, cit., p. 852; G. D'ORAZIO, *La «doppia Presidenza» e le sue crisi (Il Capo dello Stato e il Consiglio Superiore della Magistratura)*, in *Quad. cost.*, 1992, spec. p. 260 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2019, p. 28.

¹⁵ L. ARCIDIACONO, *La Presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, II, Milano 1988, spec. p. 33 ss., che parla di carattere garantista dell'«eteropresidenza» assegnata al Capo dello Stato.

In questo senso, assume un carattere di inquadramento sistematico la distinzione, pur non da tutti condivisa, tra «poteri interni» e «poteri esterni» esercitati dal Capo dello Stato rispetto al C.S.M.¹⁶.

Le attribuzioni interne, che danno luogo ad atti non controfirmati dal Ministro della Giustizia¹⁷, sono previste sia nella legge n. 195 del 1958 e nel d.P.R. n. 916 del 1958, sia nel regolamento interno del Consiglio Superiore (riformulato da ultimo il 26 settembre 2016): tra di esse vi sono, ai sensi della legge, l'indizione delle elezioni dei componenti togati (effettuata da ultimo l'8 e 9 luglio 2018) e la richiesta ai Presidenti delle Camere di provvedere alle elezioni dei membri laici (nonché, ai sensi dell'art. 1, co. 2, reg. int., la nomina della Commissione per la verifica di tali elezioni); la determinazione annuale del numero e delle attribuzioni delle commissioni referenti, nonché la nomina dei loro componenti, su proposta del Comitato di presidenza (art. 3 l. n. 195 e art. 31 d.P.R. n. 916); la convocazione e la presidenza dei lavori del Consiglio e della Sezione disciplinare; l'assenso sull'ordine del giorno delle sedute del Consiglio (art. 70, co. 1, reg. int.); la richiesta al Ministro di partecipare alle adunanze del C.S.M. (art. 16 l. n. 195); l'emanazione delle norme regolamentari deliberate dal Consiglio (artt. 40, co. 1, e 89 reg. int.). Tra i poteri interni va ricordato pure quello di delegare al Vicepresidente le funzioni previste dalla legge o dal regolamento, anche per quanto riguarda la convocazione delle sedute (art. 19 l. n. 195 e art. 5, co. 2, reg. int.).

Fra le attribuzioni esterne, che danno luogo ad atti controfirmati, vi sono invece l'emanazione dei decreti presidenziali in conformità alle deliberazioni del Consiglio Superiore riguardanti i magistrati (art. 17 l. n. 195), lo scioglimento del Consiglio per impossibilità di funzionamento (art. 31 l. n. 195) e il potere di inviare messaggi allo stesso C.S.M.

Il fatto che i poteri presidenziali che ineriscono all'organo siano non solo interni ma anche esterni ad esso rileva non nell'esercizio della funzione di Capo dello Stato – che, anche nei confronti del Consiglio Superiore, non

¹⁶ V., *ex plurimis*, P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, cit., p. 554; G.U. RESCIGNO, voce *Art. 87*, cit., p. 276; F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Artt. 104-107*, cit., p. 49-50; S. GALEOTTI, B. PEZZINI, voce *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino 1996, p. 479; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 107-108. In senso critico rispetto a tale distinzione v. G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, cit., p. 852, L. ARCIDIACONO, *La Presidenza del Consiglio Superiore*, cit., p. 25 ss. e p. 61 ss.; E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 585; P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno fra poteri presidenziali e poteri dell'assemblea*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 73-74.

¹⁷ In quanto, come ebbe a dichiarare in Assemblea Costituente l'on. Leone, è garanzia sufficiente «il fatto che la responsabilità del Presidente è coperta dalla collegialità dell'organo» (*Atti Ass. Cost.*, seduta del 25 novembre 1947, p. 2468).

può ritenersi assorbita ed esaurita in quella di Presidente di quest'organo – ma nell'individuazione di ciò che il Presidente della Repubblica «porta con sé» nella presidenza del C.S.M.: si è parlato al proposito di una sorta di doppia volontà, in quanto il Presidente non trova nel collegio «il fondamento della titolarità e la legittimazione per l'esercizio della sua funzione, non sussiste[ndo] alcun vincolo fiduciario implicito o esplicito, né un vincolo di indirizzo tra assemblea e Presidente né reciprocamente tra Presidente e assemblea»¹⁸.

Pare, dunque, più opportuno ricostruire e interpretare il ruolo assegnato al Capo dello Stato all'interno del C.S.M. aderendo alla visuale della «dualità» (comunque rispettosa della collegialità)¹⁹, non sulla base di argomenti formali²⁰, ma alla luce della funzione di controllo e di garanzia che è attribuita al Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale, e che non si traduce tanto in controllo costituzionale sul C.S.M., quanto soprattutto in garanzia di quest'ultimo²¹.

¹⁸ C. MIRABELLI, *Intervento*, in Atti del convegno su *Ruolo e funzione del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura a 35 anni dalla scomparsa di Vittorio Bachelet*, Roma, 30 settembre 2015, p. 25, testo disponibile al sito www.csm.it/documents, consultato il 6 settembre 2019.

¹⁹ Infatti, se l'opposta tesi dell'«assorbimento» del Capo dello Stato nel ruolo di presidente dell'organo collegiale rischia di risultare riduttiva, anche quella dell'«innesto» in esso, se spinta troppo oltre, potrebbe produrre una distorsione della posizione del C.S.M., «forzandolo negli schemi di una sorta di collegio amministrativo-consultivo del Capo dello Stato» (S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 55-56).

²⁰ Come la constatazione che tale presidenza è compresa nell'articolo 87 Cost., prima ancora che nell'art. 104 Cost., e che non è previsto un apposito ufficio di presidenza del Consiglio (ma, invero, è stato introdotto dalla legge il Comitato di presidenza): argomenti che non appaiono risolutivi. Peraltro, il dato testuale in base al quale soltanto alcuni atti del Presidente della Repubblica sono soggetti a controfirma (ex art. 17, primo comma, l. n. 195/1958) sembra costituire, come visto, una conferma della dualità del suo ruolo (G. SILVESTRI, in *Dibattito sul ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3835).

²¹ S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 50 ss., che rileva altresì che tale ruolo (non ricostruibile nella pura logica della presidenza di un organo collegiale ma caratterizzato da un reciproco bilanciamento con il C.S.M.) emerse fin dall'Assemblea Costituente, pur «senza voler forzare le diverse spinte (e incertezze) che in essa si confrontarono»; S. BARTOLE, *Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 429 ss.; G. D'ORAZIO, *La «doppia Presidenza»*, cit., p. 270; S. GALEOTTI, B. PEZZINI, voce *Presidente della Repubblica*, cit., p. 478-479. Precisa, peraltro, V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 31, che non è attribuito al Presidente della Repubblica propriamente «un ruolo di “garanzia” della legalità o di qualcos'altro nei confronti o contro il Consiglio ... quanto un ruolo imparziale di collegamento e insieme di separazione (per il carattere “neutrale” della figura presidenziale) fra corpo dei giudici rappresentato nel Consiglio e altri poteri dello Stato».

Infatti, è dubbio che fra le attribuzioni del Presidente del Consiglio Superiore siano ravvisabili poteri realmente direzionali, come rivendicato a suo tempo dal Presidente Cossiga. Tali poteri, se esercitati nella veste di Capo dello Stato anziché di espressione – quale Presidente – del C.S.M., parrebbero «in singolare contrasto con il carattere di piena indipendenza che connota ... il Consiglio»²² e non si armonizzerebbero con il metodo orizzontale-collegiale (e non verticale-gerarchico) che la Costituzione richiede di seguire nei rapporti tra i poteri dello Stato²³. Inoltre, le attribuzioni in questione sono finalizzate a costituire, organizzare e far funzionare l'organo, e non a stabilirne la direzione di marcia²⁴.

In definitiva, il Presidente della Repubblica si trova ad esercitare, a seconda delle circostanze, due diversi ruoli: quello di presidente del collegio, rispettoso della posizione di quest'ultimo, ma, ove necessario, quello di garante degli equilibri costituzionali anche verso il collegio stesso, esprimendo in tal caso non la volontà del Consiglio ma «la sua personale, distinta, separata volontà di organo dello Stato diverso dal CSM»²⁵.

Qualora, poi, si realizzino le condizioni d'impedimento previste dall'art. 86 Cost., tutte le attribuzioni del Presidente della Repubblica relative al C.S.M. sono esercitate non dal Vicepresidente ma dal Presidente del Senato,

²² V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, cit., p. 31; G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 18.

²³ G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM nella Costituzione e nella legge*, in Atti del convegno su *Ruolo e funzione del Vice Presidente*, cit., p. 6 ss.

²⁴ G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 18. Conf. V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, cit., p. 31. Si veda anche il regolamento interno, che peraltro, a livello generale, sembra delineare in modo sin troppo circoscritto tali attribuzioni, affermando che «il Presidente convoca e presiede le sedute del Consiglio ed esercita ogni altra funzione prevista dalla legge e dal Regolamento» (art. 5, co. 1, rubricato «Attribuzioni del Presidente e del Vicepresidente»). Anche sul delicato e rilevante tema della fissazione dell'ordine del giorno delle sedute il regolamento si limita a stabilire che esso «è predisposto dal Vicepresidente e, previo assenso del Presidente, è comunicato a tutti i componenti e al Ministro», aggiungendo peraltro talune significative possibilità di inserire ulteriori argomenti nell'agenda della seduta, senza prevedere che debba esservi il consenso del Presidente (in merito v. il successivo par. 6).

²⁵ G. U. RESCIGNO, *Art. 87*, cit., p. 276; conf. S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 59; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 14. Gli stili e gli approcci seguiti dai diversi Capi dello Stato nel ruolo di Presidente del C.S.M. sono stati differenti, ma presentano comunque significativi elementi di continuità (salvo l'eccezione di Francesco Cossiga): per una veloce rassegna in proposito v. M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica e i rapporti con il potere giudiziario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, p. 3392 ss.; per uno sguardo più ampio v. A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 89 ss.; G. DI FEDERICO, *Da Saragat a Napolitano. Il difficile rapporto tra Presidente della Repubblica e Consiglio superiore della magistratura*, Milano-Udine 2016.

che è l'organo supplente del Capo dello Stato e che diventa l'interlocutore del Vicepresidente del C.S.M. per le questioni attinenti al Consiglio Superiore²⁶.

4. Come è stato notato, il Consiglio Superiore della Magistratura è l'unico organo collegiale deliberante, il cui presidente è legittimato a non prendere parte ai lavori, ma il voto del quale, ove decida insindacabilmente di parteciparvi, prevale in caso di parità all'interno del collegio²⁷.

Comunque, in considerazione delle numerose funzioni che il Capo dello Stato deve ordinariamente assolvere – e che, anche nella prassi, inducono i Presidenti della Repubblica a partecipare di rado alle riunioni del *plenum* –, la stessa Costituzione, all'art. 104, quinto comma, stabilisce che «il Consiglio elegge un vice presidente fra i componenti designati dal Parlamento». Si tratta dell'unica figura vicaria prevista direttamente dalla Carta costituzionale.

Occorreva infatti che si prevedesse un soggetto distinto, ma dotato della necessaria autorevolezza, a cui affidare la guida del Consiglio Superiore nell'esercizio quotidiano delle sue funzioni, stante la probabile impossibilità di farlo da parte del Capo dello Stato.

Per ricoprire il ruolo di Vicepresidente furono, peraltro, riproposte le figure ipotizzate inizialmente per la presidenza. Senonché, la scelta del Ministro della Giustizia, suggerita da alcuni, avrebbe potuto favorire interferenze del potere esecutivo all'interno dell'organo chiamato a garantire l'indipendenza della magistratura ordinaria. Quella, invece, del Primo Presidente della Corte di Cassazione, proposta da altri, avrebbe potuto consentire al potere giudiziario di chiudersi in se stesso, anche in conseguenza della notevole eterogeneità e separatezza che si sarebbero prodotte tra Presidente e Vicepresidente, il primo proveniente dal mondo politico (pur se collocato al di sopra delle parti), il secondo magistrato di carriera, posto al vertice di quella che era ancora vista come la «piramide giudiziaria». Senza considerare che il Primo Presidente della Cassazione non avrebbe potuto assicurare quella piena dedizione necessaria al ruolo, se non a costo di trascurare la presidenza della Corte di Cassazione. Il dilemma fu risolto dai Costituenti

²⁶ L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, p. 228; E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 588 ss.; G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 385; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 8. Invece F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Artt. 104-107*, cit., p. 51 ritengono che, ferma restando la supplenza del Presidente del Senato nell'esercizio delle competenze esterne del Presidente del C.S.M., «potrebbe configurarsi – pur se la questione è dubbia – una sorta di “supplenza istituzionale” del Vicepresidente in riferimento alle competenze interne.

²⁷ G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 18.

prevedendo un soggetto istituzionale espresso dallo stesso Consiglio, ma scelto necessariamente tra i membri laici²⁸.

Senonché, per quanto riguarda la sua elezione, sia la Costituzione che la legge n. 195 del 1958 si sono limitate ad affermazioni essenziali, per cui a disciplinare le relative modalità ha provveduto il regolamento interno, il quale stabilisce, all'art. 3, che debba avvenire a scrutinio segreto e che occorra la maggioranza assoluta dei componenti nelle due prime votazioni, la maggioranza semplice nella terza ed il maggior numero di voti nell'eventuale successivo ballottaggio, con proclamazione del più anziano d'età in caso di ulteriore parità. La norma, dettata in vista dell'elezione all'inizio della consiliatura²⁹, si applica ovviamente anche alla eventuale elezione nel corso di essa.

La previsione dello scrutinio segreto e di un *quorum* deliberativo, che svincola il Vicepresidente dalla rappresentanza della sola componente laica e lo vincola ad essere espressione dell'intero organo, si inserisce e corrobora l'idea secondo cui la scelta di tale soggetto da parte di tutto il Consiglio, ma all'interno della componente non togata, costituisce la migliore garanzia di un equilibrato rapporto tra l'autonomia della magistratura ed il suo legame, pur indiretto, con la sovranità popolare³⁰.

Il Vicepresidente deve, dunque, essere – ed anche apparire – del tutto estraneo al gioco delle correnti della magistratura pur presenti all'interno del C.S.M., e deve distaccarsi completamente dalla maggioranza che lo ha eletto. Queste sono le motivazioni sostanziali che hanno indotto tutti i Presidenti, a cominciare da Pertini, a negare l'ammissibilità di un dibattito antecedente all'elezione del Vicepresidente, nonostante le esigenze di trasparenza riproposte, in tempi successivi, da diversi consiglieri³¹. Nondimeno,

²⁸ Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 5. La scelta dell'Assemblea Costituente fu infatti ispirata dalla volontà di dissipare le preoccupazioni di entrambi i fronti, dato che, come rilevato dal proponente dell'emendamento Lusso, «il Vicepresidente del Consiglio Superiore non sarà un rappresentante del potere esecutivo, ma sarà uno di quegli elementi tecnici e quindi perfettamente capaci, designati dal Parlamento, ed eletto dal Consiglio Superiore, quindi dai tecnici e dai magistrati» (*Atti Ass. Cost.*, seduta del 25 novembre 1947, p. 2480). Peraltro, la decisione fu assunta con un voto di stretta misura (159 favorevoli contro 151 contrari).

²⁹ Disponendo che, «subito dopo aver deliberato sulla verifica [delle elezioni] prevista dall'art. 2, il Consiglio, nella stessa seduta, procede a scrutinio segreto all'elezione del Vicepresidente tra i componenti eletti dal Parlamento» (co. 1).

³⁰ Cfr., per tutti, G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 19; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 5.

³¹ In particolare dai consiglieri eletti nella lista di Magistratura democratica, Borrelli, Senese e Palombarini, al momento dell'elezione del Vicepresidente nel 1981 e di nuovo, nel novembre 1985, tramite la richiesta di introduzione di una modifica regolamentare. Nel primo caso

per lungo tempo ha trovato applicazione una prassi di mera ratifica di scelte operate dal sistema dei partiti al di fuori del Consiglio Superiore, senza il concorso delle differenti sensibilità e culture dei membri laici e togati³².

Si pone, dunque, l'esigenza di una maggiore trasparenza e visibilità delle convergenze all'interno del Consiglio, che comunque potrebbe essere ricercata con mezzi diversi dal dibattito preliminare, ad esempio dando la massima pubblicità ai *curricula* dei singoli consiglieri laici, tutti potenziali candidati³³.

In ogni caso, pare inadeguato il *nomen juris* attribuito dalla Carta costituzionale al Vicepresidente, per cui sorge il problema di definire precisamente il suo ruolo rispetto al Consiglio ed allo stesso Presidente. Ora, se può convenirsi con Gaetano Silvestri³⁴ sull'opportunità che una Costituzione si limiti a porre i cardini su cui deve innestarsi il complesso meccanismo dei rapporti tra i poteri dello Stato, lasciando la precisazione delle modalità di funzionamento alle fonti subordinate – inclusi i regolamenti interni degli organi costituzionali e di rilievo costituzionale –, occorre rilevare che, anche circa il rinvio a tali ulteriori fonti, la Costituzione e la legge sono rimaste molto vaghe.

In dottrina, alla luce della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario sancita dall'art. 108 Cost., si è molto dibattuto sul potere normativo del C.S.M.³⁵. In tale contesto è stato affrontato anche il tema del fondamento ed inquadramento del regolamento interno: esso va sicuramente

il Presidente Pertini e nel secondo il suo successore Cossiga hanno, però, respinto le richieste (nel secondo caso nonostante si fosse già pronunciata favorevolmente la Commissione per il regolamento, con il voto favorevole di 5 componenti su 6), in base alla tesi per cui ogni discussione è preclusa essendo il Consiglio Superiore costituito, nella prima seduta, in collegio elettorale e per cui, comunque, le modalità di svolgimento della prima seduta del Consiglio, in mancanza di espresse previsioni, sono rimesse alle determinazioni del Presidente del C.S.M., chiamato a dirigerla. Sulla vicenda v. S. SENESE, in *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 141 ss. e V. ONIDA, *ivi*, p. 162 ss.

³² Prassi stigmatizzata, tra gli altri, da S. SENESE, in *Quattro note*, cit., p. 143.

³³ Come suggerito, ad esempio, da G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 12. Su questo punto delicato non ha apportato novità nemmeno il nuovo regolamento interno del 2016, che ha fatto proprie le contrarie argomentazioni appena ricordate, dandone conto nella relazione illustrativa.

³⁴ G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 6.

³⁵ Cfr., *ex plurimis*, G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, cit., p. 840 ss.; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 36 ss.; R. ROMBOLI, S. PANIZZA, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino 1995, p. 377 ss.; G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino 2001, p. 37 ss.; A. PACE, *I poteri*

considerato un atto normativo – che trova la sua fonte espressa nella legge n. 195 del 1958 (all'art. 20, settimo comma) – e più precisamente, secondo la tesi prevalente, un atto a carattere organizzatorio rientrante nella tipologia di cui all'art. 17, co. 1, lett. d), della legge n. 400 del 1988, la cui emanazione costituisce espressione di un tipico potere interno del Presidente della Repubblica in quanto Presidente del C.S.M. Ed infatti il regolamento stesso assegna al Capo dello Stato, nella veste di Presidente del Consiglio Superiore, il potere di assenso alle proposte di sua modifica (art. 40) e il compito di adottarle con proprio decreto (art. 89), a differenza delle altre deliberazioni del Consiglio la cui attuazione è assicurata dal Comitato di presidenza e dal Vicepresidente³⁶.

5. Tornando alla Costituzione, l'art. 104 non offre indicazioni testuali in ordine alla configurabilità, o meno, di un rapporto gerarchico e fiduciario tra il Presidente ed il Vicepresidente del C.S.M., come avviene in altri organi. In questo caso, infatti, il vicario non è scelto dal Presidente, né è tale di diritto, ma è eletto dal Consiglio.

Né il dubbio è risolto dalla legge n. 195 del 1958, che, con formula generica e stereotipata, si limita ad affermare che «il Vice Presidente del Consiglio superiore sostituisce il Presidente in caso di assenza o impedimento» (come Presidente del C.S.M., mentre per l'assenza o l'impedimento come Capo dello Stato – come già rilevato – il sostituto, anche nel ruolo svolto all'interno del Consiglio Superiore, è il Presidente del Senato), pur soggiungendo che «esercita le attribuzioni indicate dalla presente legge e quelle che gli sono delegate dal Presidente» (art. 19).

È infatti adoperata la medesima formula presente in altri testi normativi quando ci si intende riferire ad una sostituzione occasionale e temporanea

normativi del C.S.M., in *Rass. parl.*, 2010, p. 369 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 49 ss., nonché Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura (cd. «Commissione Paladini»), *Relazione*, 1991, p. 119 ss., in www.csm.it/web/csm-internet/aree-tematiche/archivio-storico/il-csm-secondo-la-costituzione. Sul regolamento interno attualmente vigente, emanato il 13 ottobre 2016, v. D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della magistratura, attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017.

³⁶ R. FUZIO, *Il ruolo del Vice-presidente del CSM nel Regolamento Interno e la sua funzione di garante dell'efficienza e funzionalità dell'attività consiliare*, in *Atti del convegno su Ruolo e funzione del Vice Presidente*, cit., p. 20; conf. G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 393. In verità, nel regolamento interno (tanto in quello vigente, quanto in quello precedente), il potere di assenso presidenziale è previsto in modo sfumato, disponendosi che, «per le modifiche al Regolamento interno, la Commissione competente formula le proposte e le trasmette al Comitato di Presidenza affinché le sottoponga al Presidente della Repubblica, in qualità di Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura» (art. 40).

del presidente (come sembra indicare anche l'uso del singolare «in caso», anziché «nei casi») e generalmente limitata alla direzione delle sedute. Senonché il C.S.M. è l'unico organo deliberante nel quale l'esercizio della funzione vicaria è la regola e quello della funzione vicariata è l'eccezione³⁷.

Ora, anche nel delineare i rapporti tra Presidente, Vicepresidente, nonché Comitato di presidenza, e Consiglio Superiore della Magistratura vale l'avvertenza metodologica a non cadere nell'illusione di trovare nelle norme (costituzionali e ordinarie) «soluzioni bell'e pronte per ogni difficoltà che possa insorgere nel delicato terreno dei rapporti tra organi di vertice dell'ordinamento»³⁸. E, tuttavia, sembrerebbe emergere una figura di semplice vicario del Presidente, cui sono assegnate, altresì, alcune funzioni proprie strettamente legate all'attività quotidiana del Consiglio. Se così fosse, si dovrebbe applicare a tale figura lo schema più adatto ad una simile situazione, che è quello verticale-gerarchico.

Senonché, come già segnalato, nel nostro ordinamento liberaldemocratico occorre guardare ai rapporti tra gli organi costituzionali e di rilievo costituzionale secondo un'ottica orizzontale-collegiale di azione e collaborazione, più che in base ad una concezione verticale-gerarchica di esercizio del potere (che ha invece influito in modo rilevante in alcune passate vicende della vita del C.S.M., in particolare nella controversia sulla formazione e approvazione dell'ordine del giorno delle sedute sotto la Presidenza Cossiga)³⁹.

La dinamica dei rapporti tra Presidente e Vicepresidente va, quindi, ricostruita alla luce di tale orientamento di fondo, non contraddetto nemmeno a livello di indicazioni indirette, non essendo agevole ricavare dalla Costituzione che il Presidente possa prevalere sul Consiglio o, viceversa, il Consiglio sul Presidente.

5.1. Per quanto riguarda la sostituzione del Presidente assente – anche per motivi non imprevedibili né eccezionali⁴⁰ – o temporaneamente impedito, il Vicepresidente ne prende di volta in volta il posto, esercitandone le

³⁷ G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 19.

³⁸ G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 7.

³⁹ Su cui v. il successivo par. 6 e cfr., per tutti, G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo Presidente. La determinazione dell'ordine del giorno delle sedute consiliari nella prassi costituzionale della Presidenza Cossiga*, Padova 1995, spec. p. 1 ss., p. 83 ss., p. 189 ss.

⁴⁰ Anzi, si è sostenuto che, in base ad una «norma convenzionale», il Presidente della Repubblica dovrebbe astenersi da ogni discussione o votazione del *plenum* che comporti una presa di posizione in merito agli indirizzi governativi in materia di giustizia: in tal modo si eviterebbe qualunque suo improprio coinvolgimento nelle concrete vicende affrontate dal Consiglio Superiore (G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

funzioni e i poteri. Sul piano concreto, assume notevole importanza la direzione delle sedute del *plenum* del Consiglio.

In tale ambito, infatti, si deve garantire che ogni membro del C.S.M. sia messo in condizione di poter esprimere le proprie valutazioni in piena libertà e in condizioni di parità con gli altri, concretizzando la prerogativa dell'immunità riconosciuta a tutti i componenti per le «opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione». Nel far ciò, anche in momenti di tensione o di acceso dibattito, il Vicepresidente deve conservare la propria credibilità ed autorevolezza di presidente del collegio⁴¹.

La massima espressione del rilievo assegnato alla direzione delle sedute è la previsione, contenuta nella legge (art. 5) e ripresa dal regolamento interno (art. 67, co. 2), che sancisce che «a parità di voti prevale il voto espresso dal Presidente di seduta». Tale prerogativa, peraltro, è utilizzata poco frequentemente per la prassi di astensione dal voto seguita, oltre che dai Presidenti, da molti Vicepresidenti, in particolare nelle deliberazioni concernenti il conferimento di incarichi.

Per altro verso, l'istituto della delega – con cui viene operato un trasferimento duraturo, anche se sempre revocabile, dell'esercizio di funzioni presidenziali⁴² – contribuisce a razionalizzare i rapporti tra Presidente, Vicepresidente e Consiglio Superiore, evitando altresì il rischio di un eccessivo coinvolgimento del primo nella dialettica interna del Consiglio e consentendogli di mantenere la sua essenziale funzione di garanzia⁴³.

La portata e l'estensione delle deleghe, determinate discrezionalmente dal Presidente, sono andate crescendo nel corso del tempo.

La prima delega generale, comprendente tutte le funzioni c.d. interne, venne adottata il 25 luglio 1988 dal Presidente Cossiga. Essa intervenne dopo l'aspro confronto intercorso fra lo stesso Cossiga ed il Consiglio Superiore circa la natura «politica» che il C.S.M. avrebbe assunto: pertanto, la

1951, p. 973 ss.; conf. P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, cit., p. 561, per il quale, peraltro, l'astensione costituisce un «dovere di correttezza»; A. PIZZORUSSO, *Poteri del CSM*, cit., p. 731, nota 15; L. CARLASSARE, in *Quattro note*, cit., p. 154, per la quale sussiste per il Presidente un vero e proprio «obbligo di astenersi»).

⁴¹ L'interpretazione e l'esercizio dei poteri assegnati al presidente di seduta risultano, quindi, uno strumento di grande respiro. Ad esempio, è stata molto apprezzata nella consiliatura 2010/14 la prassi adottata dal Vicepresidente Vietti di consentire, all'inizio delle sedute, interventi sull'ordine dei lavori come momento di ampliamento del confronto assembleare (R. FUZIO, *Il ruolo del Vice-presidente del CSM*, cit., p. 21).

⁴² Sul rilievo che assume la distinzione tra le due ipotesi di delega e assenza-impedimento v. E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 593 ss.

⁴³ G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 9.

delega generale venne interpretata come una presa di distanza rispetto ad un organo di garanzia che stava esorbitando dalle sue attribuzioni costituzionali, per assumere l'improprio ruolo di organo di indirizzo politico.

Al contrario, la delega generale conferita al Vicepresidente Galloni il 28 luglio 1990 sembrò essere il segno di una ritrovata fiducia e armonia, peraltro rapidamente venuta meno, per cui la delega stessa venne revocata l'11 maggio 1991⁴⁴.

Successivamente, le deleghe ai diversi Vicepresidenti conferite dai Presidenti Scalfaro, Ciampi, Napolitano e Mattarella (tutte limitate ai poteri interni)⁴⁵ sono univocamente interpretabili come premesse formali e attestazioni sostanziali di un rapporto di costante fiducia e collaborazione con il C.S.M. e il suo Vicepresidente, senza tuttavia alcuna rinuncia dei vari Presidenti ad esercitare le proprie prerogative costituzionali⁴⁶.

5.2. Notevole rilevanza rivestono anche le funzioni proprie del Vicepresidente. Questi è membro di diritto della Sezione disciplinare e ne ha la presidenza (art. 4, secondo comma, l. n. 195/1958), salvo «nell'ipotesi in cui il Presidente del Consiglio superiore si avvalga della facoltà di presiedere la sezione disciplinare», dalla quale allora «resta escluso il Vice Presidente» (art. 4, quinto comma).

Benché tale eventualità, in concreto, non si verifichi (non escludendosi, comunque, che possa accadere in una situazione di forte conflittualità tra Presidente e Vicepresidente), si deve osservare che un organo giurisdizionale – qual è ormai qualificata la Sezione disciplinare – non può avere una composizione incerta e variabile, dipendente dall'apprezzamento discrezionale di un soggetto, pur peculiare come il Presidente della Repubblica, che decida di volta in volta se parteciparvi o meno, escludendo nel primo caso chi è designato dalla legge a guidare la Sezione in via ordinaria. Ciò non sembra compatibile con il principio del giudice naturale sancito dall'art. 25, primo comma, della Costituzione⁴⁷.

⁴⁴ V. *amplius* G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 137 ss.

⁴⁵ Essendovi limiti di opportunità che richiedono che le funzioni esterne siano direttamente esercitate dal Presidente della Repubblica, quale garante dell'unità dello Stato e della non separazione dell'ordine giudiziario (cfr. E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 599 ss.).

⁴⁶ Cfr. A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 127 ss. La delega, infatti, non può attenuare o menomare la funzione di garanzia propria del delegante, né può implicare la sottrazione alla sua vigilanza dello svolgimento dei compiti delegati (v., per tutti, G. D'ORAZIO, *La "doppia presidenza"*, cit., p. 304).

⁴⁷ V., per tutti, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 9-10; Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Su-

Il rilievo è stato fatto proprio dalla «Commissione Paladin»⁴⁸, che si è richiamata peraltro ad un messaggio alle Camere del Presidente Cossiga del 26 luglio 1990. La Commissione ha, tuttavia, segnalato la difficoltà di abrogare le previsioni sul punto della legge n. 195 mediante semplice legge ordinaria, dato che la Costituzione attribuisce al Capo dello Stato la presidenza del C.S.M. senza eccezioni e quindi – parrebbe – anche la presidenza della Sezione disciplinare. Viceversa, ad altri autori un intervento tramite legge ordinaria pare sufficiente, sembrando difficile ipotizzare sul punto una «autorottura» della Costituzione rispetto al principio del giudice naturale⁴⁹.

Oltre ai compiti già indicati, il regolamento interno – integrando le previsioni di legge – assegna al Vicepresidente, «nel rispetto delle competenze decisionali del Consiglio»: a) la responsabilità del funzionamento del C.S.M. nel complesso delle sue attività; b) la responsabilità dell'organizzazione della struttura amministrativa di supporto; c) la presidenza dell'importante Comitato di presidenza del C.S.M.

In particolare, il regolamento prevede che il Vicepresidente, in caso di impossibilità di convocazione del Comitato di presidenza, «provvede per gli affari di ordinaria amministrazione» (sia pure «sentiti i due Presidenti magistrati, più anziani in ruolo, delle Commissioni permanenti»: art. 7, co. 1, secondo periodo) e «regola, in conformità delle deliberazioni del Comitato di presidenza, le funzioni della segreteria» (art. 7, co. 4), cui può impartire disposizioni (art. 34, lett. c), d.P.R. n. 916/1958); anche indipendentemente dal Comitato di presidenza, assicura, «per quanto occorra», «l'attuazione delle deliberazioni del Consiglio» (art. 83, co. 1); «in caso di urgenza», relativamente a proposte e pareri che il C.S.M. deve adottare ai sensi dell'art. 10, secondo comma, l. n. 195, relaziona direttamente al Consiglio o nomina un relatore (art. 23, co. 2); emana «le circolari e le direttive... negli ambiti di competenza del Consiglio, in conformità alla delibera del Consiglio, per

periore della Magistratura (cd. «Commissione Paladin»), *Relazione*, cit., p. 142-143. Nella sentenza n. 12 del 1971 la Corte costituzionale non ha manifestato dubbi in proposito, ma – a parte una sensibilità meno accentuata rispetto ad oggi – la specifica questione della facoltatività della presenza del Capo dello Stato non era stata sollevata.

⁴⁸ La Commissione – istituita dal Presidente della Repubblica Cossiga il 26 luglio 1990 e composta dal prof. Livio Paladin (presidente), da due alti magistrati (Giuseppe Tamburrino e Carlo Maria Pratis) e da sei insigni giuristi (Guido Alpa, Sergio Bartole, Giuseppe Di Federico, Sergio Fois, Stefano Merlini e Gustavo Zagrebelsky) – fu incaricata di studiare la posizione costituzionale, la natura giuridica, i compiti e le attribuzioni del Consiglio Superiore della Magistratura, verificando in particolare quali poteri e limiti dovessero caratterizzarlo. Il testo finale, licenziato il 10 gennaio 1991, è reperibile in www.csm.it/web/csm-inter-net/aree-tematiche/archivio-storico/il-csm-secondo-la-costituzione.

⁴⁹ V., ad esempio, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 10.

dare esecuzione o interpretazione alla legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della discrezionalità del Consiglio» stesso (art. 25, co. 1); «quando reputa che la deliberazione, adottata da [una] Commissione [...], non rispetta i limiti fissati dal Consiglio, [...] inserisce d'ufficio la pratica all'ordine del giorno dell'Assemblea plenaria per l'adozione della determinazione finale» (art. 26, co. 3); presenta ogni anno «una relazione sull'attività svolta dal Consiglio» (art. 41, co. 6); «con cadenza bimestrale [...] convoca una riunione dei Presidenti di Commissione, al fine di assicurare il coordinamento dei lavori delle diverse articolazioni del Consiglio» (art. 58, co. 2), riferendo poi al Consiglio sulle «informazioni utili per la programmazione dei lavori dell'Assemblea plenaria e indicazioni circa la priorità di taluni argomenti da iscrivere nell'ordine del giorno delle successive sedute del Consiglio» (art. 67, co. 3); «può altresì nominare un supplente per qualsiasi Commissione quando un suo componente sia temporaneamente impedito» (art. 61, co. 1, secondo periodo). Inoltre, ha il rilevante potere di predisporre «l'ordine del giorno di ciascuna seduta» che, «previo assenso del Presidente», è comunicato ai membri del C.S.M. ed al Ministro della Giustizia «unitamente alla convocazione del Consiglio» (art. 70, co. 1); in più, quando sia stato direttamente «il Consiglio [a] deliberare, a maggioranza, la data della sua successiva convocazione e l'ordine del giorno di tale seduta», può, come il Presidente, «aggiungere all'ordine del giorno altri punti dopo quelli stabiliti» (art. 82, co. 1-2). Ai sensi, poi, del regolamento di amministrazione e contabilità, «il Vice Presidente, subito dopo l'entrata in vigore della legge di approvazione del bilancio dello Stato, chiede al Ministero dell'economia e delle finanze il pagamento delle somme costituenti la dotazione finanziaria annuale» (art. 12, co. 3), mentre svariati altri adempimenti precedentemente assegnati alla sua competenza, come la firma delle reversali di incasso o la stipulazione dei contratti, sono ora (ai sensi del regolamento così come aggiornato nel 2013) espletati dal Segretario generale del C.S.M., o talora dal direttore del Servizio ragioneria o dall'economo.

5.3. Il Vicepresidente è altresì membro di diritto e presidente del Comitato di presidenza (art. 2, primo comma, l. n. 195/1958) ed ha, conseguentemente, il potere di convocarlo. Con questa attribuzione, che si sostanzia in una moltitudine di poteri – alla cui specificazione hanno provveduto non solo la legge n. 195 e il d.P.R. n. 916, ma anche i regolamenti del C.S.M. – la carica di Vicepresidente acquisisce ulteriore consistenza.

Infatti, nella prassi il Comitato di presidenza ha assunto un ruolo fonda-

mentale, attraverso l'esercizio di «cruciali compiti di coordinamento ed ampie capacità "ordinatorie" dell'attività del Consiglio»⁵⁰, anche se non per questo si può assegnargli natura di Comitato giuridicamente direttivo del C.S.M. Se è vero che ogni atto del Consiglio passa attraverso il Comitato, quest'ultimo non dovrebbe svolgere un improprio ruolo di «filtro», ma una funzione di spinta propulsiva e, nel contempo, di equilibrio nell'organizzazione dell'attività consiliare⁵¹.

In quest'ottica, è assai importante l'attribuzione della guida del Comitato al Vicepresidente che, a differenza degli altri due componenti di diritto, il Primo Presidente e il Procuratore generale della Corte di Cassazione, è eletto dal Consiglio ed è supportato normalmente dalla delega del Capo dello Stato.

Il Comitato di presidenza, infatti, «promuove le attività del Consiglio e dà attuazione alle relative decisioni, provvedendo alla gestione delle spese» (art. 8, co. 1, reg. int., conformemente all'art. 2, secondo comma, l. n. 195); propone al Consiglio la nomina dei più importanti funzionari interni, come il Segretario e il Vicesegretario generale o il Direttore dell'Ufficio Studi e Documentazione (art. 11, co. 3, e art. 15, co. 1, reg. int.); propone al Presidente la determinazione del numero e delle attribuzioni delle commissioni referenti (art. 31, primo comma, d.P.R. n. 916), nonché la nomina dei loro componenti, periodicamente rinnovata (art. 3 l. n. 195 e artt. 51 e 53 reg. int.); assegna le pratiche alle commissioni (art. 55, co. 1, 11 e 12, reg. int.); ha alle sue dipendenze funzionali la segreteria (art. 7, ult. co., l. n. 195), di cui può stabilire ulteriori attribuzioni (art. 35, lett. c), d.P.R. n. 916); trasmette al Ministro i verbali delle sedute per l'adozione dei prescritti decreti (art. 37, quinto comma, d.P.R. n. 916); esprime il suo parere sullo scioglimento del Consiglio Superiore (art. 31 l. n. 195); autorizza, previo parere della Commissione interessata, la visione o il rilascio di copia dei verbali delle Commissioni, nonché degli atti e dei documenti formati o acquisiti nel corso dei procedimenti definiti in Consiglio (art. 33, co. 5, reg. int.).

Inoltre, a norma del regolamento di amministrazione e contabilità, formula proposte al Consiglio Superiore riguardo a numerosi adempimenti, come l'assestamento o le variazioni di bilancio (art. 11), l'esercizio provvisorio del bilancio (art. 7), la determinazione delle indennità di funzione, di seduta e di missione per i consiglieri (artt. 25 e 26), l'approvazione dei contratti di importo superiore a 75.000 euro (art. 37, co. 6); delibera direttamente gli impegni di spesa, salvo che riguardo a stipendi, indennità, canoni, utenze, spese fisse e continuative ovvero di importo non superiore a 25.000

⁵⁰ N. ZANON, *Brevi note*, cit., p. 2.

⁵¹ R. FUZIO, *Il ruolo del Vice-presidente*, cit., p. 22.

euro, per i quali provvede il Segretario generale (art. 16, co. 4); approva il modello del bilancio di previsione e del rendiconto finanziario, su proposta del Segretario generale (art. 23, co. 3); nomina e può revocare l'economo, su proposta del Segretario generale (art. 22); propone al Consiglio l'affidamento di incarichi di studio e ricerca ad esperti (art. 28), conferisce direttamente incarichi di progettazione e nomina le commissioni per l'espletamento delle gare d'appalto (artt. 38, co. 5, e 40, co. 2).

5.4. La nutrita elencazione di attribuzioni sopra riportata, peraltro neppure completa, dimostra che non c'è compito del Consiglio Superiore della Magistratura, né attività di natura amministrativa o contabile di esso, cui il Vicepresidente non sia chiamato a partecipare, nell'esercizio delle funzioni vicarie o di quelle proprie o delegate, ovvero nella qualità di presidente del Comitato di presidenza.

Considerando, poi, che a questo insieme di attribuzioni si aggiunge anche il potere di esternazione delle deliberazioni tanto del Consiglio quanto del Comitato di presidenza, nonché l'attività di studio delle tematiche generali e i rapporti esterni con le altre istituzioni, nazionali ed internazionali, sembra corretto concludere che, mentre il Comitato è una delle strutture interne del C.S.M., il Vicepresidente è organo esterno di esso, distinto dal Presidente⁵².

In sintesi, può dirsi che al Vicepresidente è affidato il compito di assicurare il buon funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura.

In quest'opera egli esercita una funzione sua propria, differente da quella degli altri componenti del Comitato di presidenza – i cui risultati sono poi riversati all'interno del Comitato stesso e dell'intero Consiglio Superiore –, ma si muove su un terreno in cui si esercitano o si potrebbero esercitare anche le duplici attribuzioni del Presidente della Repubblica, quale Capo dello Stato e Presidente del Consiglio Superiore. Perciò l'autonomia della figura del Vicepresidente – al di là delle sue funzioni monocratiche, che hanno carattere essenzialmente esecutivo ed organizzativo – discende dal principio orizzontale-collaborativo che deve ispirare i rapporti fra Presidente e Vicepresidente, nonché fra quest'ultimo ed il Consiglio.

⁵² R. FUZIO, *Il ruolo del Vice-presidente*, cit., p. 22; cfr. anche M. BESSONE, *Sul ruolo istituzionale della vicepresidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. merito*, 1985, p. 744-745.

Considerato ciò, non può ritenersi che il Vicepresidente del C.S.M. «rappresenti» il Consiglio nei confronti del Capo dello Stato e, più in generale, degli altri organi e poteri dello Stato.

Invero, una tale funzione rappresentativa implicherebbe una inammissibile «alterità» del Consiglio nei confronti del suo Presidente. D'altronde non vi sono interessi specifici del primo da curare e difendere davanti al secondo. Inoltre, la subordinazione giuridica del Vicepresidente al Presidente, nell'ambito dei rapporti tra queste due cariche (che pure, nella prassi concreta, sono ispirati alla fiducia e collaborazione), comporterebbe come conseguenza anche la subordinazione dell'intero Consiglio «rappresentato», in contrasto con il metodo orizzontale-collegiale che, come si è detto, dovrebbe contraddistinguere le relazioni tra Consiglio Superiore e Capo dello Stato⁵³. Se, poi, fosse rappresentante del Consiglio, il Vicepresidente esprimerebbe un indirizzo politico-programmatico, sulla cui base il Consiglio stesso avrebbe dovuto conferirgli la sua fiducia, mentre si è già evidenziato come, proprio per evitare di scivolare lungo questa china, l'elezione dello stesso sia sempre avvenuta senza dibattito ed a scrutinio segreto.

Così, i rapporti fra il Presidente e il Consiglio si sviluppano nell'ottica di un reciproco bilanciamento ed equilibrio, non tanto fra due soggetti quanto fra due ruoli: quello di garanzia (del C.S.M. ma pure, se necessario, sul C.S.M.), spettante al Capo dello Stato, e quello di tutela dell'indipendenza della magistratura, attribuito al Consiglio Superiore⁵⁴. Altrimenti, si ammetterebbe che il ruolo costituzionale di un organo possa essere compresso per il solo fatto che esso viene posto in relazione con un altro⁵⁵.

In questa delicata opera di bilanciamento il Vicepresidente si colloca in una posizione autonoma e fondamentale: infatti, non è un mero vicario del Presidente, perché non è nominato da lui, ma è liberamente scelto dal Consiglio, senza necessità di assenso o gradimento da parte del Capo dello Stato. Nello stesso tempo non è nemmeno rappresentante del Consiglio – come rilevato – perché non è destinatario di un mandato di quest'ultimo cui debba attenersi, né la Costituzione richiama a proposito del C.S.M. il principio della rappresentanza politica. Così, non trova giustificazione, né letterale né

⁵³ Come si è già rilevato, è dibattuto in dottrina se il Presidente della Repubblica sia dotato di «supremazia vigilatoria» sul Consiglio Superiore: in senso contrario si esprime la dottrina prevalente (v., *ex plurimis*, V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, cit., p. 31-32; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 10). In senso favorevole v., per tutti, L. ARCI-DIACONO, *La Presidenza del Consiglio Superiore*, cit., p. 88 ss.

⁵⁴ S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 56-57.

⁵⁵ C. CASSARÀ, *Gli organi di garanzia delle magistrature. La nomina degli organi di vertice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Napoli 2013, p. 35.

sistemica, un inquadramento del Vicepresidente come rappresentante del Consiglio⁵⁶.

D'altra parte, il Vicepresidente va assumendo sempre di più un ruolo, oltre che dentro il Comitato di presidenza (che a sua volta sta esercitando, come detto, poteri di indirizzo e di gestione più incisivi che in passato), sul piano politico e mediatico, dove tende ad agire da «portavoce» istituzionale tanto del Capo dello Stato come Presidente del C.S.M., quanto del Consiglio Superiore come organo collegiale: ciò gli impone una profonda sensibilità istituzionale, dovendo evitare di sovrapporre le proprie prese di posizione alla reale volontà tanto del Presidente quanto del collegio⁵⁷.

L'autonomia del Vicepresidente non è contraddetta dalla sua posizione giuridicamente subordinata di fronte al Presidente, di cui si trova ad esercitare le funzioni semplicemente per delega o a causa dell'assenza o impedimento del titolare. Difatti, oltre a godere, come si è visto, di rilevanti attribuzioni proprie (anche in veste di guida del Comitato di presidenza), il Vicepresidente non può essere revocato dal Capo dello Stato, e neppure dal Consiglio, che al più possono auspicare le sue dimissioni spontanee⁵⁸. Nel contempo, non si può non rilevare come la decisione del Presidente di non partecipare alle sedute del Consiglio tenda a rafforzare la posizione del Vicepresidente – che si trova immesso non più in un ruolo di «interfaccia» fra i vari organi, ed anime, interni del C.S.M. ma in quello di direzione effettiva – e la stessa autonomia del collegio⁵⁹.

⁵⁶ Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 13. Né un tale ruolo rappresentativo può spettare al Comitato di presidenza, che, come visto, svolge compiti molto importanti ma essenzialmente interni al Consiglio, che non implicano alcuna proiezione comunicativa all'esterno (salvo casi eccezionali in cui sia necessario un intervento immediato a tutela dell'indipendenza della magistratura, e non sia possibile, per motivi di urgenza, un intervento né del Presidente né del *plenum*) (*ibidem*, p. 12).

⁵⁷ Cfr., per tutti, R. FUZIO, *Il ruolo del Vice-presidente*, cit., p. 23. Solo in questo senso vari autori parlano del Vicepresidente come «rappresentante» del Consiglio (ad esempio V. ONIDA, in *Quattro note*, cit., p. 163) e di quest'ultimo come rappresentativo della magistratura (*ibidem*, p. 164; G. U. RESCIGNO, in *Quattro note*, cit., p. 151). Il Vicepresidente Vittorio Bachelet ha rilevato che «il Vice Presidente del Consiglio [...] si trova nella delicata posizione di essere collaboratore del Presidente, suo vicario e insieme espressione elettiva del Consiglio Superiore della Magistratura» (cit. da G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 13).

⁵⁸ Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 13. Ritengono, invece, che, pur nel silenzio dei testi normativi, non si possa escludere la possibilità di revoca del Vicepresidente da parte del Consiglio S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., p. 90; M. BESSONE, V. CARBONE, voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 460; G. D'ORAZIO, *La "doppia presidenza"*, cit., p. 303.

⁵⁹ E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 595.

Il Vicepresidente, non appiattito né sul Presidente né sul Consiglio, svolge dunque un ruolo di interfaccia e di mediazione, in senso lato, «tra collegio e presidenza, in modo da saldare Capo dello Stato e *plenum* in una unità di senso costituzionalmente compiuta»⁶⁰ e da «fare di un frammentato universo di poteri una organica forma di governo consiliare»⁶¹.

Pertanto, l'assenza di disposizioni atte ad incanalare rigidamente il suo ruolo è espressione di una scelta legislativa mirata, che ha voluto fare della flessibilità il tratto saliente. Chi deve ricoprire tale incarico lo fa, quindi, senza disporre di un copione ben preciso da seguire, tanto che l'ex Vicepresidente Vietti ha sostenuto che si trova a recitare a soggetto. «Siamo al cospetto, infatti, di una figura di chiusura e di sintesi, flessibile e snella, che deve compensare gli opposti, promuovere e insieme frenare, far dialogare, mediare, insomma compendiare gli estremi in una essenziale *concordantia discordantium*»⁶². Un ruolo che trova, però, nella centralità del potere deliberativo del *plenum* del Consiglio il limite fondamentale (come precisa anche l'art. 5, co. 2, del regolamento interno).

6. La formazione dell'ordine del giorno delle sedute del *plenum* del C.S.M. ha dato luogo a profondi contrasti soprattutto durante la presidenza di Francesco Cossiga, che aveva sostanzialmente interpretato la necessità del suo previo assenso all'agenda dei lavori, previsto dall'art. 45 dell'allora regolamento interno, come un vero e proprio potere di veto. In quelle occasioni, nel 1985 e nel 1990, si evitò un conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale solo perché il *plenum*, pur criticando le posizioni assunte dal Capo dello Stato, decise, come gesto di responsabilità, di rinunciare allo svolgimento delle sedute secondo l'ordine del giorno contestato⁶³.

L'assenso presidenziale all'ordine del giorno deve, invece, essere inquadrato come uno degli atti di collaborazione necessaria tra Presidente e Vicepresidente, e non come espressione di un ruolo tutorio e antagonistico rispetto alla volontà del Consiglio, rappresentata – in qualche modo – dal Vicepresidente al momento della predisposizione dell'agenda dei lavori⁶⁴.

È vero, infatti, che nel circuito istituzionale tra i due organi direttivi – che non coincide, però, con quello tra Presidente e *plenum* – la preminenza

⁶⁰ C. MIRABELLI, *Intervento*, cit., p. 25; E. CASTORINA, *Note ricostruttive*, cit., p. 586.

⁶¹ M. BESSONE, *Sul ruolo istituzionale*, cit., p. 744.

⁶² M. VIETTI, *Intervento*, in Atti del convegno su *Ruolo e funzione del Vice Presidente*, cit., p. 15-16.

⁶³ Su quelle vicende v. G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 49 ss., p. 83 ss., p. 238 ss.

⁶⁴ Cfr., per tutti, P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno*, cit., p. 68 ss.; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 10-11.

del Presidente si riflette nella sua «signoria» sull'ordine del giorno⁶⁵, di cui, d'altronde, il Consiglio viene ufficialmente informato solo successivamente⁶⁶. Per questo, in dottrina, si è scorta la ragione del previo assenso presidenziale nel ruolo del Capo dello Stato di garante del corretto funzionamento del C.S.M. e, conseguentemente, dell'indipendenza della magistratura, anche al fine di escludere il suo coinvolgimento come parte passiva in caso di conflitto di attribuzioni, qualora dovesse verificarsi la lesione di altri poteri dello Stato.

E tuttavia – pur ritenendosi da alcuni che il Presidente della Repubblica disponga al riguardo di poteri vigilatori, rispetto ai quali tutti gli altri organi del C.S.M. svolgerebbero solo compiti di impulso, proposta o filtro⁶⁷ – si è da altri, più convincentemente, rilevato come l'eventuale diniego presidenziale non possa essere considerato insuperabile da parte del Consiglio, dal momento che, in caso contrario, si assegnerebbe al Capo dello Stato il potere di bloccare indefinitamente l'attività, subordinando l'esigenza di garantire l'indipendenza della magistratura a quella di consentire l'espressione dell'indirizzo politico costituzionale del Capo dello Stato e trasformando, in sostanza, il C.S.M. in una sorta di organo consultivo del Presidente della Repubblica od esecutivo delle sue determinazioni⁶⁸.

⁶⁵ Ed infatti, anche in tempi successivi alle eclatanti vicende occorse durante la Presidenza Cossiga, è talvolta accaduto che il Presidente abbia negato il suo assenso all'inserimento nell'ordine del giorno di determinati argomenti. Un esempio è offerto dalla lettera del Presidente Napolitano dell'8 ottobre 2013, indirizzata al Vicepresidente e riguardante la contrarietà all'inserimento all'o.d.g. della proposta di deliberazione in merito alla Relazione sullo stato dell'amministrazione della giustizia, cit. da N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 31, nota 9. Ulteriori casi sono descritti ed esaminati da G. DI FEDERICO, *Da Saragat a Napolitano*, cit., p. 80 ss.

⁶⁶ Come emerge dall'art. 70, co. 1, del regolamento interno, in cui si dispone che l'ordine del giorno è comunicato ai membri del C.S.M. dopo l'assenso presidenziale.

⁶⁷ L. ARCIDIACONO, *La Presidenza del Consiglio Superiore*, cit., p. 84 ss.; M. PATRONO, *La formazione dell'ordine del giorno del C.S.M. ed i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 527 ss., spec. p. 532-533; I. PAGANI, *La posizione del Presidente della Repubblica nel C.S.M. con particolare riferimento alla formazione dell'ordine del giorno dei lavori*, in *Dir. soc.*, 1992, p. 539 ss., spec. p. 542. Ritene che un tale potere di veto assoluto sia esercitabile soltanto per evitare l'adozione da parte del C.S.M. di atti di indirizzo politico e per difendere i valori costituzionali dell'autonomia e dell'indipendenza dei singoli organi giudiziari, G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 285 ss.

⁶⁸ Cfr., *ex plurimis*, G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo della crisi*, in *Quad. cost.* 1985, p. 49 ss.; L. CARLASSARE, in *Quattro note*, cit., p. 154-155; V. ONIDA, *ibidem*, p. 161-162; G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 34-35; G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica*, cit., p. 313; P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno*, cit., p. 71 ss.; G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 385; C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore e gli altri poteri*, cit., p. 33; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 111.

Dunque, la subordinazione del Vicepresidente, riguardo al fondamentale profilo in esame, non implica analoga subordinazione del Consiglio nella sua collegialità⁶⁹. Il Presidente, di fronte al *plenum*, non possiede alcuna supremazia formale, ma dispone di poteri di coordinamento, di impulso, di freno e di persuasione, che si indirizzano al collegio ma non impediscono allo stesso di poter deliberare su tutte le questioni che ritenga opportuno trattare⁷⁰.

Infatti, anche dal regolamento interno emerge come valga pure per il C.S.M. il principio generale secondo cui gli organi collegiali, in seduta plenaria, assumono la piena padronanza dell'ordine del giorno, anche perché – come si diceva –, se così non fosse, ne risulterebbe pregiudicata la loro autonomia⁷¹.

In particolare, l'art. 70, co. 1, del vigente regolamento interno stabilisce che «l'ordine del giorno di ciascuna seduta è predisposto dal Vicepresidente e, previo assenso del Presidente, è comunicato a tutti i componenti e al Ministro almeno cinque giorni prima della seduta medesima, unitamente alla convocazione del Consiglio». L'art. 71, co. 1 (così come l'art. 46 del precedente regolamento interno), aggiunge, però, che «ciascuno dei componenti del Consiglio può chiedere al Vicepresidente che un determinato argomento sia posto all'ordine del giorno. Se il Vicepresidente, sentito il Comitato di presidenza, non ritiene di accogliere la richiesta, ne informa nella successiva riunione il Consiglio, che delibera in proposito e, se accoglie la richiesta, fissa la data della discussione». E, ancora, l'art. 82 (al pari dell'art. 50 del precedente regolamento) dispone che «1. al termine di ogni seduta, indipendentemente dal procedimento normale di convocazione da parte del Presidente del C.S.M. o, in sua vece, del Vicepresidente, il Consiglio può deliberare, a maggioranza, la data della sua successiva convocazione e l'ordine del giorno di tale seduta. 2. Una volta decisa la convocazione, è in facoltà del Presidente e del Vicepresidente aggiungere all'ordine del giorno altri punti dopo quelli stabiliti, dandone comunicazione nei termini previsti dall'art. 45»⁷².

Tra l'altro, un potere del genere rappresenterebbe un *unicum* nel panorama delle attribuzioni presidenziali nei confronti degli altri organi costituzionali e a rilevanza costituzionale (G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, cit., p. 277). Per una panoramica delle diverse opinioni dottrinali in merito v. M. PATRONO, *La formazione dell'ordine del giorno*, cit., p. 518 ss.; G. D'ORAZIO, *La "doppia presidenza"*, cit., p. 291 ss.; G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 243 ss.

⁶⁹ Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, in *Dibattito sul ruolo*, cit., p. 3833 ss.

⁷⁰ V., per tutti, G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 11.

⁷¹ F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 111.

Dunque il potere di veto del Presidente in tema di ordine del giorno è insuperabile solo nel circuito funzionale esistente con il Vicepresidente, mentre rimane intatta la padronanza del Consiglio sulla propria agenda, salvo che il Presidente, visto infruttuoso ogni tentativo di *moral suasion*, non ritenga di sollevare conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, perché quest'ultima precisi, con riferimento ad un punto specifico, la delimitazione della sfera di competenza costituzionalmente attribuita all'organo di garanzia della magistratura⁷³.

7. Il quadro sin qui delineato consente di rilevare che la «forma di governo» del Consiglio Superiore della Magistratura, al pari di altre più appropriatamente definite tali, è stata soggetta ad involuzioni ed evoluzioni rispetto al modello iniziale, anche perché le norme che definiscono le attribuzioni dei tre organi direttivi – Presidente, Vicepresidente e Comitato di presidenza – tendono ad essere «a fattispecie aperta», destinate «a essere riempite di contenuto in dipendenza dei reali rapporti di forza interni al Consiglio, a nutrirsi e nello stesso tempo a conformare quella e questi»⁷⁴.

Così, proseguendo nell'analogia con le altre forme di governo, si potrebbe dire che si è assistito negli ultimi anni ad una tendenziale evoluzione da una forma di governo assembleare ad una «direttorialistica»⁷⁵, in cui il Consiglio, appena eletto, non solo esprime quale organo esecutivo il Comitato di presidenza⁷⁶, ma gli lascia svolgere un ruolo significativo, senza poterlo più revocare.

È stato segnalato che, «probabilmente, questo progressivo slittamento di poteri a favore del vertice del C.S.M., a danno del Plenum, è il sintomo di una crisi, non tanto dell' «istituzione C.S.M.» in sé, quanto della capacità

⁷² Inoltre, l'art. 70, co. 3, prevede che «all'inizio di ciascuna seduta, in caso di particolare urgenza, su proposta di ciascuno dei componenti, del Comitato di Presidenza o del Vicepresidente, vengono aggiunti all'ordine del giorno della seduta stessa altri argomenti, con l'eccezione delle pratiche relative all'approvazione o alla modifica dei bilanci consiliari e comunque nei soli casi in cui il Consiglio non abbia preventivamente deliberato che, per una determinata seduta, non sono ammessi argomenti aggiunti. In ogni caso, anche se un solo componente ne fa richiesta, l'argomento aggiunto è rinviato alla seduta successiva».

⁷³ Cfr., per tutti, G. FERRARI, voce *Consiglio Superiore*, cit., p. 34-35; P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno*, cit., p. 71-72; G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del CSM*, cit., p. 11.

⁷⁴ N. ZANON, *Brevi note*, cit., p. 2.

⁷⁵ O «verticistico-presidenziale» per N. ZANON, *Brevi note*, cit., p. 5.

⁷⁶ Dei cui componenti, invero, uno solo è direttamente scelto dal Consiglio (il Vicepresidente del C.S.M., chiamato a presiedere il Comitato di presidenza), ma gli altri incarnano comunque una *representation de la durée* – per riprendere le categorie di Benjamin Constant – rispetto alla *representation de l'opinion* espressa dai membri togati elettivi (cfr. P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno*, cit., p. 69).

di elaborazione politica dei “gruppi” consiliari di espressione togata» in tema di organizzazione della giustizia⁷⁷.

In effetti il C.S.M. offre da tempo, a ragione o a torto, «l'immagine assai diffusa di un soggetto che poco per volta avrebbe visto (e fatto) espandere le sue funzioni originarie, per costituire un robusto centro di potere al crocevia di istanze corporative e parapolitiche»⁷⁸.

Il grave scandalo scoppiato nel maggio del 2019 e di cui si è fatto cenno all'inizio di questo scritto – che si aggiunge alle ripetute denunce di «politicizzazione» del Consiglio, specie in rapporto all'asserita influenza esercitata dalle diverse correnti interne alla Associazione nazionale magistrati sui componenti togati⁷⁹ – sembrerebbe offrire l'ennesima conferma di ciò, né paiono smentirlo i comportamenti tenuti anche successivamente dai consiglieri, fortemente condizionati dalle logiche correntizie, in particolare riguardo alle nomine dei nuovi capi di importanti Procure della Repubblica e del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione⁸⁰.

Anche ove tale conclusione non corrispondesse al vero, ingigantendo fenomeni tutto sommato circoscritti, resterebbe la necessità di un intervento riformatore, per ripristinare l'autorevolezza del Consiglio Superiore e per ricondurre ad unità il rilevante e variegato insieme di compiti che esso si trova ormai ad esercitare, così da escludere il pericolo di scelte contraddittorie o distorte⁸¹.

Ora, come insegna Franco Pizzetti, le riforme delle istituzioni possono essere – e produrre effetti – di vario tipo: di «rottura», di «trasformazione», di «modernizzazione», di «adeguamento», di (più) semplice «attuazione»⁸².

⁷⁷ N. ZANON, *Brevi note*, cit., p. 5. La notazione è stata ripresa e sottolineata anche da M. VIETTI, *Intervento*, cit., p. 15.

⁷⁸ M. CHIAVARIO, *La competenza sugli interventi legislativi a baluardo dell'indipendenza del CSM*, in *Guida dir.*, n. 25, 2002, p. 11.

⁷⁹ Su tali critiche – non di rado, peraltro, pretestuose o interessate – v., per tutti, G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova 2005, p. 344 ss. e p. 384 ss.

⁸⁰ V., per tutti, L. MILELLA, *CSM diviso sulle nomine. Lo scandalo Palamara non ferma le correnti*, in *la Repubblica*, 11 novembre 2019, p. 12.

⁸¹ Infatti il C.S.M. esercita oggi compiti estesi, rilevanti e delicati: «la Costituzione gli assegna una funzione materialmente amministrativa (l' “amministrazione della giurisdizione”) ed una materialmente giurisdizionale (l'accertamento della responsabilità disciplinare), la legge n. 195 gli affida la funzione propositivo-consultiva (art. 10, secondo comma) e, last but not least, diverse norme legislative hanno ormai “ratificato” l'esercizio delle funzioni “paranormative”, come nel caso [...] delle norme sulle circolari attraverso le quali il C.S.M. mantiene in vita l'indispensabile sistema tabellare» (C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore e gli altri poteri*, cit., p. 9-10).

⁸² F. PIZZETTI, *Riforme istituzionali e costituzionalisti*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, n. 3, p. 34-35, che riconosce, comunque, come tali distinzioni presentino un certo grado di astrattezza

Gli interventi legislativi preannunciati dopo lo scoppio dello «scandalo Palamara», o anche soltanto una coerente prassi interna al Consiglio Superiore, se ben calibrati possono consentire un «adeguamento» della «forma di governo» del C.S.M. che corrobori l'assunzione da parte del Vicepresidente e del Comitato di presidenza di compiti propulsivi, i quali – senza esautorare il *plenum*, realizzando una «rottura» degli assetti delineati dalla Costituzione, e senza ricercare necessariamente una difficile «trasformazione» delle dinamiche interne alla «comunità dei magistrati» attraverso modifiche delle regole e dei dati istituzionali, a cominciare dal sistema elettorale per il *plenum* – indirizzino il Consiglio Superiore verso comportamenti più virtuosi.

In tal modo, il C.S.M. potrebbe essere stimolato a svolgere un corretto ruolo di amministrazione e garanzia dell'ordine giudiziario, e non di assemblea politicamente rappresentativa o di istituzione corporativa, per far sì che «la giurisdizione non [sia] in funzione della magistratura, come sarebbe se si finalizzasse l'indipendenza a un interesse personale dei magistrati», ma, al contrario, che la magistratura sia organizzata ed operi nel modo più adeguato all'esercizio della funzione giurisdizionale, nell'interesse dei cittadini⁸³.

e nella realtà possano tendere a confondersi ed intrecciarsi tra loro, in particolare la rottura rispetto alla trasformazione, nonché la modernizzazione rispetto all'adeguamento.

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *Editoriale*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 425. In tal senso si è pronunciato anche l'ex Vicepresidente del C.S.M. M. VIETTI, *Intervento*, cit., p. 15: «È quindi importante ricordare che, se certamente la struttura del Consiglio ne impone il funzionamento collegiale attraverso le deliberazioni del plenum, l'esistenza al proprio interno di organi come il Vice Presidente e il Comitato di Presidenza, e l'attribuzione ad essi di poteri di compensazione, non deve essere letta come un'usurpazione di prerogative ma come una opportunità di composizione delle diverse sensibilità, indispensabile affinché l'autonomia della magistratura non venga percepita, ancor prima che diventi effettivamente, come privilegio anziché come garanzia».

POSTFAZIONE

Qualche ricordo e un augurio

Dire di una persona conosciuta da gran tempo con la quale si è avuto uno stretto legame d'intenti e d'interessi, per di più se si è chiamati a testimoniare di questo legame: tutto questo rende impossibile non fare una cosa altrimenti fastidiosa: dovendo parlare di altro, finire per parlare di sé stessi. Ma, ciò che è inevitabile non può, per ciò, essere rimproverato.

All'inizio eravamo come un duo. All'inizio vuol dire negli anni '70 del secolo scorso. C'era un legame profondo, testimoniato dal secondo nome scelto per l'altro Pizzetti, il figlio nato nel 1976, oggi anch'egli apprezzato costituzionalista.

Ora, quando avvertiamo che il tempo nostro sta per concludersi la nostalgia di ciò che è stato e il rammarico di ciò che avrebbe poi potuto essere e non è stato sono sentimenti piuttosto malinconici che affiorano nel ripescare dalla memoria i cari ricordi, nel cercare di metterli in ordine e nello scrivere le righe che seguono. Si potrebbe anche tenerli per sé, questi sentimenti, se non fosse che si è trattato d'una esperienza importante la quale fa la sua pur piccola parte del diritto costituzionale torinese e, per questa via, di una sia pur piccolissima parte del diritto costituzionale nazionale. Un'esperienza importante per me, certamente; non insignificante, suppongo, anche per colui al quale questi ricordi sono primieramente e affettuosamente dedicati.

Lui, più giovane di tre anni, aveva incontrato, come me, Leopoldo Elia sul cammino universitario. Non abbiamo cessato di considerarci discepoli, per motivi forse non esattamente coincidenti. Fu quell'incontro a determinare il nostro orientamento professionale. Eravamo parte di una piccola covata di neolaureati attratti dal medesimo professore. C'erano Alfonso Di Giovine, Mario Dogliani e una ragazza, Maria Clara Rogozinski, un nome forse sconosciuto ai più. La voglio ricordare per la grande, complessa e problematica intelligenza che finì per avvolgerne e aggrovigliarne l'esistenza e impedirle di dare i frutti di cui sarebbe stata capace. La ricordo con affetto e riconoscenza anche perché la sua intelligenza superiore le avrebbe consentito una carriera brillante. Al momento del primo concorso – il concorso per l'assistentato – rinunciò a presentare la sua domanda, una domanda che avrebbe avuto ottime prospettive di successo. La sua rinuncia finì per agevolare sia il nostro festeggiato che me che ne scrivo. Uno di noi due, forse,

sarebbe rimasto fuori e avrebbe potuto essere tutta un'altra storia. Esisteva un rapporto personale tra Elia e Giuseppino Treves, il quale insegnava diritto pubblico alla facoltà di Economia e Commercio. Il suo approdo naturale alla facoltà di Giurisprudenza incontrava difficoltà. Da quell'ingiustizia che colpiva lui, possiamo ben dire essere derivato il nostro instradamento universitario. Con la dovuta riconoscenza per un uomo generoso, amabile e fuori dalle convenzioni accademiche, riconosciamo che il bene per noi è stato dovuto a una circostanza che per lui bene non era. Il professor Treves era una persona superiore che tacque con noi delle persecuzioni subite e del suo passato di studioso geniale con molte relazioni internazionali coltivate all'estero, essendo stato espulso dall'Università italiana «perché di razza ebraica», come sinteticamente recita il decreto ministeriale che, nel 1938, lo colpì come uno schiaffo. C'erano, scoperti, due posti di assistente a Economia, uno dei quali lasciato libero da Franco Levi, neovincitore di concorso a cattedra e chiamato all'Università di Cagliari, prima, e a Ca' Foscari, poi. Franco Pizzetti ed io fummo segnalati da Elia a Treves, vincemmo il concorso e iniziò così il nostro percorso accademico.

Furono anni felici, di studio e di reciproca, intensa collaborazione. A settembre, c'era l'appuntamento annuale degli «amministrativisti» a Varenna al quale accompagnavamo insieme il professor Treves: una scampagnata. Durante l'anno il professor Elia ci coinvolgeva in qualche seminario o lezione a più voci. Tutto questo creava tra noi un legame forte. Non solo forte, ma anche affettuoso. Non ricordo come e perché, ad un certo punto prendemmo l'abitudine, che ancora qualche volta riemerge a tanta distanza, di apostrofarci con la parola «albero». Non interessa a chi legge? Interessa a noi per richiamare lo spirito della nostra amicizia e della nostra intesa. Intesa che condusse a quel lavoro eseguito in comune, dedicato a due concetti problematici di giustizia costituzionale, la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni incidentali.

La pur piccola storia di questo lavoro, edito nel 1972 – che vedo ora messo in vendita a 120 euro da una libreria antiquaria! – merita forse qualche accenno. Il professor Elia, all'inizio, manifestò una certa perplessità. Temeva che uno dei due, quello più avanti negli anni, ovviamente, potesse sfruttare il più giovane, come spesso accade facendolo lavorare per lui. Timore protettivo, mosso da nobile preoccupazione, si rivelò totalmente infondato perché quel libretto fu un prodotto perfettamente paritario, non solo perché fu scritto letteralmente insieme, ma soprattutto perché la sua forma e i suoi contenuti non erano previsti all'inizio, ma andarono via via precisandosi lungo le numerose sedute in quello studiolo nel seminterrato

della Fondazione Agnelli, le cui pareti andavano via via ricoprendosi di foglietti adesivi in cui si appuntavano le idee e le citazioni che venivano e si temeva che potessero andare via.

Quel libro non avrebbe potuto essere scritto da uno solo. Quanto a me, è stato un esercizio di dialogo che non si è ripetuto. Numerosi sono stati i contributi a opere «collettanee». Ma questa è stata un'altra cosa. Chi l'ha letto, ricorderà la sua inconsueta caratteristica: a partire dalle formulazioni legali, ci si chiedeva se, come, in quali limiti queste potessero essere variamente intese e ricostruite a partire da diversi presupposti, da diversi punti di vista e da diverse concezioni della stessa giustizia costituzionale e dei suoi attori. Queste domande sono venute a porsi discutendo, mano a mano che continuava la riflessione e il lavoro comune.

Qual è, di chi è l'interesse che muove le questioni di costituzionalità? Dalle discussioni emersero tre possibili prospettive. Dei soggetti portatori di diritti costituzionali, interessati a essere protetti contro le leggi incostituzionali; dei giudici, interessati a non essere esecutori di leggi incostituzionali; di tutti noi, interessati ad estendere l'efficacia della Costituzione su tutto l'ordinamento giuridico? Della «rigidità della Costituzione» ci parve potessero svilupparsi tre prospettive, con esiti interpretative diversi, non necessariamente in contrasto ma più o meno aperti. A distanza di anni, l'esperienza mi pare abbia giustificato questo nostro modo di affrontare le questioni connesse al giudizio incidentale e, alla fine, alla concezione della stessa giustizia costituzionale, fino alla più recente giurisprudenza che sembra ispirarsi alla visione più ampia della giustizia costituzionale, una visione che allora sembrava azzardata. Si poteva pensare che fosse un esercizio intellettuale, un esperimento a tavolino, e, invece, possiamo dire che i suoi contenuti si sono, come si suol dire, «inverati».

In quel lavoro in comune, mi piace riconoscere un'idea *in nuce*, che va assai più in là della sua utilità nell'esame da vari lati di quei problemi di giustizia costituzionale. Addirittura, si presta a qualche ragionamento in più, sul diritto e sull'interpretazione, eccentrico rispetto alla vulgata che Pizzetti ed io avevamo appreso nei nostri studi di quel tempo. Ma qui quelle che sono state le nostre convergenze parallele si sono divaricate. Io credo che quel seme, della cui possibile portata generatrice – ripeto – non eravamo per nulla consapevoli, contenesse qualcosa di importante che si potesse sviluppare sul modo di «trattare» il diritto legislativo da parte di noi giuristi: qualcosa di solo iniziale che non derivava da una «dottrina» qualsivoglia, della quale eravamo perfettamente ignari, ma che col tempo sarebbe maturato e razionalizzato in una qualche teoria. Si tratta di ciò che ho scritto una volta, cioè che il fattore decisivo del modo d'intendere la legge sta prima

della legge, sta nei presupposti, nei «punti di vista» plurimi che sono «in principio». Nulla di nuovo nella teoria dell'interpretazione come ermeneutica che mi pare particolarmente efficace per descrivere e comprendere come opera il diritto positivo quando, nelle mani dei giuristi, viene utilizzato nella risoluzione dei casi problematici che si presentano nel tempo della democrazia pluralista. La valorizzazione dei «principi» rispetto alle «regole» procede da qui: i principi sono, per l'appunto, ciò che sta nel principio dal quale «principia» l'interpretazione.

Questa prospettiva, che Franco ha parificato a quella che è venuta chiamandosi «giurisprudenza per valori», gli è poi venuta sembrando un'aberrazione pericolosa, una tentazione da respingere risolutamente come una tra le varie tendenze espansionistiche cui, in questa fase storica, sono esposte le giurisdizioni, sopra tutte le giurisdizioni costituzionali. Ciò, in base a solidi e consolidati argomenti, ha sostenuto nel 1995 sulla «Rivista di diritto ecclesiastico» dove tratta di «Ordinamento giuridico "per valori"». Eppure, il suo vasto e complesso libro del 1979, «Il sistema costituzionale delle autonomie locali», se ben ricordo avendone seguito da vicino le diverse stratificazioni di scrittura, è ancora costruito su domande e punti di vista che fanno pensare che quel seme del 1972 fosse per allora fecondo.

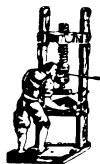
Le strade si sono così divaricate, nè c'è stata la possibilità di raddrizzarle, se non per farle convergere, almeno per collocarle di nuovo in parallelo. Dal mio punto di vista, volgendo lo sguardo retrospettivamente, è stato un peccato. Ma, le circostanze oggettive non ci hanno favorito: l'uno a Urbino sulle tracce di Giorgio Lombardi, l'altro a Sassari senza tracce torinesi. Soprattutto, però, sono state ragioni, per così dire, esistenzial-professionali quelle che hanno piegato diversamente gli itinerari. Mentre il secondo s'è prevalentemente rannicchiato nelle comode stanze delle Accademie, il primo è stato attratto dall'impegno pratico che lo ha portato a mettere le sue conoscenze giuridiche al servizio del «fare» in tanti ambiti: l'amministrazione locale, l'attività para-governativa, para-legislativa (ricordo, a questo proposito, particolarmente il lavoro per la predisposizione di «intese» per culti non cattolici) e para-costituzionale (il suo coinvolgimento attivo nella «abolizione» delle Province e nelle riforme della Costituzione), fino al coronamento di una carriera prestigiosa come presidente della Autorità indipendente per la tutela della *privacy*. In tutti questi momenti, il suo coinvolgimento, potremmo anche dire la sua fede in quel faceva e fa sono stati e sono totali. Prova ne sia l'attuale immersione anima e corpo nei problemi della tutela dei dati personali che lo porta a considerare desueti, poco importanti o addirittura irrilevanti i temi tradizionali del diritto costituzionale che non siano in qualche modo collegabili a quei problemi. Ai suoi scritti scientifici

si accompagna da ultimo, sulla sua pagina web, un'intensissima e molto seguita attività autorevole d'informazione, formazione e influenza non solo nel campo nostro di studi ma, più in generale, su tutti i temi della vita civile politica e politica.

Questa vasta carriera testimonia dell'altrettanto vasta considerazione che il nostro amico si è guadagnato nel tempo in ambienti i più vari e importanti. L'ammirazione s'accompagna, però, con il rincrescimento d'averlo visto allontanarsi necessariamente e progressivamente da quella consuetudine di cui ho parlato con nostalgia, all'inizio di questa testimonianza: una consuetudine rimpianta non solo perché amabile come frequentemente sono le cose della giovinezza, ma anche perché feconda di pensieri.

Caro professor Pizzetti, mi verrebbe da dirti: non resta ancora più molto tempo. Raccogliamoci in noi stessi, dunque, e cerchiamo di chiudere il cerchio ritornando al punto da cui siamo partiti, carichi e forse anche stanchi delle esperienze che abbiamo accumulato e delle vicende dentro le quali siamo passati.

Gustavo Zagrebelsky



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2020
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nignat - ftc.intpie

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino
16/2020

7521226200



Scritti in onore
di Franco Pizzetti
vol. II

ESI

DUE VOLUMI INDIVISIBILI,

Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 200,00

ISBN 978-88-495-4479-4

